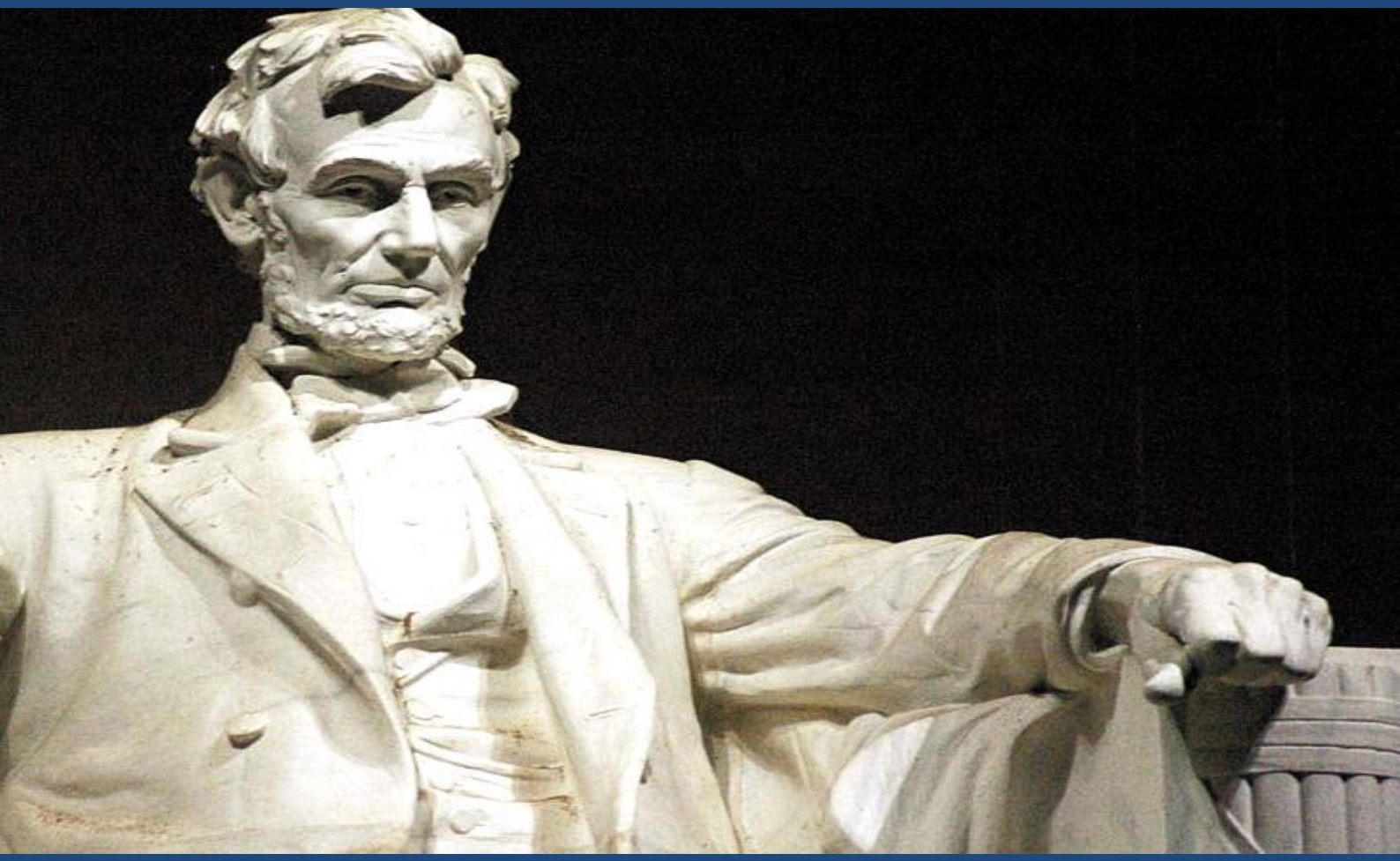
ISSN: 2037-6677

DPCE ONLINE

n. 2-2018



– D P C E o n l i n e –

Direttore responsabile
Giuseppe Franco Ferrari

Sede e direzione,
Università comm.le L. Bocconi,
via Röntgen 1, 20136 – MILANO

Tel. (+39) 02.5836.5227 mail:
dpceonline@gmail.com
Sito internet: *www.dpceonline.it*

ISSN: 2037-6677

I saggi, le note e i commenti pubblicati nella Rivista sono soggetti a un sistema di double-blind peer review. *Gli interessati possono prendere visione delle relative* ***linee guida*** *raggiungibili cliccando* qua.

Le **proposte editoriali** – esclusivamente in formato *.doc* o *.docx* e corredate da un breve *cv* – vanno inviate all'indirizzo di posta elettronica sopra indicato.

Comitato scientifico

Vittoria Barsotti, Carlo Casonato, Lorenzo Cuocolo, Patrizia Depasquale, Angela Di Gregorio, Miryam Iacometti, Susanna Mancini, Laura Montanari, Paolo Passaglia, Pier Luigi Petrillo, Valeria Piergigli, Fabrizio Politi, Oreste Pollicino, Alessandro Somma, Rolando Tarchi

Redazione

Coordinamento: Edmondo Mostacci; **Comitato di redazione**: Serena Baldin, Carla Bassu, Vincenzo De Falco, Andrea Marchetti, Graziella Romeo, Sabrina Ragone, Dario Tosi, Claudia Sartoretti; **Comitato editoriale**: Valerio Lubello, Nausica Palazzo; Nicola Pisciavino.

Redazioni territoriali

La Rivista si vale del contributo di 45 redazioni territoriali, incardinate in altrettanti atenei italiani.

Collaboratori stranieri

Charles F. Abernathy (USA), Rainer Arnold (Germania), José Asensi (Spagna), Boguslaw Banaszak (Polonia), Daniel Barbu (Romania), Richard Bauman (Canada), Victor Bazán (Argentina), Christian Bidegaray (Francia), Andrea Biondi (UK), Torsten Bjerkén (Svezia), Carlos Blanco de Morais (Portogallo), Roberto L. Blanco Valdés (Spagna), Allan Brewer Carías (Venezuela), Bojko Bucvar (Slovenia), Laurance Burgogue-Larsen (Francia), Paolo Carozza (USA), Alberto Ricardo Dalla Via (Argentina), José Alfonso Da Silva (Brasile), Francis Delpérée (Belgio), Carlos Delpiazzo (Uruguay), Silvio Devetak (Slovenia), Sean Donlan (Irlanda), Claude Emeri (Francia), Francisco Fernández Segado (Spagna), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Brasile), Manuel Gutan (Romania), Tomás Font i Llovet (Spagna), Christian Frank (Svizzera), Anna Gamper (Austria), Manuel Gutan (Romania), Gábor Hamza (Ungheria), Volkmar Götz (Germania), José Joaquim Gomes Canotilho (Portogallo), Andrew Harding (Canada), A.E. Dick Howard (USA), Paul Jackson (UK), Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica), Jiri Jirasek (Rep. Ceca), Christian Joly (Francia), Mariana Karagyozova (Bulgaria), Anatoli Kovler (Russia), Cesar Landa (Perù), Juan Fernando López Aguilar (Spagna), Jorge Miranda (Portogallo), Jörg Monar (Germania), Sandra Morelli Rico (Colombia), Karlos Navarro (Nicaragua), Humberto Nogueira Alcalá (Cile), Nestor Osuna Patiño (Colombia), Otto Pfersmann (Francia), Alfredo Mordechai Rabello (Israele), Thierry Renoux (Francia), Olivo Rodríguez (Santo Domingo), Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (Spagna), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Spagna), Jurij Shulzhenko (Russia), Guillaume Tusseau (Francia), Diego Valadés (Messico), Mauro Zamboni (Svezia), Jan Wawrzyniak (Polonia), Diana Woodhouse (UK).

Indice dei contributi

EDITORIALE

L. Melica, *L'Unione europea, uno Stato ancora incompiuto che deve evolvere per frenare i «populismi»* p. 323

SAGGI

J.C. Martínez, *Un primer balance del impacto de la liberalización de la Asistencia Sanitaria transfronteriza en la sanidad española* p. 337

L. Stiz, *La libertà di contrarre nella tutela della concorrenza: l'evoluzione della giurisprudenza antitrust americana* p. 363

S. Gorza, *Profili concorrenziali e regolatori del settore farmaceutico alla luice del caso Avastin/Lucentis* p. 385

CASI E QUESTIONI

A. Ciammariconi, *Il "caso Lula" tra vicenda processuale e scenari politici* p. 417

L. G. Arcaro Conci, *The Lula da Silva case: background and the effects of his conviction* p. 425

M. Camarosano, *The Lula Case* p. 441

NOTE E COMMENTI

P. Addis, *La Corte di giustizia dell'Unione europea, le assenze dal luogo di lavoro e la discriminazione connessa alla disabilità* p. 447

F. Ballore, *Soccorso istruttorio a pagamento in materia di appalti: contraria ai principi di proporzionalità e massima concorrenza la sanzione pecuniaria manifestamente esorbitante* p. 455

G. Befani, *SNCF, illegittimo l'aiuto di Stato alla ristrutturazione e ricapitalizzazione della controllata Sernam* p. 461

M. R. Calamita, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS" degli "intra-tfU" BIT's con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea* p. 467

F. Campodonico, *Il divieto di restrizioni alle esportazioni non può giustificare misure contrarie all'art. 107 del TFUtf* p. 475

A. Caprotti, *Riflessioni sul margine di discrezionalità degli Stati membri in materia di disciplina antidiscriminatoria* p. 479

N. Fucaro, *Cessazione e concordata proroga del rapporto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile: confermata la conformità al diritto Utf* p. 487

F. Gallarati, *L'IVA e le società in house: la Corte di Giustizia ritorna sulla nozione di «ente di diritto pubblico» ai sensi della direttiva 2006/112/Ctf* p. 493

F. Guella, *Tagli stipendiali e indipendenza della magistratura in Portogallo: temporaneità, sostenibilità e non selettività per bilanciare convergenza finanziaria e Unione "di diritto"* p. 499

G. Mannocci, *La reiterazione abusiva dei contratti a tempo determinato nella Pubblica amministrazione: la Corte interviene sulla quantificazione della pretesa risarcitoria* p. 509

G. Mantica, *Divieto di dazi doganali: la Corte di Giustizia traccia i confini con la tassa ad effetto equivalente e gli estremi del rimborso nel quadro di ripercussione dell'imposta sul consumatore* p. 515

F. Monceri, *La regolarizzazione postuma dell'omessa procedura di Via: Successione delle leggi nazionali nel tempo e divieto di elusione o disapplicazione del diritto europeo* p. 521

C. Ottonello, *La sola funzione tecnica di un disegno comunitario non è requisito sufficiente ad ottenere tutela ai sensi della normativa in materia di proprietà industriale* p. 527

S. Pitto, *Violazione degli obblighi eurounitari in tema di riscossione dei prelievi supplementari sulla produzione di latte* p. 531
P. M. Sabella, *Vendita di società "ready made" ed obblighi di verifica della clientela nella disciplina sulla prevenzione di riciclaggio e finanziamento del terrorismo: contrasto all'anonimato e valute virtuali* p. 539
A. Tranfo, *Le tre tappe del "gioco dell'oca" del richiedente protezione internazionale: dalla determinazione dello Stato membro competente, alla decisione di trasferimento passando per la domanda di ripresa in carico* p. 551
F. Guella, *Accertamento in concreto ed inconoscibilità in astratto di cosa sia "detenzione umana": la Corte EDU su regime di isolamento e (lamentato) rigore carcerario nel caso Hansen-Breivik* p. 561
N. Carillo Santarelli, *La noción de autonomía y la mentalidad de la Corte IDH en su opinión consultiva sobre identidad de género y no discriminación de parejas del mismo sexo* p. 571
M. Marciante, *Tutela dei diritti dei popoli indigeni nel sistema CADU: note a margine della sentenza Pueblo indígena Xucuru* p. 579
A. Angeli, *Il contrasto tra capo dello Stato e Parlamento sulla nomina dei giudici costituzionali. Il positivo sviluppo della vicenda slovacca come contraltare alla degenerazione costituzionale polacca?* p. 585
D. Bacis, *Il diritto alla verità nel dialogo tra Corti. Roma accoglie le suggestioni di San Josè de Costarica* p. 593
C. Graziani, *Gli USA e la sorveglianza sugli stranieri nel post-9/11: riflessioni a margine del rinnovo della sez. 702 FISA* p. 601
L.A. Nocera, *Il Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano ammette la possibilità di rielezione di Morales* p. 609
G. Poggeschi, *Il cosiddetto pacchetto legislativo "stop-soros" e la nuova revisione costituzionale ungherese: un altro passo (xenofobo) verso il consolidamento di una "democrazia illiberale* p. 617

L'Unione europea, uno Stato ancora incompiuto che deve evolvere per frenare i «populismi»

di Luigi Melica

1. – Benché nell'attuale momento storico l'Unione europea sia una entità indispensabile per il benessere dei cittadini europei, tuttavia, gli abitanti dell'Unione ancora non la percepiscono come tale. Tra le molteplici ragioni di questo giudizio, vi è senza dubbio la scarsa incisività dell'azione europea a livello internazionale. Nelle questioni politiche più rilevanti, infatti, l'Unione è priva di una visione politica comune: sull'accoglienza dei richiedenti asilo, sui conflitti nei continenti asiatico ed africano, nei rapporti con la Federazione russa e con gli Stati uniti, le Istituzioni europee e gli Stati membri sono spesso politicamente divisi o, comunque, agiscono separatamente.

L' imperfezione dell'architettura istituzionale dell'Unione è forse la principale ragione di questa debolezza internazionale: come confermato dalla letteratura giuridica, infatti, l'Unione, se da un lato non è più una confederazione di stati sovrani, dall'altro non è ancora uno stato federale e gli effetti di questa imperfezione sono lampanti (Weiler). Quando il Presidente della BCE Mario Draghi sollecita apertamente gli Stati membri a ridurre la disomogeneità tra i rispettivi sistemi lavoristici, fiscali, previdenziali e pubblico/economici, adottando le riforme strutturali, ripropone apertamente la *vexata quaestio* dell'incompiutezza dell'Unione europea. Le riforme strutturali, infatti, sono di competenza delle autorità statali e sfuggono al controllo delle Istituzioni europee: tuttavia, difficilmente, i governi/parlamenti statali approveranno riforme i cui benefici sono percepiti solo a lungo termine e che impongono, nell'immediato, notevoli sacrifici dei ceti meno abbienti. È sconsigliabile, pertanto, per una forza politica che governa un Paese membro approvare riforme i cui effetti saranno percepiti solo dopo la scadenza del mandato conferito dagli elettori.

Di fronte a questa situazione, è opportuno domandarsi, perché l'Europa, dopo avere integrato i Paesi dell'est che, come la Romania, hanno entusiasticamente accettato di farne parte, fatichi a proporsi internazionalmente come un unico attore istituzionale capace di dialogare con gli altri Paesi del mondo per offrire ai cittadini europei, pace, sicurezza, benessere e prosperità? Perché, evocando uno dei «Padri ispiratori» dell'Europa, Altiero Spinelli, i *restauratori illuminati* non hanno raccolto la sua sollecitazione a fondersi in un unico Stato europeo unendo le proprie malate economie in un'unica grande economia europea?

ISSN: 2037-6677

Probabilmente, come temeva Spinelli, alcuni Stati europei hanno preferito evitare di unirsi in uno Stato sovrano nella convinzione che fosse loro «dovere non già provvedere al benessere di tutti gli uomini europei, ma solo a quello dei propri cittadini». Come osservava il pensatore italiano, infatti, «lo Stato nazionale» è per definizione «(….) organicamente inadatto a vedere gli interessi di tutti gli uomini» e dunque è molto probabile che, ad un certo punto, i Governanti degli Stati europei non abbiano avuto il coraggio di annullare le rispettive sovranità istituendo uno Stato europeo, oppure, più opportunisticamente, abbiano preferito una solida alleanza che lasciasse loro le prerogative sovrane e quindi il diritto all'ultima parola.

Da questo errore del passato, ritengo, si è generata l'imperfezione istituzionale dell'Europa del presente.

2. – Rileggendo a distanza di più di sessanta anni gli scritti di Spinelli è innegabile constatare che egli aveva compreso, con sorprendente lucidità, sia che gli *Stati uniti d'Europa* sarebbero stati la via maestra per dare benessere a tutti i cittadini europei sia che «*le malate economie statali*» dovevano fondersi «*in un'unica sana economia europea*» e che tale progetto poteva naufragare per colpa degli (o di *alcuni*) *Stati nazionali*.

L'attuale sistema di governo europeo, infatti, è imperfetto: nonostante l'Unione non sia uno «Stato», tuttavia è stata realizzata per ottenere le finalità essenziali che perseguono gli «Stati». Formalmente, il Trattato europeo prevede che l'Unione persegua «la pace, i suoi valori ed il benessere dei suoi popoli» ed offra ai suoi «cittadini», accanto ad uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e ad un mercato interno basato sullo sviluppo sostenibile, sulla stabilità dei prezzi e su una crescita economica equilibrata, *la piena occupazione ed il progresso sociale*.

Questo ambizioso progetto di vita e di sviluppo sociale, è realizzato, come affermato dal Trattato, in un «contesto istituzionale unico» attraverso decisioni prese il più vicino possibile ai cittadini.

Sul piano strettamente formale, occorre osservare, questo disegno non è scaturito, come negli Stati unitari, dalla *volontà di un unico popolo sovrano europeo*, ma da una decisione degli *Stati membri*, ciascuno dei quali, a norma della propria Costituzione, ha deciso di cooperare con gli altri Paesi europei per realizzare i fini di cui sopra. Non sono, dunque, i «popoli» dei diversi Stati ad aver creato l'Unione, ma sono gli «Stati membri» ad aver attribuito alle Istituzioni europee il potere di perseguire la pace, la sicurezza ed il benessere dei rispettivi popoli.

A partire da un certo momento (*rectius* dal 1992 quando il Trattato di Maastricht ha istituito l'Unione europea), dunque, i «fini costituzionali» essenziali hanno cessato di essere perseguiti *esclusivamente* dagli Stati membri per essere realizzati *congiuntamente*, dagli Stati membri e dalle Istituzioni europee in un *contesto istituzionale unico*.

La peculiarità di questo sistema di governo è che esso ricalca le regole e gli schemi degli Stati per antonomasia, nelle loro rispettive interrelazioni e poteri, rispettivamente, esecutivo, legislativo e giudiziario.

L' Unione europea, infatti, si fonda su:
a) un'unione territoriale che ha previsto l'eliminazione delle frontiere interstatali (Trattato di Schengen);
b) una politica comune, in materia di visti, asilo e immigrazione;
b) una piena integrazione giuridica degli ordinamenti dei Paesi membri;
c) un'unione politica e monetaria;
d) una Carta dei diritti integrata al Trattato istitutivo avente il suo stesso valore giuridico;
e) una forma di governo tendenzialmente parlamentare nella quale la Commissione europea gode della fiducia del Parlamento europeo il quale è anche competente ad eleggere il Presidente della Commissione.

Non solo, ma evolvendo nella forma stato, l'Unione tende anche a comportarsi come le federazioni degli Stati federali. Infatti, essa ha, rispettivamente:
- ampliato le proprie aree di intervento estendendole a tutte le materie;
- potenziato i poteri di controllo della Commissione europea sugli esecutivi statali, includendo poteri di verifica, controllo, ispezione e valutazione di tutti i dati sensibili in materia economica e di bilancio.

3. – Il modello di governo sommariamente descritto è frenato nel suo procedere verso forma stato da due fattori:
a) dalla politica individuale degli Stati membri che formalmente sono ancora sovrani;
b) dalla mancanza di un popolo europeo.

A) Sul primo versante, la vocazione federale dell'Unione europea è frenata dal Consiglio europeo, un'Istituzione anomala negli Stati federali. Prima del Trattato di Lisbona, infatti, lo sviluppo dell'Unione europea era concordato dai vertici dei poteri esecutivi nazionali *al di fuori* delle regole europee, e, dunque, in via informale. Successivamente, a partire dall'approvazione di tale Trattato, il Consiglio europeo, invece di facilitare ed accompagnare l'evoluzione istituzionale europea verso un modello di Stato compiuto ha reso, forse in modo irreversibile, l'Unione europea un ibrido, un *unicum* nella modellistica degli Stati del mondo. In un'epoca nella quale le decisioni politiche di grande impatto socio/economico devono essere adottate con prontezza ed attuate con rapidità, il Trattato europeo ha unito tutti i capi di Stato o di governo degli Stati membri nel Consiglio europeo affidando loro il compito di dare «gli impulsi necessari allo sviluppo dell'Unione» e di definirne «gli orientamenti e le priorità politiche generali»; tuttavia ha previsto che tali decisioni siano prese all'unanimità. In questo quadro, oltre a rallentare il processo di costruzione di uno «Stato europeo» si è notevolmente ridotta la rilevanza politica dell'Alto rappresentante per la politica estera e la sicurezza comune. Tale figura, pensata dai redattori del Trattato come il futuro Ministro degli affari esteri europeo ha in realtà un ruolo politico marginale, limitandosi al raccordo e coordinamento delle politiche estere dei diversi Paesi

ISSN: 2037-6677

membri e soprattutto ad evitare sovrapposizioni e collisioni tra le politiche estere degli Stati rispetto a quella dell'Unione. Per quanto l'Alto Rappresentante assolva con zelo ed efficienza tale compito istituzionale, è tuttavia lampante che, attualmente, l'Europa non ha una politica estera svincolata da quella dei suoi Stati membri.

B) L'inesistenza di un *demos* europeo è un fatto noto, più volte evidenziato e stigmatizzato dalla letteratura giuridica e politologica. La teoria costituzionale tradizionale è messa a dura prova da questa carenza: i costituzionalisti di diversi Paesi europei, infatti, considerano l'Europa un modello cristallizzato nei suoi elementi strutturali nel quale la sovranità è condivisa tra gli Stati membri e l'Unione europea. Con un notevole sforzo interpretativo si afferma che il processo d'integrazione sovranazionale attualmente in corso non farebbe perdere al concetto di «Costituzione» la propria *identità*, ma la trasformerebbe in qualcosa di *diverso* rispetto alla concezione tradizionale fondata sulla centralità del potere costituente e sulla primazia gerarchica del Testo costituzionale. Il potere costituente, inteso come il fattore *creativo* della Costituzione, in questo momento storico, sarebbe dunque inutile perché la *forma Unione europea* si è cristallizzata nei suoi elementi strutturali i quali sono pienamente condivisi dagli Stati membri (Pernice). Dunque, la *prescrittività* del costituzionalismo europeo non proviene da un atto costituente voluto dal *demos* europeo, bensì dalla reciproca alimentazione tra gli ordinamenti, statuali ed europeo e, come sarà meglio specificato, dall'operato dell'interprete del Trattato, la Corte di Giustizia.

Questa visione dei fenomeni giuridici europei non è, a mio avviso, convincente: tenterò di spiegare il perché.

In ordine alla *non* irrilevanza della *decisione costituente*, ritengo che per quanti sforzi possa compiere l'interprete per giustificare l'assetto e l'evoluzione della forma stato Unione europea, difficilmente potrà affermare che (de Vergottini):

a) la volontà delle Istituzioni dell'Unione può condurre «all'annullamento delle comunità politiche nazionali/statali»;

b) la volontà *individuale* di uno Stato membro può provocare lo scioglimento di tutti (o di alcuni) Paesi membri dall'accordo europeo;

c) l'Unione detiene il potere di *impedire tali scioglimenti*, opponendosi alle decisioni adottate da ciascuno Stato membro.

Dalle tre argomentazioni sopra esposte deriva che l'Unione europea non è uno Stato, detiene rilevanti poteri che possono anche incidere sugli ordinamenti statali, tuttavia gli Stati membri restano titolari della sovranità ed hanno l'ultima parola, rispettivamente, per uscire dall'Unione e/o per non farsi annullare da quest'ultima. La sovranità, dunque, esprime la qualità del potere e non la sua quantità ed è pertanto non frazionabile. L'istituzionalizzazione del Consiglio europeo non osta a questa interpretazione, in quanto, come sottolineato, tale istituzione è europea solo nel *nomen*, ma rimane *nazionale* nella sostanza. Il potere costituente, dunque, esiste e la superiorità del Trattato europeo sulle Costituzioni statali in assenza di una decisione costituente è un *vulnus* difficile da giustificare dalla teoria costituzionale (Esposito).

In questo contesto, è fondamentale inquadrare il ruolo e l'influenza assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

4. – L'integrazione giuridica tra Unione e Stati membri si è significativamente evoluta rispetto alle origini della Comunità europea per due ordini di ragioni:

a) la copiosa produzione normativa dell'Unione;

b) il ruolo sempre più preponderante della Corte di Giustizia.

A) Sul primo versante l'Unione europea ha cessato di essere un Ente a fini settoriali ed è ora un Ente a fini generali. Non sempre le Costituzioni degli Stati membri hanno preso atto e dunque regolato questo mutamento di fini ed obiettivi rispetto al Trattato di Roma del 1957.

L'Unione europea, infatti, non legifera più, unicamente, nelle materie inerenti alle quattro libertà di circolazione (persone, merci, capitali e servizi), ma interviene ovunque, ossia, per fare alcuni esempi, in materia di ambiente, agricoltura, tutela dei consumatori, salute, immigrazione, asilo, sicurezza comune, diritto penale, processuale penale, eccetera, eccetera.

Le norme europee regolanti tali molteplici materie, occorre altresì specificare, sono rispettivamente contenute, nel Trattato dell'Unione europea, nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e nei loro allegati tra i quali ha primaria importanza la Carta dei diritti fondamentali.

Complessivamente, le numerosissime norme contenute nei citati atti normativi hanno la stessa forza giuridica, ossia, nel rispetto dei principi fondamentali nazionali, hanno valore di norme costituzionali. Di recente, parte della dottrina tedesca (Grimm), soffermandosi sulla copiosità delle norme europee derivanti dai Trattati ha evidenziato l'anomalia secondo la quale, nel diritto dell'Unione, gli atti normativi di riferimento regolano materie che negli ordinamenti nazionali sono regolate da leggi ordinarie e non da norme di valore costituzionale. Di conseguenza, le Istituzioni europee e la Corte di Giustizia, intervenendo sulle questioni collegate a tali materie, agiscono su ambiti che negli Stati unitari rientrano nella sfera politica. Questo fenomeno, definito *over – constitutionalisation* esprime emblematicamente l'attitudine delle Istituzioni europee ad occupare attraverso le norme gli spazi che negli Stati sono prevalentemente occupati dalle attività di indirizzo politico dei Governi/Parlamenti nazionali. La *over – constitionalisation* genera dunque una *depoliticization*.

B) Ad accrescere la *signoria* delle Istituzioni europee sulle politiche nazionali è infine il ruolo e l'importanza della Corte di Giustizia ed il suo peculiare rapporto con le Corti nazionali.

Formalmente definito un rapporto tra eguali, quello tra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali si è progressivamente trasformato in un rapporto gerarchico, in alcuni casi caratterizzato da una sorta di complicità istituzionale.

Riassuntivamente, la disciplina prevista dall'art. 267 del Trattato è interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel senso che:

ISSN: 2037-6677

- l'obbligo delle Corti nazionali di sollevare istanza pregiudiziale sussiste *anche se esse non sono di ultima istanza (Sentenza Costa – Enel, caso 6/64)*, ma la loro decisione non è, comunque, più appellabile;

- le Corti nazionali *possono non sollevare* l'istanza pregiudiziale se la questione loro sottoposta è stata decisa dalla Corte di Giustizia in un caso *materialmente identico* ad uno già deciso in via pregiudiziale, o, seppure non identico, in un caso regolante *la stessa questione giuridica* già risolta dalla *giurisprudenza costante* della Corte di Giustizia (Casi, *Da Costa en Schaake N.V. v. Nederlandse Belastingadministratie*, 28-30/62 e *CILFIT* 283/81);

- l'obbligo di sollevare istanza pregiudiziale sussiste per le Corti di ultima istanza anche se sulla medesima questione si è già pronunciata la Corte costituzionale nazionale ancorché essa abbia giudicato su parametri formalmente diversi (la Costituzione nazionale) ma di contenuto analogo alle norme del Trattato europeo (Caso *Global Starnet* 322/16);

- il mancato rinvio pregiudiziale di una questione che doveva essere risolta con una regola di diritto europeo può causare *la responsabilità civile* seppure indiretta (*rectius*, nei casi di responsabilità ad essere citato è lo Stato nella sua interezza) dell'organo giudiziario nazionale che ha omesso di sollevare la questione; la decisione sull'esistenza della colpa grave nella interpretazione ed applicazione del diritto europeo applicabile a quel caso spetta, di fatto, alla medesima Corte di giustizia la quale è - inevitabilmente - chiamata in causa attraverso il rinvio pregiudiziale del giudice presso il quale è radicata l'azione di danni (Caso *Köbler* C-224/01 e Caso *Traghetti/Mediterraneo/Tirrenia* C-173/03);

- l'*interdipendenza* tra la norma europea applicabile e la questione giuridica sottoposta al giudice remittente esiste (e dunque il Giudice deve porsi il problema se sollevare o meno la questione pregiudiziale) se la norma europea gli consente di decidere il caso a lui sottoposto (*rectius* è «pertinente»), rammentandosi che la *non pertinenza* sussiste, rispettivamente, qualora la norma europea, «qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della lite» (Caso *CILFIT* 283/81), quando tra i fatti della questione principale ed il caso sollevato non vi sia alcuna relazione, o quando la questione giuridica sollevata è *ipotetica* o *astratta* e pertanto la Corte non avrebbe il materiale fattuale e giuridico sufficiente per giungere ad una decisione (*ex multis*, Caso Taricco ed altri, C-105/14).

Complessivamente, dunque, nonostante sussista in astratto la possibilità per il Giudice nazionale di interpretare *pro domo sua* il diritto europeo, tale discrezionalità è molto ridotta anche per i rischi sottesi alla responsabilità civile che incombe sul giudice in caso di grave *error iuris* nell'interpretazione ed applicazione del diritto europeo. Occorre inoltre aggiungere che, attualmente, la vastità del diritto europeo osta ad un'applicazione rigida del principio *iura novit curia* nei riguardi dei Giudici nazionali e, questi ultimi, suppliscono con il rinvio pregiudiziale al punto che, in caso di minimo dubbio, preferiscono sollevare l'istanza pregiudiziale piuttosto che interpretare autonomamente la questione loro sottoposta.

Conseguentemente, il rinvio pregiudiziale si è notevolmente evoluto rispetto alle applicazioni delle origini (Ferrari): in diversi casi giurisprudenziali, infatti, la Corte di Giustizia ha giudicato la legittimità del diritto nazionale, indipenden-

temente dall'esistenza di un legame stretto con il caso giuridico sottoposto ai Giudici nazionali. Più in generale, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, il requisito della *pertinenza* della questione è interpretato con la *non necessità* di rimettere la questione: *non necessario* significa che le norme di diritto europeo *in nessun modo devono incidere sulla decisione del caso.* Diversamente, per la House of Lords inglese, *necessario* significa che il punto da chiarire o interpretare con il diritto europeo deve *obbligatoriamente essere conclusivo del caso* (cfr. il celebre *obiter dictum* di Lord Denning, Court of Appeal, *H.P. Bulmer Ltd v. J Bollinger SA HO Bulmer ltd v. J. Bollinger SA*, 1974).

Non solo, ma in diverse occasioni, la peculiare «cooperazione» tra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali remittenti ha permesso alla prima di pronunciarsi sul diritto nazionale lesivo di quello europeo anche in presenza di una *interdipendenza meramente astratta* tra questione giuridica e caso concreto. Per fare solo alcuni esempi, la Corte di Giustizia ha considerato «non astratta», l'interdipendenza tra l'art. 325 del Trattato che prevede che l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa (…) e le norme sulla prescrizione dell'ordinamento italiano, le quali, a parere del Giudice remittente (condiviso poi dalla Corte), impediscono la sollecita conclusione dei processi penali e permettono l'assoluzione degli autori dei delitti sull'imposta sul valore aggiunto (IVA) con danno agli interessi finanziari dell'Unione ai sensi del citato art.325 (Caso Taricco ed altri, C-105/14). Nello stesso senso, non è stato considerato «astratto» e «generico», né privo di valore giuridico il contenuto di un comunicato stampa emesso dalla Banca centrale europea con la quale si annunciava l'approvazione «dei parametri principali delle Operazioni definitive monetarie (OMT)» in violazione, a parere del Giudice remittente (Il Tribunale costituzionale tedesco), degli articoli 119,117 e 127 TFUE del Trattato (Caso OMT, C-62/14). Infine, è stato considerato rilevante e quindi interdipendente il rapporto tra una questione già decisa da una Corte costituzionale di uno Stato membro e la stessa questione sulla quale, su espressa richiesta del Giudice nazionale, la Corte di Giustizia si è comunque pronunciata giudicando su parametri (*rectius* la Carta dei diritti fondamentali) aventi il medesimo contenuto di quelle nazionali.

In tutte queste ipotesi, benché i Governi degli Stati membri intervenuti nel giudizio avessero eccepito l'inammissibilità della domanda per il suo carattere generico ed eccessivamente astratto, o per la carenza di giuridicità dell'atto lesivo, la Corte di Giustizia ha rigettato tali domande opponendo argomenti poco convincenti e comunque di natura meramente formale. Appellandosi allo spirito di cooperazione con i Giudici nazionali previsto dall'art. 267 del Trattato, la Corte, in queste ipotesi, ha infatti affermato che «spetta alla Corte nazionale remittente, responsabile della decisione finale, determinare, alla luce delle particolari circostanze del caso, la necessità di formulare una domanda pregiudiziale per poter decidere e la rilevanza delle questioni sottoposte alla Corte di Giustizia»; parallelamente, la Corte di Giustizia, una volta chiamata in causa dalla Corte nazionale è «(…) obbligata a rispondere attraverso una pronuncia». Concretamente, dunque: spetta ai Giudici nazionali decidere se l'ordinamento

nazionale viola quello europeo; spetta, poi, alla Corte di Giustizia pronunciarsi sulla questione trasmessa dai Giudici nazionali, *hic et nunc*. Se i Giudici nazionali sbagliano, sarà sempre la Corte di Giustizia a decidere se l'errore commesso integra o meno la colpa grave e se essi incorrano in responsabilità civile (lo Stato italiano, a tal fine, ha dovuto inserire nella legge sulla responsabilità civile che integra la colpa grave - legge 22.02.2015 n.18 di modifica della legge del 1988 - anche l'ipotesi specifica del mancato rinvio pregiudiziale del Giudice nazionale alla Corte di Giustizia nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea).

Nel quadro di questa impostazione, la Corte di giustizia ha notevolmente accresciuto la sua influenza sui diritti nazionali, pronunciandosi, su impulso dei Giudici nazionali, su ogni questione e norma nazionale potenzialmente lesiva del diritto europeo. Non solo, ma tale influenza si è ulteriormente dilatata in relazione all'importanza e valore assunto dalla Carta europea dei diritti fondamentali. Le Corti nazionali, infatti, chiedono sempre più alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulle violazioni del diritto europeo o del diritto nazionale, alla luce della Carta dei diritti europea a prescindere, dunque, dal diritto costituzionale nazionale regolante la materia oggetto di rinvio pregiudiziale. Accanto, infatti, ai notissimi casi *Taricco 1 e 2* del 2014/2017, nel corso del 2018 i rinvii pregiudiziali fondati esclusivamente su violazioni dei diritti fondamentali previsti dalla Carta sono aumentati vistosamente. Meritano una particolare attenzione, *ex multis*, il caso Corte di Giustizia (CdG), 27 Febbraio 2018, caso C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v. Tribunal de Contas*, sulla riduzione dei salari nel settore pubblico portoghese, sollevato con specifico riferimento all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la sentenza CdG, del 25 Gennaio 2018, nel caso C-360/16, *Bundesrepublik Deutschland v. Aziz Hasan*, riguardo la protezione internazionale, sollevato con riferimento all'art. 47 della Carta; la sentenza CdG del 25 Gennaio 2018, nel caso C-473/16, sollevato con riferimento alla violazione dell'art. 7 della Carta; la sentenza CdG del 22 Febbraio 2018, nel caso C-182/17, *Nagyszénás Településszolgáltatási Nonprofit Kft. v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, sollevato per la violazione degli articoli, 41,47 and 48 della Carta; la sentenza Cdg del 6 Marzo 2018, nel caso C-113/16, sollevato per la violazione degli artt. 17 e 47 della Carta; la sentenza CdG del 14 Marzo 2018, nel caso C-482/16, sollevato per violazione dell'art. 21 della Carta; la sentenza CdG del 20 Marzo 2018, casi riuniti C – 524/45, C – 596/16 e 597/16, con riferimento agli art. 50 e 52 della Carta; la sentenza CdG del 19 Marzo 2018, caso C – 568/16, sollevato per violazione dell'art. 17 della Carta, la sentenza CdG del 17 Aprile 2018, caso C-414/16, sollevato per violazione degli artt. 10, 21 e 47 della Carta, la sentenza CdG del 19 Aprile 2018, caso C – 152/17, sollevato per la violazione dell'art. 16 della Carta.

5. – Allineando i temi sopra esposti, ossia, la generalità del diritto europeo, la sua forza giuridica e la tendenza delle Corti nazionali ad invocare la lesione dei diritti fondamentali europei (*rectius*, contenuti nella Carta dei diritti fondamentali europei) si giunge alla stessa conclusione della dottrina statunitense che ha

considerato la Corte di Giustizia dell'Unione europea una delle Corti più influenti del mondo e certamente più influente della Corte Suprema statunitense (Rosenfield). Con la differenza, che nel modello statunitense, la cittadinanza degli Stati membri regredisce rispetto alla cittadinanza americana e negli Stati uniti il popolo è titolare del potere costituente che ha voluto e votato la Costituzione federale ed è nello stesso tempo il maggiore artefice della modifica del Testo costituzionale, la cui procedura, notoriamente, non richiede il consenso unanime dei quaranta Stati membri. La federazione statunitense, inoltre, prevede che sia il Governo federale, senza alcuna interferenza degli Stati membri, a condurre la politica estera, la politica di difesa e la politica economica, al fine ultimo di perseguire il benessere dei cittadini americani complessivamente intesi.

In Europa, invece, il benessere dei cittadini europei, può addirittura essere contrapposto al benessere dei cittadini di ciascun Paese membro. In due notissime pronunce, infatti, il Tribunale costituzionale tedesco, giudicando, dapprima la compatibilità tra la Legge Fondamentale ed il Meccanismo Europeo di Stabilità e (MES – ESM, Sentenza del 12 settembre 2012, BVerfG, 2 BvR 1390/12; 2 BvR 1421/12; 2 BvR 1438/12; 2 BvR 1439/12; 2 BvR 1440/12; 2 BvE 6/12) e poi la costituzionalità delle Operazioni Definitive Monetarie (richiesta pregiudiziale 14 Gennaio 2014), ha affermato, rispettivamente, che il MES non lede il principio di democrazia solo perché non esorbita dalla quota di sottoscrizione liberamente approvata dal Bundestag (190 miliardi di euro) e dunque non lede gli interessi dei cittadini tedeschi e le ODTM sono conformi alla Legge Fondamentale perché rispettano i limiti fissati dal Tribunale medesimo a tutela dei cittadini tedeschi.

Più in generale, il principio dell'*identità costituzionale tedesca* previsto dall'art. 79 della Legge Fondamentale, impone al Parlamento nazionale di valutare, di volta in volta, se l'entità dell'impegno finanziario assunto dall'Europa lede gli interessi finanziari dei cittadini tedeschi.

In Europa, dunque, il *benessere di ciascuna comunità nazionale* tutelato dalle rispettive Costituzioni può potenzialmente contrapporsi al *benessere europeo* complessivamente considerato, tutelato dal Trattato istitutivo. Da un lato, quindi, in nome dell'integrazione europea, si potrebbero reclamare interventi a favore del *benessere europeo*, dall'altro si potrebbe invocare la tutela del *benessere nazionale* ai sensi delle Costituzioni nazionali: l'adempimento dell'uno non sempre è conciliabile con l'adempimento dell'altro. A prevalere, *sempre in linea teorica*, non potrebbe che essere l'interesse nazionale posto che in Europa l'Istituzione europea che più incarna i vertici degli esecutivi statali (il Consiglio europeo) decide le questioni più importanti all'unanimità e non a maggioranza. Forse come temeva Spinelli, nell'attuale modello di governo europeo la *solidarietà* collegata al benessere resta subordinata alla volontà di tutti gli Stati membri.

Pertanto, le Istituzioni tedesche, dall'angolazione della legge Fondamentale, agiscono nel modo corretto, in quanto hanno il dovere di vigilare sull'identità costituzionale dei propri cittadini: la Germania, infatti, è uno Stato formalmente sovrano e le sue Istituzioni svolgono il compito assegnato loro dalla Legge Fondamentale che è quello di presidiare *le ragioni dello stare insieme del popolo tedesco*.

ISSN: 2037-6677

Pur senza scomodare il mai sopito dibattito tra Kelsen e Schmitt, vorrei precisare che la teoria della doppia sovranità e dell'esistenza di due Costituzioni parziali, dimentica, forse, che la dottrina costituzionalistica contemporanea è unanime nel considerare le Costituzioni, non solo come l'atto normativo posto al vertice della scala gerarchica, ma anche come la sintesi delle ragioni dello stare insieme che hanno indotto una comunità di persone, in un certo momento storico, a divenire una comunità di cittadini. A tal fine, pensando per un attimo alla Costituzione italiana, non possono non richiamarsi le «cerniere» che i Costituenti avevano pensato per *legare tra loro le diverse generazioni* e comporre le tensioni sociali invocando il contributo di tutti: come ammoniva uno dei Costituenti italiani più illuminati (Piero Calamandrei), se dovesse verificarsi che «*i capaci e i meritevoli, anche se privi di mezzi*» non possono più «*raggiungere i gradi più alti degli studi*» e dunque venisse meno l'obiettivo ultimo di «*dare lavoro* ed *una giusta retribuzione a tutti* (…)», a regredire è la dignità stessa dell'uomo e con essa l'essenza stessa della «Costituzione».

6. – Nel solco, dunque, delle "vitali" Costituzioni nazionali, anche le Istituzioni degli altri Paesi membri, oltre alla Germania, dovrebbero intervenire a presidio dell'identità costituzionale dei rispettivi cittadini e se ciò non avviene è solo perché molti Stati membri sono economicamente e finanziariamente deboli e non hanno la forza di opporsi ad atti ed azioni europee che possono ledere l'identità costituzionale dei propri cittadini.

Questo argomento apre il campo alla più ampia questione dei *populismi* in Europa.

Formalmente, infatti, i popoli degli Stati che nelle elezioni nazionali chiedono alle forze politiche di impegnarsi per realizzare la piena occupazione ed il progresso sociale agiscono nel rispetto della loro Costituzione. Anzi, tale azione è probabilmente l'unica forma costituzionale che l'elettore ha di denunciare il proprio disagio. A mio parere, l'elezione nazionale dovrebbe essere uno stimolo affinché le autorità politiche nazionali che hanno voluto e sottoscritto il Trattato europeo si impegnino ad intervenire in sede europea per regolare diversamente il patto confederale.

Più in generale, osservando il fenomeno sociale e giuridico europeo nella duplice prospettiva delle Costituzioni nazionali e del Trattato, i Governanti di un Paese membro che volessero dare risposte ai propri elettori hanno tre strade.

La prima è quella intrapresa dal Regno unito, le cui autorità, dopo aver deciso di uscire dall'Unione europea hanno avviato, insieme alle Istituzioni europee, il procedimento previsto dal Trattato all'art. 52. Questa opzione, impensabile sino ad alcuni anni fa, genera comunque notevolissimi sacrifici economici per il Paese che lascia l'Unione (sacrifici, che sarebbero stati ancora più pesanti se il Regno unito fosse stato nell'eurozona). La seconda, semplice nell'illustrazione ma complessa nella realizzazione, dovrebbe anzitutto essere preceduta da una presa d'atto responsabile dei governanti nazionali e dei vertici delle Istituzioni europee dell'incapacità dell'Unione europea di perseguire i *fini* più importanti del Trattato quanto meno se rapportati a *tutti i popoli* degli Stati membri. Conseguentemente,

si dovrebbe proporre un cambio di direzione evolvendo in una forma di Stato unitaria, avviando un processo costituente che conferisca al Trattato europeo una cornice costituzionale. Questo processo non avrebbe unicamente lo scopo di dare una veste costituzionale al Trattato europeo, ma dovrebbe anche sottoporre al costituendo popolo europeo un *progetto di vita insieme* che porti effettivamente benessere e prosperità: "più Europa" deve concretizzarsi, in definitiva, in una nuova Convenzione costituzionale contenente i presupposti, i principi e le regole per la costruzione di un'*identità comune europea* in un contesto istituzionale unitario e federale. Evolvendo in tal modo, il popolo europeo diverrebbe titolare della sovranità che sarebbe esercitata attraverso le Istituzioni europee; gli Stati membri, a partire da quel momento, acquisirebbero, unicamente, una robusta autonomia costituzionale, ma perderebbero la propria sovranità.

Difficilmente, a mio parere, tutti i Paesi membri accetterebbero questa proposta costituente; non credo, infatti, che i popoli che percepiscono meno gli effetti della crisi economico – finanziaria gradirebbero l'evoluzione sopra descritta e dubito anche che i Paesi dell'Est europeo, entrati di recente nell'Unione europea, possano accettare questa ulteriore accelerazione che prevede la perdita definitiva di quella sovranità statale hanno faticosamente conquistato dopo decenni di autoritarismo. Opporsi, in quest'ultimo caso, sarebbe comprensibile.

La terza via è quella di tornare alla Comunità solo economica riattribuendo agli Stati membri le importanti prerogative in materia monetaria, economica e di controllo/gestione dei propri bilanci abolendo l'euro. Gli Stati europei limiterebbero la loro unione ad una intensa cooperazione commerciale, usufruendo, unicamente, dei vantaggi della libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. In questo senso, può osservarsi, che un Paese che aveva formalmente chiesto di entrare nell'unione europea, l'Islanda, ha ritirato la richiesta di adesione ritenendo evidentemente soddisfacenti i vantaggi della libera circolazione di cui già gode come membro della *European Free Trade Association* (EFTA) e dell'*European Economic Area* (EEA).

Chi vi parla è un europeista convinto che da tempo è impegnato a diffondere i valori europei e la costruzione di un'identità comune anche attraverso gli scambi tra i nostri ed i vostri studenti al fine ultimo di costruire rapporti di amicizia e di lavoro duraturi (amo ricordare che ho dedicato il mio libro *European constitutional development* agli studenti Erasmus di tutta Europa): per queste ragioni, preferirò sempre intraprendere la seconda strada. Tuttavia, da studioso di diritto costituzionale comparato e da conoscitore dei fenomeni europei, non posso nascondervi la mia preoccupazione. Non esiste, nell' Europa di oggi, un progetto politico comune dei Paesi "storici", dei fondatori della Comunità finalizzato ad effettivamente costruire un *progetto di vita insieme* che superi l'attuale architettura istituzionale. Ciò detto e poiché, comunque, sono un inguaribile ottimista ritengo ancora possibile che le Istituzioni europee ed i diversi Stati membri creino quanto meno le basi per una riforma così epocale. In questa prospettiva, da studioso di una Università del Sud Italia che è un'area depressa dell'Europa dalla quale mi onoro di provenire, vorrei offrire un piccolo contributo di idee.

ISSN: 2037-6677

Un passo in avanti, a Trattato invariato, potrebbe compiersi intervenendo sul Consiglio europeo. Tale Istituzione, come ho affermato, per la sua composizione, funzioni e modalità decisionali, rischia di vanificare definitivamente la formazione di uno Stato europeo, invece di accelerarne la realizzazione. Perché, dunque, non affidare ad alcuni Capi di Stato e di Governo che compongono il Consiglio europeo la rappresentanza esterna delle aree politiche più strategiche, come la politica estera, la politica economica, la difesa, il commercio con gli Stati terzi e la giustizia? Se, in pratica, alcuni capi di Stato o di Governo, nelle questioni politiche più spinose che richiedono unità di intenti e coesione politica intervenissero a nome di tutti, forse, potrebbero accelerare il processo identificazione tra governanti e governati all'interno dell'Unione. Sentirsi rappresentati dal governante di uno Stato membro diverso dal proprio può essere un vantaggio se si percepisce che tale rappresentante persegue effettivamente gli interessi europei e non più, unicamente, gli interessi del Paese di provenienza. Rafforzare – a Trattato invariato – il legame tra rappresentati e rappresentanti è forse il modo più indicato per festeggiare i 60 anni dalla fondazione della Comunità europea e sarebbe una dimostrazione che, forse, seppure fuori tempo massimo, tutti insieme, abbiamo deciso di seguire gli illuminanti consigli di un mio connazionale, Altiero Spinelli, il quale, vorrei dire a tutti Voi, quando ancora imperversava la II guerra mondiale non era più, solo italiano, ma si sentiva già, anche, europeo.

Târgu Mureş•, 15 giugno 2018

• *Il presente contributo costituisce il testo della* lectio magistralis *tenuta dall'A. in occasione del conferimento del titolo di* Doctor Honoris Causa, *presso l'Università Petru Maior di Târgu Mureş, Romania.*

Un primer balance del impacto de la liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en la sanidad española

di Josefa Cantero Martínez

Abstract: ***A first assessment of the impact of the liberalization of cross-border healthcare in Spanish healthcare system*** – The article analyses the Spanish health system and its recent developments. Firstly, it focuses on the impact that the internal market and European competition rules have had on Spanish health care system. The analysis is then carried out on the consequences of this development on patient protection, on equality in access to care and on the role played by private healthcare providers.

Keywords: Healthcare; EU internal market; Competition; Public service; Spanish legal system.

1. Introducción. La sanidad ¿un mero asunto interno de los estados miembros?

A efectos del Derecho Comunitario, la sanidad puede considerarse como un servicio de interés general, basado en la solidaridad y que, en la medida en que satisface necesidades básicas y fundamentales de los ciudadanos, debe responder a los principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia[1]. Como tal, permite importantes ámbitos de libertad a los Estados a la hora de configurarlos y organizarlos, lo que no impide que estos servicios deban respetar también las normas de los Tratados y, específicamente, los principios de no discriminación y libre circulación de personas. Por el contrario, a los denominados servicios de interés económico general (SIEG) les resultan aplicables también los principios de la libre prestación de servicios, el derecho de establecimiento y las normas en materia de competencia, según el Libro Verde de la Comisión sobre los servicios de interés general de 21 de mayo de 2003. A partir de esta consideración, no es de extrañar que la organización y gestión de la asistencia sanitaria se haya considerado clásicamente como una cuestión estrictamente interna que, al menos en principio, sólo incumbe a cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea[2]. Así de claro y contundente se muestra el artículo 168.7 del Tratado de

[1] Font I Llovet, Tomás, "Organización y gestión de servicios de salud: el impacto del derecho de la Unión Europea", en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, obra colectiva dirigida por Vera Parisio, Vicenç Aguado i Cudol y Belén Noguera de la Muela, Tirant Lo Blanch y Giappichelli Editore, Valencia y Turín, 2016, pág. 193.

[2] La salud pública fue objeto de un considerable impulso gracias al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que supuso la inclusión de nuevos títulos competenciales con los que se institucionalizaba por vez primera una auténtica política comunitaria sobre la salud pública, constituyendo la primera referencia comunitaria evidente

Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) al establecer que *"la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios"*. Se deduce de ello que, al menos en principio, la normativa europea no puede producir el efecto de obligar a un Estado miembro a modificar su organización sanitaria, a incluir o excluir colectivos de personal asegurado, a ampliar la lista de prestaciones médicas cubiertas por su sistema de protección social u obligarle a incluir nuevas técnicas o nuevos tratamientos que estén cubiertos por los regímenes públicos sanitarios de otros Estados miembros[3]. Partiendo de esta premisa -y de la falta de títulos habilitantes para incidir en esta materia- la asistencia sanitaria prestada en otro Estado, la denominada asistencia transfronteriza, se ha organizado tradicionalmente a través de los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social.

Efectivamente, puede decirse que hace ya cerca de cincuenta años se reconoció, aunque de una forma muy tímida y limitada, el principio de la libre circulación de los pacientes en el ámbito comunitario, al permitir que cualquier trabajador pudiera dirigirse a otro Estado miembro para recibir asistencia sanitaria, aunque, eso sí, debía para ello ser previamente autorizado por el Estado en el que estaba afiliado a la Seguridad Social[4]. Ello se produjo básicamente con la aprobación del *Reglamento CEE nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad*, con las múltiples modificaciones de que ha sido objeto. Esta norma fue sustituida por el actual *Reglamento CEE nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social*, que considera que todas las personas que residen en el territorio de un Estado miembro están sujetas a las obligaciones y pueden acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado

a los temas sanitarios. Calvete Oliva, Antonio, "La salud pública en la Unión Europea según el Tratado de Ámsterdam", *Revista de Administración Sanitaria*, volumen IV, nº 14, abril/junio 2000, pág. 42; González Navarro, Francisco, "El sistema del medicamento en el Derecho de la Comunidad Europea: una propuesta metodológica", *Revista Derecho y Salud*, vol. 3, número 1, 1995, pág. 11; Beato Espejo, Manuel, "Los derechos de los usuarios de los servicios y profesiones sanitarias en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 184, mayo 2000, pág. 36; Molina Del Pozo, Carlos Francisco, "Aspectos sanitarios de las políticas de la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 184, mayo 2000, pág. 79; Martín Del Castillo, J.M., "El marco jurídico del medicamento en la Unión Europea y en España", *Gaceta Jurídica de la CEE*, nº 28, 1997, págs. 215 y 216.

[3] En esta misma línea, el art. 2 del Protocolo núm. 26 del TFUE sobre los servicios de interés general clarifica que las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico. Todo ello tras reconocer que los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.

[4] El antiguo formulario E111 fue sustituido por la tarjeta sanitaria europea. La autorización E112 también ha sido sustituida por el nuevo documento portátil denominado formulario S2, que acredita el derecho a recibir tratamiento médico planificado en otro país miembro de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza. Debe ser obtenido en el correspondiente organismo de seguridad social antes de salir del país y ser presentado ante el organismo correspondiente del país en el que vaya a recibir tratamiento.

miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado[5]. Marcaba así este reglamento el nacimiento de la "libre circulación de los pacientes[6]", esto es, el derecho de todo ciudadano europeo a recibir asistencia sanitaria pública en cualquier otro Estado aunque, eso sí, habiendo obtenido una previa autorización por parte de las autoridades sanitarias de su país, para cuya concesión la Administración disponía de un importante margen de discrecionalidad. La posibilidad de derivar pacientes entre los Estados, que es lo que al fin y al cabo permite este precepto, suponía reconocer cierto "alcance extraterritorial" al derecho a la asistencia sanitaria pública[7].

En los últimos años, sin embargo, se han producido determinadas circunstancias que han motivado la búsqueda de nuevos títulos de intervención del legislador comunitario en este ámbito. La jurisprudencia comunitaria ha supuesto una penetración directa y prevalente de las normas del mercado en esta materia al reconocer la aplicación directa del principio de la libre circulación transfronteriza de productos y servicios sanitarios y de pacientes, lo que nos sitúa ante un escenario diferente. Ha considerado que las prestaciones sanitarias no dejan de ser un "servicio" a los efectos comunitarios y, en consecuencia, la exigencia de una autorización previa para poder recibirlas puede ser concebida como un obstáculo a la libre prestación de servicios. Resultado de ello ha sido la liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza, esto es, la que se presta en otro Estado distinto del Estado de afiliación del paciente asegurado. Con ello hemos creado un marco dual para regular el mismo fenómeno: el que deriva de los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social y el que deriva directamente de la aplicación de las libertades comunitarias. El marco jurídico de regulación de este fenómeno es tan complejo que la Unión Europea decidió sistematizarlo y codificarlo a través de la *Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*. Esta norma ha supuesto la liberalización de una parte del servicio público, la relativa a la asistencia transfronteriza, creando un nuevo derecho, el derecho de los pacientes a la libre opción sanitaria transfronteriza, que les permite además elegir entre la sanidad pública o privada con cargo al presupuesto público.

Con ello se persigue, no sólo facilitar y fomentar la movilidad de los pacientes por Europa, sino también, ampliar las posibilidades de expansión del negocio de la sanidad privada, tal como de forma expresa se recoge en el reglamento de transposición de la Directiva[8]. De ahí que este tipo de asistencia transfronteriza se haya considerado como una forma de mercantilización de la sanidad provocada por

[5] El Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, ha sido modificado por el Reglamento (CE) nº 988/2009. Ambos reglamentos entran en vigor el 1 de mayo de 2010 y al principio solo se aplicarán en la UE. Los dos textos forman, junto con el Reglamento (CE) nº 987/2009 (reglamento de aplicación), el paquete legislativo que establece la "coordinación modernizada de los regímenes de seguridad social".

[6] Nourissat, Cyril, "La Sécurité Sociale et le principe de la libre circulation des marchandises et des services", *La Semaine Juridique. Édition Générale*, nº 1, 6 de enero de 1999, pág. 27.

[7] Pemán Gavín, Juan María, "Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (a propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), *Revista de Administración Pública*, nº 160, 2003, pág. 141.

[8] Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

la irrupción de las normas sobre mercado en el ámbito de los servicios públicos sanitarios[9]. Esta nueva vía de acceso a las prestaciones sanitarias, como se ha resaltado, responde en última instancia <<*a un planteamiento ultraliberal de los servicios sanitarios: la "compra" de servicios médicos que posiblemente sólo podrán permitirse aquellos que puedan pagarlos y un libre mercado sin ninguna regulación, ignorando las características específicas del sector sanitario*»[10]. De este nuevo marco y de sus efectos más inmediatos en nuestro sistema público sanitario y en sus principios inspiradores pretendemos centrarnos en este trabajo.

2. La irrupción de los principios comunitarios y de las reglas del mercado en el servicio público: la liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza

Desde finales de los años noventa se ha instaurado una nueva vía de acceso a las prestaciones sanitarias en otro Estado al margen de la prevista en los reglamentos comunitarios de seguridad social. Su origen se encuentra en la jurisprudencia comunitaria, que ha considerado que la asistencia sanitaria no deja de ser un mero servicio a los efectos del derecho comunitario (artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), por lo que, en principio, la exigencia de una autorización administrativa previa ha de ser concebida como un obstáculo a la libre prestación de servicios sanitarios. Se iniciaba así el proceso de liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza. A través de sus sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido conformando todo un cuerpo jurisprudencial acerca del alcance del derecho a la asistencia sanitaria en otro Estado y sus reembolsos. Ha sostenido que la libre prestación de servicios abarca la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidas las personas que precisan un tratamiento médico, de acudir a otro Estado miembro para recibir allí esos servicios. Ha considerado que constituye una restricción del principio comunitario de la libre prestación de servicios no garantizar a un paciente un nivel de reembolso equivalente al que hubiera tenido derecho si hubiera recibido la asistencia sanitaria en el Estado miembro de afiliación y, en fin, ha considerado que la exigencia de una autorización previa por parte de dicho Estado también es un obstáculo a la libertad comunitaria, aunque en algunos casos la autorización puede estar justificada.

Efectivamente, con la jurisprudencia sentada a partir del año 1998 en los famosos casos Kohll y Decker, de 28 de abril, puede decirse que el Tribunal ha inaugurado una segunda vía para el acceso a las prestaciones sanitarias al margen de la normativa prevista en materia de Seguridad Social y sin necesidad de contar con una previa autorización administrativa. Con estas dos sentencias, relativas a un tratamiento de ortodoncia y a la compra de unas gafas en otros Estado, el Tribunal ha afirmado que las libertades fundamentales garantizadas en los Tratados constitutivos se oponen a toda normativa nacional que subordine el reembolso de un producto farmacéutico o de una prestación médica obtenida en

[9] Cantero Martínez, Josefa, "La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea: entre ciudadanía sanitaria y reglas del mercado", en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Tirant Lo Blanch, 2011, págs. 83 y ss.

[10] Sevilla Pérez, Francisco, "Propuesta de directiva de aplicación de los derechos de los pacientes en la atención sanitaria transfronteriza", *Revista de Administración Sanitaria* nº 4, 2009, págs. 550 y 564.

otro Estado a la exigencia de una previa autorización concedida por el organismo competente de la Seguridad Social del Estado de afiliación.

Como ambas sentencias se referían a prestaciones sanitarias prestadas en una consulta y que habían sido previamente pagadas por los interesados, se planteaba la duda de si la misma interpretación debía realizarse con las prestaciones que se prestan en los hospitales. A partir de la Sentencia Geraets y Peerbooms, de 12 de julio de 2001 (asunto C-157/99) quedó también solucionada esta duda, «las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, incluida la asistencia dispensada en un marco hospitalario» y, asimismo, ha considerado que «la libre prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidas las personas que requieren tratamiento médico, para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de recibir allí dichos servicios» (entre otras muchas, en las sentencias de 16 de mayo de 2006, Watts, C-372/04, en la de 19 de abril de 2007, Stamatelaki, C-444/05, en la de 15 de junio de 2010, Comisión/España, C-211/08; en la Sentencia Elchinov de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09 o en la Sentencia de 9 de octubre de 2014, asunto C268/13, Elena Petru).

La aplicación de las libertades comunitarias es independiente del modo en que se preste y organice la asistencia dentro de los Estados. La jurisprudencia comunitaria ha declarado de forma inconcusa que todas las prestaciones médicas, ya sean dispensadas a cambio de una remuneración o ya sean prestadas en especie directamente por el sistema público sanitario, están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, incluida la asistencia dispensada en un marco hospitalario[11]. La liberalización permite la subordinación de la asistencia a una autorización previa por razones imperiosas de interés general, especialmente por la necesidad de planificación para garantizar una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad, o cuando se trate de asegurar un uso racional de los recursos financieros, técnicos y humanos disponibles.

La aplicación de esta prolija jurisprudencia nos ha situado ante un novedoso y complejísimo marco que resulta difícil de gestionar de forma unilateral para un Estado sin tener en cuenta a los demás Estados implicados. Ciertamente es complicado que un Estado pueda definir su política sanitaria y su responsabilidad, especialmente en materia de reembolso de gastos médicos, sin ponerse de acuerdo con los demás sobre las responsabilidades de otros países involucrados y sobre la seguridad y calidad de las prestaciones, lo que requiere la cooperación a escala comunitaria y cierta aproximación de las normas sanitarias de los distintos Estados miembros. Todo ello llevó a las autoridades europeas a decidir la liberalización del sector sanitario mediante la aprobación de una Directiva comunitaria sobre la asistencia sanitaria transfronteriza, invocando directamente principio de subsidiariedad establecido en el art. 5 del TFUE ante las dificultades que encontrarían los Estados para conseguir de una manera suficiente el objetivo perseguido de la movilidad de los pacientes.

[11] Para profundizar sobre esta extensa línea jurisprudencial nos remitimos a García Amez, Javier, "El reintegro de gastos en la directiva de asistencia transfronteriza: compensación para el paciente y reforzamiento de la libre circulación de pacientes consolidada a través de la jurisprudencia europea", en la obra colectiva titulada *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, dirigida por Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 60 y ss.

Inicialmente esta intervención pretendió legitimarse exclusivamente en la competencia de la Unión sobre el mercado interior, esto es, en el art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) relativo a la mejora del funcionamiento del mercado interior. Es decir, paradójicamente, la creación de este nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza que extiende los derechos de ciudadanía sanitaria tendría su fundamento legal último, su legitimación, en el mercado interior. Posteriormente se decidió incluir un nuevo título de intervención, esta vez el relativo a la salud pública previsto en el art. 168.7, que obliga a la Unión Europea a conseguir un nivel elevado de protección de la salud en todas sus políticas. A pesar de que se invocan ambos títulos competenciales, la Directiva es muy clara y tajante al establecer que "la base jurídica adecuada es el artículo 114 del TFUE", toda vez que la mayoría de sus disposiciones tienen por objeto mejorar el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías, personas y servicios.

La culminación de todo este proceso liberalizador se ha producido con la aprobación de la *Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*. Esta norma comunitaria, que entró en vigor el 25 de octubre de 2013, se aplica sólo a la asistencia sanitaria prestada o recetada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación[12]. Ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento a través del *Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación*. Con este nuevo marco jurídico se pretende sistematizar y clarificar los derechos de los pacientes en la movilidad transfronteriza para facilitar la libre circulación de pacientes por todo el territorio del Espacio Económico Europeo.

En todo caso, conviene señalar que la Directiva no supone el reconocimiento de un sistema sanitario europeo. Como señala Álvarez González, las diferencias que existen entre los distintos modelos europeos de organización y financiación sanitaria, unida a la ausencia de un desarrollo significativo de la asistencia sanitaria que deben recibir los ciudadanos para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud a nivel comunitario, sitúan todavía lejano el momento en el que podamos hablar de un sistema sanitario europeo único que, por lo demás, requeriría un amplio e intenso debate al respecto[13]. Simplemente pretende establecer un marco general para una provisión de asistencia sanitaria transfronteriza segura, eficaz y

[12] Por lo demás, la Directiva tiene otro contenido que, sin duda, merece una valoración altamente positiva.

Crea una red de puntos de contacto nacionales encargados de ofrecer información clara y exacta sobre dicha asistencia, que está llamada a desempeñar un papel esencial para el adecuado uso de este derecho. Establece las bases para la cooperación sanitaria entre los países europeos y un nuevo entramado de compromisos y responsabilidades de los Estados en esta materia. Asimismo, ayuda a los países de la Unión a poner en común su experiencia sobre la mejor atención posible al paciente estableciendo la obligación de intercambiar información sanitaria, favoreciendo la atención a las enfermedades raras y la creación de centros de referencia. Potencia el uso de las nuevas tecnologías sanitarias y la creación de redes para la evaluación de las tecnologías, fomenta la e-salud y establece unas normas europeas sobre los elementos que deben contener como mínimo las recetas médicas de un país de la UE para que el paciente pueda utilizarlas en otro, favoreciendo así su movilidad (receta transfronteriza).

[13] Álvarez González, Elsa Marina, "El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza", *Derecho y Salud*, volumen 18, número 2, julio-diciembre de 2009, pág. 31; *Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 193 y ss.

de gran calidad. Trata de garantizar que la libre circulación de los servicios sanitarios no va a suponer una merma del "elevado nivel de protección de la salud" que tiene que garantizar la normativa comunitaria, intentando respetar al mismo tiempo, claro está, las responsabilidad y competencia que tiene cada uno de los Estados miembros sobre la organización y el suministro de servicios de salud y atención médica. Un equilibrio de objetivos que, como a nadie se le escapa, no resultará nada fácil de conseguir pero que, poco a poco, puede ir contribuyendo a un cierto acercamiento entre los distintos sistemas, al menos en aquellas materias en que se instaure la cooperación entre los Estados.

Sin embargo, la asistencia sanitaria transfronteriza regulada en la Directiva es una posibilidad añadida a la contemplada en los **Reglamentos** sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social existentes. La Directiva ha dado lugar a la conformación de un modelo dual para regular la movilidad de los pacientes y las prestaciones médicas que se reciben en otro Estado[14]. Tanto la vía de la Directiva 2011/24/UE como la vía de los reglamentos sobre Seguridad Social coinciden ampliamente en sus ámbitos subjetivos y objetivos de aplicación, lo que nos sitúa ante un marco jurídico ciertamente complejo, por no decir ante una situación de auténtica "patología" jurídica, pues la misma realidad se regula de dos formas diferentes, aunque las consecuencias para el paciente y para los propios servicios de salud son considerables según se utilice una u otra vía.

Efectivamente, tal como se explica en la exposición de motivos del reglamento, la diferencia práctica más notable es que, con arreglo a la Directiva, los pacientes anticipan los pagos de la asistencia sanitaria recibida que se reembolsarán posteriormente según los casos; mientras que, en el ámbito de los reglamentos, no existe esta obligación con carácter general porque existe un sistema de compensación entre los Estados. Otra diferencia, a mi juicio la más destacable, es que la directiva es aplicable a todos los proveedores de asistencia sanitaria, ya sean públicos o privados, mientras que los reglamentos coordinan sólo sistemas de seguridad social. Por eso, el proceso de liberalización de la asistencia transfronteriza que incorpora la Directiva se ha interpretado como una oportunidad de negocio y expansión para la sanidad privada. Fuera de las fronteras, se permite al paciente optar entre lo público y lo privado, lo que supone una importantísima novedad para nuestro servicio público.

Los reglamentos garantizan la protección sanitaria de los ciudadanos europeos cuando se mueven por el espacio europeo, tanto en el caso de estancia temporal como permanente[15]. El asegurado, que tendrá que estar en posesión de la Tarjeta Sanitaria Europea y, en su caso, disponer de los correspondientes documentos autorizatorios[16], tendrá derecho a disfrutar de las prestaciones

[14] Alonso Olea García, Belén, "Las prestaciones sanitarias en el Derecho de la Unión Europea", Revista *Derecho y Salud*, número extraordinario, volumen 26, 2016, pág., pág. 409.

[15] Gil Pérez, María Encarnación, "Implicaciones para el paciente transfronterizo del sometimiento a los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social. La existencia de un modelo dual para la asistencia sanitaria en Europa", en la obra colectiva titulada *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, *op. Cit.*, págs. 226 y ss.

[16] El documento DA1 (el antiguo E-123) está previsto únicamente para los supuestos en los que la atención sanitaria es requerida como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. El documento S1 (antiguo E-106) se requiere para desplazamientos temporales y trabajadores que ejerzan su actividad en dos o más Estados miembros, pero no está previsto cuando el motivo de la estancia en otro Estado sea precisamente el recibir un tratamiento médico; el S2 (antiguo E-112) para los supuestos de asistencia sanitaria programada en otro Estado y el S3 (antiguo E-106) está pensado para los trabajadores

sanitarias en las mismas condiciones que disfrutarían los propios pacientes del Estado que le presta la asistencia. La elección de esta vía para el paciente no es neutral, toda vez que, si existen disparidades entre los dos Estados implicados, el paciente no tendrá derecho a recibir las prestaciones a las que tendría derecho conforme a la legislación de su país si las mismas no existen en el país de residencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, asunto Chamier-Glisczinski, C-208/07, relativa a las prestaciones médicas en caso de dependencia). Tampoco tendrá derecho al reembolso de gastos cuando el nivel de cobertura del país del tratamiento sea inferior al que le correspondería en el Estado de afiliación (Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2010). La Directiva, como regla general, no requiere la obtención de una previa autorización pues ello se concibe como un obstáculo a la libre circulación de pacientes y a la libre prestación de servicios. Sólo en supuestos tasados de asistencia hospitalaria o especialmente costosa se exige autorización, cuyo otorgamiento no recae en el INSS sino en el propio servicio autonómico de salud.

También existen diferencias en relación con los costes de las prestaciones sanitarias recibidas en otro Estado. Conforme establecen los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social, se reembolsan según las condiciones y tarifas de reembolso del Estado de tratamiento. Además, el procedimiento de reembolso tendrá lugar entre las instituciones de los Estados involucrados. Si el ciudadano opta por la vía de la Directiva y el Real Decreto 81/2014, el paciente pagará directamente al proveedor de la asistencia de acuerdo con los costes y tarifas del país de tratamiento. Pero el reembolso se realizará cuando regrese, de acuerdo con las condiciones y tarifas que se hubiesen aplicado por esa asistencia en España, que es el estado de afiliación, excluyéndose los gastos conexos (alojamiento, manutención y viaje).

Aun así, el deslinde entre ambos marcos jurídicos es muy difícil de establecer en la práctica. En todo caso, puede decirse que existe una preferencia por el sistema de Seguridad Social porque generalmente suele ser más cómodo y beneficioso para el paciente porque no suele anticipar pagos. El art. 1 del Real Decreto 81/2014 es muy claro al respecto: cuando resulten aplicables las disposiciones sobre la asistencia sanitaria transfronteriza previstas en dichos Reglamentos, este reglamento no será aplicable, salvo que el paciente solicite expresamente su aplicación. Por lo demás, existe obligación por parte de la Administración sanitaria de informar al paciente sobre las consecuencias que se derivan de los dos modelos. El art. 7.4.d) es muy claro al respecto al atribuir al punto nacional de contacto la obligación de informar, en particular, sobre los derechos que corresponden al paciente derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza y los derivados de los reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de seguridad social. Se trata de una información muy delicada que obligará al Ministerio a hacer un importante esfuerzo y a establecer o, en su caso, reforzar las unidades encargadas de hacer esta labor de información y asesoramiento.

transfronterizos, permitiéndoles que puedan recibir la asistencia sanitaria en el país donde trabajaba antes, ya sea para someterse a un nuevo tratamiento o para continuar con el ya iniciado antes de dejar de trabajar en ese Estado.

3. Los efectos más inmediatos de la liberalización en el sistema nacional de salud

3.1. Su resultado para el paciente: la creación de nuevos derechos.

Este nuevo marco liberalizado permite que los asegurados cuyo Estado de afiliación es España -que denominaremos impropiamente pacientes españoles o pacientes nacionales para agilizar el discurso- puedan decidir libremente si se someten a un tratamiento médico en nuestro país, con las condiciones de nuestro sistema público sanitario, o en cualquier otro Estado de la Unión Europea. Desde esta perspectiva va a tener efectos muy positivos para el paciente que tiene la condición de asegurado (o beneficiario de un asegurado) en el Sistema Nacional de Salud, en la medida en que supone ampliar notablemente su esfera jurídica, sus derechos. Crea un nuevo derecho, el derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza.

La liberalización, efectivamente, se ha traducido en el reconocimiento de un nuevo derecho basado exclusivamente en la libertad del paciente y que habrá que hacer compatible con nuestro modelo de servicio público, basado fundamentalmente en la idea de igualdad y de solidaridad. El paciente puede elegir de forma completamente libre el lugar y la forma de ejercer su derecho a las prestaciones sanitarias públicas. Puede optar por recibir un tratamiento médico en nuestro país, sometiéndose a las exigencias impuestas por nuestro Sistema Nacional de Salud que, como es sabido, requiere que las prestaciones se faciliten en los centros y servicios propios o concertados y por el personal estatutario de su correspondiente servicio de salud[17], pues nuestro sistema público no garantiza un derecho de opción entre la sanidad pública y la privada. O bien puede decidir que ese mismo tratamiento le sea prestado en cualquier otro Estado del Espacio Económico Europeo, esto es, en cualquiera de los 28 Estados miembros de la Unión Europea, más Islandia, Liechtenstein y Noruega[18], en cuyo caso también podrá elegir libremente entre la sanidad pública y la privada. Se hará cargo del pago del tratamiento y después solicitará su reembolso al sistema público, correspondiendo su abono al servicio de salud de su Comunidad Autónoma.

En la medida en que el ejercicio de este nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza exige al paciente anticipar el pago del servicio para exigir después su reembolso, no es de extrañar que se haya considerado como un derecho de carácter ciertamente elitista[19], toda vez que sólo podrán ejercitarlo los pacientes que tengan recursos económicos suficientes como para hacerse cargo del coste del tratamiento médico y de los costes de desplazamiento y alojamiento en otro

[17] Según el art. 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, las prestaciones sanitarias únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte.

[18] Suiza aplica solo los reglamentos comunitarios de Seguridad Social por aplicación del Acuerdo sobre la Libre Circulación de las Personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 (BOE 21.6.2002).

[19] De Angelisi, Monica, «The expansion of patients'rights in Europe: a new perspective for healthcare abroad», *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, Series VII, Social Sciences Law, Vol. 7 (56) No. 1-2014, pág. 211.

Estado. Quedan excluidos del ámbito liberalizador los cuidados de larga duración, trasplante de órganos o programas de vacunación contra las enfermedades infecciosas. La asistencia que requiere este tipo de situaciones queda al margen de la Directiva comunitaria y, por tanto, no se aplica el derecho a la libre elección transfronteriza del paciente.

Para la efectividad de este derecho el paciente debe saber de antemano y con certeza qué reglas serán aplicables[20]. Se entiende que sólo así el paciente podrá elegir con conocimiento de causa y podrá establecerse un nivel elevado de confianza entre el paciente y el proveedor de la asistencia sanitaria, ya sea público o privado. Para hacer efectivo este derecho de información se establece un complejo entramado de relaciones entre los puntos nacionales de contacto que deben existir obligatoriamente en cada Estado, que deben estar conectados entre sí y actuar en red. Debe haber un punto nacional en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, aunque este deber se extiende también a los "proveedores de asistencia sanitaria", esto es, a toda persona física o jurídica que preste legalmente asistencia sanitaria.

Para facilitar el ejercicio del derecho de opción, el Real Decreto 81/2014 fija los principios generales y los derechos de los pacientes, estableciendo las garantías para que la prestación médica se otorgue en condiciones de calidad, seguridad y transparencia mediante mecanismos como la información a través de los puntos nacionales de contacto, la posibilidad de presentar reclamaciones para pedir reparación por la asistencia prestada de modo no satisfactorio, la continuidad del tratamiento y la protección de su derecho a la intimidad.

Nuestro ordenamiento exige, no obstante, el cumplimiento de algunas formalidades previas. El art. 10.4 del Real Decreto prevé que, en el caso de que el asegurado reciba asistencia en otro Estado y sea necesaria una evaluación previa que justifique la indicación de la prestación sanitaria que se debe proporcionar al paciente, la misma será realizada por un médico de atención primaria. Ciertamente esta previsión, en la medida en que actúa como un importante filtro para el ejercicio del derecho, resulta de dudosa compatibilidad con la Directiva, tal como reconoce el Informe presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación de la Directiva. Tal como se recuerda en dicho documento, según el principio de reconocimiento mutuo de cualificaciones, los Estados miembros deben aceptar las decisiones relativas a la necesidad clínica y al carácter adecuado del tratamiento adoptadas por un médico con cualificaciones profesionales equivalentes en otro Estado miembro[21].

Sólo en algunos casos este tipo de asistencia requiere una autorización previa por parte de la entidad responsable del aseguramiento del paciente en su país de afiliación. Estos supuestos se han fijado en el anexo II del Real Decreto 81/2014, que, como regla general, exige la previa autorización cuando el tratamiento implique que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche.

[20] Este derecho a la movilidad abarca no solo al tratamiento médico, sino también la prescripción, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios cuando estos sean provistos en el contexto de un servicio sanitario, bien porque se adquieran dichos medicamentos y productos sanitarios en un Estado miembro que no sea el Estado miembro de afiliación o bien porque se adquieran en otro Estado que no sea aquel en que fue expedida la receta.

[21] *Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*, Bruselas, 4 de septiembre de 2015, COM (2015), 421 final.

Asimismo, se ha previsto cuando el paciente necesite ser tratado en centros o unidades de referencia, cuando se trate de la utilización de técnicas, tecnologías o procedimientos que sean sumamente especializados o tengan un elevado coste económico; cuando se trate de diálisis, de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, de tomografías por emisión de positrones (PET), radioterapia, cirugía mayor ambulatoria que requiera la utilización de un implante quirúrgico, radiocirugía, análisis genéticos, tratamientos farmacológicos o con productos biológicos, cuyo importe mensual sea superior a 1.500 €, cuando se trate de determinados tratamientos que requieran prótesis o fórmulas nutricionales, etc. En estos casos, la Administración deberá resolver en el plazo máximo de cuarenta y cinco días, entendiéndose estimada la solicitud por silencio administrativo positivo una vez vencido el plazo sin haberse notificado la resolución.

Por lo demás, y en coherencia con la jurisprudencia comunitaria, la Administración sólo puede denegar la autorización solicitada si el tratamiento solicitado no se encuentra dentro de la cartera de servicios, si puede representar un riesgo para el paciente o la salud pública o el prestador de servicios no reúne las condiciones de seguridad y calidad y puede asimismo representar un riesgo. También puede denegarse la autorización si en España puede ofrecerse una asistencia sanitaria apropiada en un plazo médicamente justificable. A sensu contrario habrá que entender que cuando existe una lista de espera la Administración no puede denegar la autorización solicitada.

Este sistema supone, en definitiva, ampliar considerablemente el ámbito del derecho a la protección de la salud, extender la dimensión territorial de este derecho y su modo de ejercicio para configurarlo como un derecho extrapolable libremente a cualquier país del Espacio Económico Europeo. En este sentido, supone también una verdadera espita en nuestro sistema en la medida en que lo abre directamente a la sanidad privada. Si concurre el elemento transfronterizo, esto es, la asistencia prestada en otro Estado, nuestro sistema público deberá hacerse cargo del coste del tratamiento realizado en centros sanitarios privados. Esto significa que el coste del ejercicio de este nuevo derecho supondrá un detrimento del presupuesto dedicado a la sanidad de todos los asegurados y beneficiarios de la sanidad pública.

Con todo ello se pretende favorecer tremendamente la movilidad de los pacientes en el ámbito europeo y, al menos en este sentido, también podría considerarse como una modalidad del denominado "turismo sanitario[22]", pues con este término se suele denominar genéricamente al fenómeno que se produce cuando un paciente decide voluntariamente someterse a un tratamiento médico en otro país. Ahora bien, la liberalización del modelo sanitario que implica la Directiva tiene otros matices importantes que impedirían calificar a este fenómeno, sin más, como una manifestación del turismo sanitario, toda vez que éste se va a efectuar en un nuevo marco de derechos y con cargo al correspondiente servicio público sanitario, que deberá reembolsarlo[23]. De ahí la necesidad de calificar este nuevo

[22] Wismar, M., Palm, W., Figueras, J., Ernst, K. Y Van Ginneken, obra colectiva titulada, *Cross-border health care in the European Union. Mapping and analysing practices and policies*, Observatory Studies Series, No. 22, 2011. Sobre esta cuestión, y en extenso, nos remitimos al trabajo realizado por Lunt N, Smith R, Exworthy M, Green St, Horsfall D, Mannion R., Medical *Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A scoping review*. OECD, 2011, así como a la bibliografía allí citada. El documentos puede consultarse en: https://www.oecd.org/els/health-systems/48723982.pdf

[23] Busatta, Lucia, "La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità

régimen como "asistencia sanitaria transfronteriza" más que como turismo sanitario. En estos supuestos, los ciudadanos europeos que deciden tratarse en otro Estado distinto están ejerciendo una nueva modalidad de ciudadanía europea sanitaria[24] pero, al mismo tiempo, lo hacen también como consumidores de un servicio sanitario, por lo que puede decirse que el nuevo sistema denota una visión ciertamente mercantilista de la sanidad. La sanidad se ha convertido en un servicio de interés general parcialmente liberalizado lo que, sin duda, tendrá importantes consecuencias para nuestro Sistema Nacional de Salud.

Por el momento las consecuencias prácticas y económicas de este nuevo derecho no son muy significativas porque todavía es un derecho desconocido[25]. Los flujos de pacientes que son atendidos en el extranjero en virtud de la Directiva están siendo bastante bajos. Además, los distintos informes y estudios realizados hasta el momento de la experiencia durante estos últimos años sugieren que existe un gran desconocimiento sobre él y muestran que los Estados tienen una gran dificultad para separar entre las solicitudes de autorización presentadas al amparo de la Directiva 2011/24/EU y las presentadas en virtud de la aplicación de los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social debido fundamentalmente a las dificultades jurídicas que existen para separar estos dos instrumentos y sus correspondientes regímenes jurídicos, toda vez que ambos regulan la misma cosa: la asistencia sanitaria prestada en otro Estado[26]. Los datos del Informe presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación de la Directiva indican que se trata de cifras agregadas que combinan datos de los Reglamentos sobre seguridad social y la Directiva.

Son muchas las causas que explicarían el modesto impacto que está teniendo la Directiva. Según se señala en el Eurobarómetro publicado sobre esta concreta materia en mayo del año 2015, la prestación de servicios sanitarios transfronterizos y su cobertura por parte de los Estados es un proceso sumamente complejo, rodeado de importantes dosis de inseguridad jurídica y sobre el que todavía falta mucha información[27]. Algunos estudios también sugieren como principales puntos débiles del sistema las dificultades para realizar una transferencia segura de los datos sanitarios recogidos en la historia clínica del paciente, las dificultades para la continuación de los tratamientos cuando el paciente regresa a su lugar de residencia, así como la falta de normas claras sobre

transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti", *DPCE online* 2015-3, disponible en www.dpce.it.

[24] Véase Cantero Martínez, Josefa y Garrido Cuenca, Nuria, "Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 18, 2014, monográfico dedicado a las fronteras del derecho biosanitario, págs. 89-127.

[25] En España, se ha reembolsado durante el año 2016 la cantidad de 2657 euros en concepto de movilidad de pacientes sin haber solicitado autorización previa. La suma de los reembolsos realizados en el caso de tratamientos médicos sometidos a autorización previa ha sido de 3985 euros. En otros países, por ejemplo, las cantidades son muchísimo más significativas. Así, por ejemplo, en Francia, por los tratamientos previamente autorizados se han reembolsado 21,750,698.7 y en Irlanda, 1,752,132. Euros. *European Member State Data. Cross-border patient flows based on Directive 2011/24/EU.* Year 2016. ec.europa.eu/health/sites/health/files/cross_border_care/docs/ev_20171019_co01_en.pdf

[26] *Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.* Comisión Europea, Bruselas, 4 de septiembre de 2015, COM (2015) 421 final, págs. 6 y 7.

[27] *Patients´rights in cross-border healthcare in the European Unión*, Special Eurobarometer 425, publicado en mayo de 2015. Disponible en: ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_425_sum_en.pdf

los reembolsos de los gastos médicos[28]. Según esta misma fuente, las dos razones principales que llevarían a un paciente a someterse a un tratamiento médico en otro Estado son la falta de disponibilidad de dicho tratamiento en su Estado de residencia y recibir tratamiento de mejor calidad. Por el contrario, la principal razón por la cual los encuestados no están dispuestos a someterse a un tratamiento médico en otro Estado es porque están satisfechos con la asistencia sanitaria que reciben en su propio país (55%) y por ello, en circunstancias normales, no sentirían la necesidad de buscar tratamientos fuera. En este sentido, la satisfacción fue particularmente alta en España (70% de los encuestados). Asimismo, para el 49% de los encuestados, era más conveniente ser tratados cerca de su casa.

Todos estos factores posiblemente son los que nos permiten explicar el escaso flujo de pacientes que se han producido en estos últimos años, especialmente en España, donde, según demuestran estas encuestas, existe un elevado grado de satisfacción con la asistencia que se presta en nuestro país y una importante percepción de falta de información sobre el contenido concreto del derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza. Ahora bien, el hecho de que esté siendo escasamente utilizado por el momento no significa que, en un futuro inmediato, en la medida en que este derecho sea más conocido, no pueda cambiar esta tendencia.

3.2. Sus consecuencias para los servicios de salud autonómicos: ¿Solo meras adaptaciones o más bien su mercantilización?

Aun siendo la organización y gestión de la asistencia sanitaria una cuestión estrictamente interna de los Estados (art. 168.7 del TFUE), el nuevo marco liberalizador va a requerir algo más que "adaptaciones" de los servicios autonómicos de salud, tal como anticipaba la sentencia Watts en el año 2006. La transposición de la Directiva ha querido ser respetuosa con nuestro modelo de descentralización sanitaria y, en consecuencia, ha convertido a los servicios de salud de las Comunidades Autónomas en los nuevos protagonistas del sistema. Se ha instaurado para ellos un novedoso marco de obligaciones de carácter básicamente mercantilista para dar respuesta a la aparición de este nuevo derecho de los pacientes basado en la libre opción sanitaria transfronteriza.

El espíritu de la directiva no es otro que el de garantizar la movilidad del paciente y para ello hace posible la libertad de elección de éste sin que pueda producirse ningún tipo de discriminación por razón de nacionalidad. Esto supone que el flujo de pacientes es bidireccional: los pacientes asegurados que residen en España pueden acudir a otro Estado del Espacio Europeo y, asimismo, los pacientes de otros Estados pueden decidir recibir sus tratamientos médicos en nuestro Sistema Nacional de Salud o en las clínicas privadas españolas, lo que forzosamente ha de tener consecuencias en nuestro modelo y requerirá de importantes adaptaciones.

En la medida en que el derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza permite al paciente recibir un tratamiento en cualquier Estado europeo, se ha ampliado la dimensión territorial del derecho a la protección de la salud para configurarlo como un derecho libremente transportable por Europa, que el paciente asegurado puede ejercitar en cualquier Estado del Espacio Económico Europeo con cargo al presupuesto público. A partir de ahí, la principal obligación que corresponde al servicio de salud es la de costear el tratamiento recibido por

[28] Sanne Elise Verra, Renske Kroeze y Kai Ruggeric, "Facilitating safe and successful cross-border healthcare in theEuropean Union", *Health Policy* 120, 2016, págs. 718 a 727.

sus pacientes asegurados a través del reembolso de los gastos médicos, con arreglo a las condiciones y requisitos que establece esta normativa reglamentaria. Si resulta aplicable la normativa dispuesta en los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social se aplicarán ellos con carácter preferente, salvo que el paciente solicite expresamente la aplicación de la Directiva (artículos 1 y 5.1 del Real Decreto). Ello es lógico si tenemos en cuenta que el sistema de seguridad social suele ser mucho más favorable para el paciente porque la compensación se hace entre Estados y éste no tiene que anticipar su pago. Como el reembolso lo tiene que efectuar la Administración sanitaria autonómica se han establecido ciertos límites para evitar que se pueda producir un enriquecimiento injusto del paciente. De esta manera, la asunción de los gastos derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza tiene como límite la cuantía que el mismo habría asumido si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder nunca del coste real de la asistencia efectivamente prestada, aplicándose las tarifas aprobadas y publicadas en esa Comunidad y sin incluir los gastos de alojamiento o de viaje. Estos gastos de reembolso se fijan, en todo caso, mediante un procedimiento transparente de cálculo, basado en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por el paciente. Es decir, las tarifas que fije la Administración sanitaria autonómica no podrían en ningún caso incrementarse para los pacientes extranjeros. Para ello, una de las primeras las obligaciones que se establecen para las Administraciones autonómicas consiste precisamente en regular y fijar los procedimientos para la exigencia de los reembolsos y para la obtención de las correspondientes autorizaciones cuando éstas sean precisas.

Da la impresión de que nuestra normativa no quiere favorecer esta faceta, esto es, que los pacientes españoles viajen al extranjero. En este sentido, la directiva ha previsto determinados mecanismos para facilitar e incentivar el ejercicio de este derecho que no han sido recogidos finalmente por nuestra norma de transposición. Así, por ejemplo, el art. 7.4 de la Directiva prevé expresamente la posibilidad de que los Estados puedan decidir también reembolsar "los costes íntegros de la asistencia", incluso si ésta excede de la cuantía que habrían asumido si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio e incluso reembolsar los gastos conexos, tales como los gastos de alojamiento del paciente, de viaje o los gastos adicionales en que pudieran incurrir las personas con discapacidad cuando reciban asistencia sanitaria transfronteriza. Sin embargo, nuestro RD 81/2014 no ha previsto este otro contenido adicional de los reembolsos. Más bien podríamos decir todo lo contrario. Entre la documentación que debe presentar el paciente para el reembolso debe expresar también "la razón clínica por la que se presta asistencia sanitaria transfronteriza" (anexo I). Da la impresión de que se le obliga a explicar el porqué de dicha atención, lo cual resulta escasamente compatible con la libre circulación y con el derecho de opción que consagra el nuevo sistema. Recordemos que se trata enteramente de un derecho de libertad y que, en consecuencia, deben ser completamente indiferentes los motivos que han llevado al paciente a utilizar esta vía.

Asimismo, para facilitar su ejercicio y proporcionar mayor seguridad jurídica, el art. 9.5 de la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados puedan establecer un sistema voluntario de notificación previa al paciente, de modo tal que éste reciba por escrito una estimación del importe máximo reembolsable. Dicha estimación, además, podría tener en cuenta el caso clínico del paciente, especificando los procedimientos médicos que puedan aplicarse. El Reglamento de transposición, no obstante, se limita a establecer la obligación del punto nacional

de contacto del Ministerio de Sanidad de informar sobre los derechos del paciente "distinguiendo claramente" los que corresponderían por cada una de las dos vías existentes.

Por último, dado que este derecho no deja de ser un derecho "elitista" que sólo pueden ejercer las personas que tengan recursos económicos, el art. 9.5 de la Directiva también había contemplado la posibilidad de que los Estados puedan aplicar los mecanismos de compensación financiera entre las instituciones competentes previstas en los reglamentos de coordinación de la Seguridad Social para evitar que el paciente tenga que anticipar el pago de la prestación. No obstante, tampoco esta otra medida se ha contemplado en el ordenamiento español.

Por lo demás, el nuevo sistema intensifica las obligaciones de la Administración de informar al paciente con la intención de facilitarle el ejercicio de este derecho, lo que exige, como mínimo, proporcionarle información adecuada para que elija libremente y adoptar las medidas que sean necesarias para que el paciente continúe con su tratamiento médico cuando regrese como si dicho tratamiento lo hubiera recibido en España. Tendrá que facilitarle una copia de su historia clínica o la posibilidad de disponer de ella, de los informes clínicos, de los resultados de pruebas diagnósticas, respetando las garantías de seguridad en el tratamiento de datos que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico. Se incluye directamente en esta materia un deber de cooperación entre ambos Estados en materia de sanidad electrónica para el intercambio de la información que sea oportuna para la continuidad del tratamiento, lo que nos remite directamente a la red europea de sanidad electrónica, que conecta a la autoridad nacional que designe el Ministerio con las autoridades responsables de los demás Estados. Se establece también la obligación de las Administraciones de promover el acceso electrónico a la documentación clínica por medio de cualquier sistema. Una nueva opción que se está generalizando en algunas Comunidades Autónomas bien podría ser la llamada "carpeta sanitaria" que, estando configurada como un servicio público, permite al paciente tener a su disposición toda la información relativa a su salud.

En fin, como se ha señalado, el ejercicio de este derecho puede ser visto por los servicios de salud como una importante vía para descongestionar las listas de espera. Es posible que las Comunidades Autónomas intenten evitar estos efectos gestionando de una forma más eficiente sus listas de espera y, en general, las prestaciones sanitarias[29]. El tiempo nos dirá.

Pero no son estos los únicos retos a los que han de responder los servicios autonómicos de salud. La liberalización del sector sanitario conlleva, tal como expresamente resalta la exposición de motivos del Real Decreto 81/2014, una oportunidad para la sanidad privada y un reto para el sector sanitario público, que tendrá que adaptarse al nuevo marco de obligaciones que prevé dicha normativa para facilitar el flujo de pacientes[30].

El nuevo marco liberalizador supone ciertamente una importante oportunidad de expansión para la sanidad privada y así lo han resaltado las propias normas y el Gobierno español. Dado el prestigio de que gozan los profesionales sanitarios españoles y el atractivo que supone el turismo en España, es previsible que este fenómeno de la asistencia sanitaria transfronteriza pueda atraer a

[29] De Angelis, Mónica, *op. Cit.*, pág. 215.

[30] Para un análisis mucho más detallado de estas nuevas obligaciones nos remitimos, por todos, a Lomas Hernández, Vicente, "La gestión del turismo sanitario de ida y de vuelta en el ámbito público y privado", en *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, *op. Cit.*, págs. 297 y ss.

importantes flujos de turistas que opten por una clínica española para someterse a un determinado tratamiento médico, anticipando los gastos y después solicitando el correspondiente reembolso cuando vuelvan a su país. Ello, sin duda, debe ser valorado positivamente por las oportunidades de expansión y riqueza que causaría en el sector. Además, como se ha señalado desde las propias instancias públicas, se espera que la atracción de estos flujos de pacientes no afecte directamente al servicio público sanitario. Dada la existencia de listas de espera, es previsible que los pacientes extranjeros las eviten acudiendo directamente a las clínicas y hospitales privados.

Nada impide, no obstante, que el paciente extranjero decida someterse a un tratamiento en un hospital público o a una consulta de atención primaria o especializada en el correspondiente servicio de salud autonómico, pues nuestro servicio público cuenta con excelentes profesionales y de gran prestigio. De ser así, la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad posiblemente requeriría la realización de ciertos ajustes y la adopción de medidas para agilizar las listas de espera, toda vez que estos pacientes se incorporarían al sistema público en las mismas condiciones que los pacientes asegurados españoles.

Especial interés reviste, efectivamente, la aplicación del principio básico de no discriminación por razón de la nacionalidad entre los pacientes españoles y extranjeros. Esta obligación se aplica tanto a los centros públicos como a los privados, aunque en este último caso es difícilmente acreditable porque dependerá de las normas internas que rijan cada uno de estos centros. En el caso de los centros sanitarios públicos resultaría aplicable el régimen actualmente previsto para los pacientes privados. Ello significaría que estos pacientes transfronterizos, a efectos internos, tendrían un estatus similar al que tienen los pacientes privados en nuestro servicio público. Como quedó acreditado en el asunto Ferlini, impediría, por ejemplo, establecer unas tarifas superiores a las que se aplicarían a los pacientes nacionales (sentencia Angelo Ferlini v. Centre Hospitaler de Luxembourg, de 3 de octubre de 2000, asunto C-411/98). En consecuencia, para la atención primaria se les aplicarían las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios. El ingreso en centros hospitalarios se efectuaría a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente español o paciente transfronterizo.

En este caso, el ejercicio de este derecho podría tener un importante impacto en nuestros servicios de salud. Podría suponer un incremento considerable de las listas de espera, lo que requeriría realizar un importante esfuerzo para su adecuada gestión, toda vez que la normativa de transposición no les ha dotado de ninguna herramienta que les permita reaccionar contra este fenómeno y, en su caso, acotarlo. Sólo la Administración estatal tendría la posibilidad de limitar el acceso de los pacientes extranjeros. Llegado el caso, solo el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, podría establecer condiciones respecto al acceso al tratamiento en España de pacientes europeos, siempre y cuando estas medidas sean proporcionadas y resulten necesarias para garantizar el acceso suficiente y permanente a la asistencia sanitaria ofertada por los servicios autonómicos de salud. Dichas limitaciones deben ser valoradas previamente por la Comisión Europea y publicadas en el punto nacional de contacto. Sólo se permiten cuando estén justificadas por razones imperiosas de interés general, especialmente por la

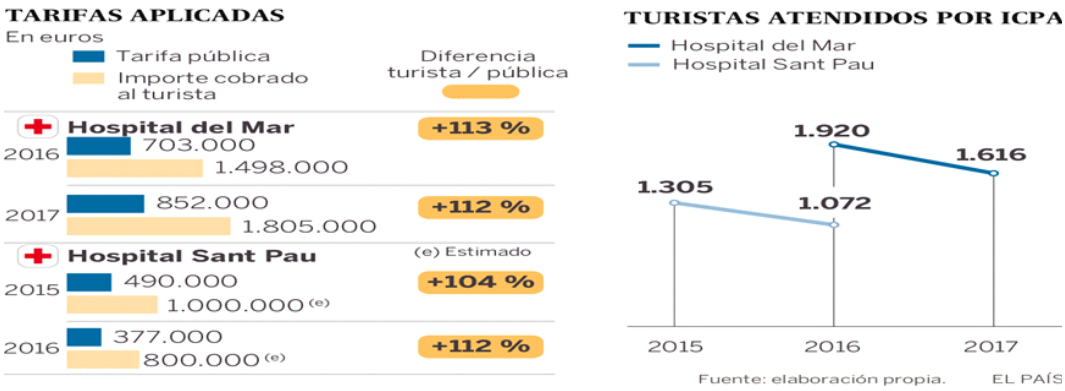
necesidad de planificación para garantizar una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad, o se pretenda asegurar un uso racional de los recursos financieros, técnicos y humanos.

La aplicación del nuevo sistema supone todo un reto para los servicios autonómicos de salud y exige un nuevo cambio en la cultura sobre la facturación por los servicios prestados, tanto en la atención primaria como en la atención especializada[31]. El centro sanitario debe facturar por los servicios que preste a pacientes de otro Estado, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los servicios de salud, sin que, en ningún caso, puedan revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes. En este sentido, la Administración debería ser muy cautelosa y vigilante si decide externalizar los servicios de facturación para evitar que las empresas contratantes puedan utilizar la sanidad pública para hacer un boyante y, a todas luces, injustificado negocio, tal como ha sucedido ya en nuestro modelo sanitario[32]. Por lo demás, las reglas de facturación vienen establecidas y reguladas con detalle especialmente en los artículos 11 y 12 del RD 81/2014.

Con el tiempo, es previsible que la liberalización acabe generando una nueva cultura de competitividad que ahora no existe entre centros públicos y privados, e incluso entre los propios centros públicos sanitarios entre sí, para la atracción de pacientes y, con ello, para la obtención de nuevos ingresos. De hecho, el art. 8 del Real Decreto 81/2014, al fijar las obligaciones de información de los proveedores de asistencia sanitaria, introduce la información relativa a sus indicadores de calidad, información sobre los resultados conocidos de las distintas opciones de tratamiento obtenidos en sus centros, información relativa a las certificaciones respecto a sistemas de calidad como el sistema de formación sanitaria especializada, el de los Centros, Servicios y Unidades de Referencia, sistemas de acreditación de

[31] Véase al respecto el trabajo de Vázquez Garranzo, Javier, "Turismo Sanitario y facturación", en la obra colectiva titulada *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, *op. Cit.*, págs. 418 y ss.

[32] En la prensa ha salido recientemente publicada la denuncia de las prácticas llevadas a cabo por *International Care Patient Assistance* (ICPA, llamada Gestitursa hasta 2012) que tramitó el año pasado la factura de miles de turistas en el Hospital del Mar y en el de Sant Pau de Barcelona, llegando a triplicar las tarifas oficiales de estos centros. Aunque el contrato fija un canon que asegura al centro el 55% de lo facturado a sus pacientes, nueve de cada 10 euros pagados por los turistas por encima de la tarifa oficial engrosaron las cuentas de ICPA.



El gran negocio del turista enfermo, publicado en *El País*, el 18 de febrero de 2018. https://elpais.com/ccaa/2018/02/15/catalunya/1518713927_278537.html

la Comunidad Autónoma, sistemas de gestión de la calidad o certificaciones respecto a normas UNE/CEN/ISO u otras.

Por último, se establecen también para los centros de salud o los centros privados nuevas obligaciones de información para el paciente de otro Estado de afiliación, especialmente relacionadas con la información y el sistema de reclamaciones y de responsabilidad sanitaria vigente, reforzándose especialmente las obligaciones en cuanto a la protección del derecho a la intimidad del paciente.

En este sentido, se echa de menos que la Directiva, a pesar de su título, no se haya preocupado por armonizar en mayor grado algunos derechos básicos del paciente, como son los relacionados con su autonomía o con su intimidad. Es evidente que su principal preocupación tiene que ver con una concepción mucho más mercantilista y de consumerista de la asistencia sanitaria.

3.3. Sus efectos sobre los principios inspiradores del servicio público, especialmente sobre la igualdad y la solidaridad

La irrupción de las reglas del libre mercado en los servicios sanitarios tradicionales puede ocasionar importantes disfunciones, especialmente en aquellos Estados que, como el nuestro, han configurado la asistencia médica como un derecho social, como un servicio público de alcance universal basado en la igualdad, en la solidaridad y en la asistencia prestacional por medios exclusivamente públicos.

Como ha señalado Sevilla Pérez, implica el olvido de la tradición de los sistemas sanitarios europeos, basados todos ellos en la solidaridad y en la gestión y planificación pública de los centros y servicios sanitarios. Supone tener que afrontar una regulación que tiene como principal base jurídica el artículo que regula el mercado interno (art. 114 del TFUE) y que responde a un planteamiento ultraliberal de los servicios sanitarios basado en la mera compra de servicios médicos por aquellas personas que puedan pagarlos[33]. El nuevo sistema concibe más bien al paciente como un consumidor y a la salud como una mercancía, por ello se preocupa por la seguridad y calidad de la asistencia recibida, por cómo ha de realizarse la facturación, por la información que ha de proporcionar los centros sanitarios para competir entre ellos y que el paciente pueda elegir con conocimiento de causa, etc.

La garantía del funcionamiento del mercado interior que inspira casi en exclusiva el régimen de la asistencia sanitaria transfronteriza, y que está basado en la libre elección del prestador de servicios, pago y posterior solicitud de reembolso, poco tiene que ver con los principios inspiradores del Sistema Nacional de Salud. Se introducen ahora nuevos principios liberalizadores como el de la no discriminación por razón de la nacionalidad o el de la libre prestación y elección de servicios, que posiblemente puedan llegar a tener un significativo impacto en la gestión de las listas de espera, por ejemplo, o en la introducción de una nueva cultura de competitividad entre los hospitales públicos para la atracción de pacientes e ingresos[34]. Las consecuencias de ello todavía están por ver conforme

[33] Sevilla Pérez, Francisco, "Propuesta de directiva de aplicación de los derechos de los pacientes en la atención sanitaria transfronteriza", *Revista de Administración Sanitaria* nº 4, 2009, págs. 550 y 564. La regulación de los servicios sanitarios desde las reglas del mercado, según el autor, produce efectos muy graves sobre la organización de los sistemas: desprotección de los ciudadanos, acceso inequitativo a los servicios, altos costes sanitarios y ninguna evidencia de una mejor calidad que aquellos sistemas que intentan hacer compatible la capacidad de elección con la mejor protección para todos, esto es, igualdad y solidaridad.

[34] Para profundizar nos remitimos a Cantero Martínez, Josefa, "La creación del nuevo derecho

se vaya desarrollando este nuevo sistema que apenas está en sus primeros estadios de gestación.

Tanto la Ley General de Sanidad como la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud insisten en que la asistencia sanitaria debe extenderse a toda la población española y que el acceso a las prestaciones sanitarias debe realizarse en condiciones de igualdad efectiva (artículos 3 y 2 de las respectivas leyes). La necesidad de salvaguardar el principio de igualdad y universalidad en el acceso a las prestaciones sanitarias puede ser resumida en la máxima de que «el sistema público sanitario sólo está obligado a dar lo que todos en circunstancias iguales pueden recibir». Sucede, no obstante, que este principio básico puede verse seriamente comprometido en la asistencia sanitaria transfronteriza, toda vez que condiciona su acceso a la capacidad económica del paciente, que deberá hacerse cargo directamente de los gastos de viaje y del tratamiento antes de solicitar el reembolso. Por ello no es de extrañar que se resalte la concepción elitista que esconde este derecho[35].Si ya a la importante barrera que supone el conocimiento de un idioma, se añade la carga económica que supone el pago directo de los servicios sanitarios, más el coste del desplazamiento y de la estancia en el extranjero del propio paciente y de algún familiar o acompañante, no es descabellado pensar que la Directiva sólo va a ser útil para unos cuantos, precisamente para aquéllos que ya están en posición de hacerlo. Asimismo, el sistema permitiría a los pacientes con recursos eludir las listas de espera, toda vez que el art. 17 del Real Decreto prohíbe que se puedan denegar las autorizaciones cuando los tratamientos no puedan prestarse en el territorio nacional en un plazo medicamente justificable, teniendo en cuenta, entre otros factores, lo que hayan podido prever en cada Comunidad Autónoma sus respectivas normas de garantías de tiempos de espera[36].

También el principio de solidaridad podría verse seriamente comprometido, a pesar de ser uno de los valores y principios comunes compartidos de los servicios de interés general y de venir expresamente mencionado en el nuevo modelo liberalizado[37]. A ella responde la propia idea de universalización de nuestro

a la libre opción sanitaria transfronteriza. Desafíos de la liberalización en nuestro modelo público sanitario", en la obra colectiva titulada *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, dirigida por Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 60 y ss.

[35] Pieters, Danny, "Asistencia sanitaria, diez áreas de actuación", en la obra colectiva titulada *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Ediciones Laborum, 2016, pág. 961.

[36] Consentiría, incluso, que sólo estos colectivos de personal pudieran acceder en última instancia a tratamientos sanitarios más novedosos o alternativos, según la interpretación que de forma casuística vaya realizando la jurisprudencia comunitaria. Así, la jurisprudencia comunitaria deja abierta la posibilidad de que el traslado a otro Estado pueda realizarse para someterse a un tratamiento alternativo o terapias más novedosas que no están expresamente previstas en el catálogo de servicios o en la cartera de prestaciones de los Estados. Así se deriva, al menos, de la STJUE de 5 de octubre de 2010 en el asunto Elchenov (C-173/09). Asimismo, se permitiría el reembolso cuando el traslado se produzca por la falta de medicamentos, de material sanitario, por la falta de equipamientos específicos o de competencias especializadas (STJUE de 9 de octubre de 2014, caso Petru, asunto C-268/13).

[37] Este derecho a la sanidad, como parte del Estado de bienestar europeo, ha sido construido como un derecho positivo, basado en la comunidad, e implica la conjunción de recursos y la asignación redistributiva (de ricos a pobres y de sanos a enfermos) y la promoción de reciprocidad y solidaridad. En contraste, la jurisprudencia comunitaria alude en su regulación a la sanidad como derecho "negativo" (en el sentido de ausencia de coacción, como, por ejemplo, el derecho que protege la libertad individual). Palm, Willy y Glinos, Irene, "La

sistema, su financiación con cargo a fondos públicos. Nuestro sistema sanitario está construido sobre la base de ciertos mecanismos de solidaridad que responden a la idea última y originaria de la justicia social, de que los más fuertes y económicamente favorecidos deben sostener y apoyar también a los más débiles y necesitados. Esto explica que en el camino hacia la universalidad del derecho que proclamara la Ley General de Sanidad hayamos ido avanzando conforme hemos podido incorporando a los colectivos más desfavorecidos, especialmente a las personas sin recursos económicos y a los inmigrantes irregulares.

Ahora, no obstante, se ha producido un punto de inflexión en esta materia. Se añaden otros nuevos valores que han de convivir con aquel y que acabarán afectándolo. En el considerando número 21 de la Directiva se recogen estos valores y se expresa que los Estados deben seguir garantizando los valores de solidaridad, acceso universal y equidad y calidad en el acceso a las prestaciones. Ahora bien, también deberán respetarse en el caso de pacientes y ciudadanos de otros Estados miembros, de modo tal que se trate a todos los pacientes de manera equitativa en función de la asistencia sanitaria que precisan y no de su Estado miembro de afiliación. Y ello, según la Directiva, implica que, al hacerlo, deben respetar también los principios de libre circulación de las personas en el mercado interior, de no discriminación por razón de nacionalidad, de necesidad y de proporcionalidad de cualquier restricción a la libre circulación. Ciertamente, el nuevo modelo liberalizado no puede ser exactamente el mismo. Por el contrario, es previsible que la introducción de estos nuevos valores acabe influyendo en los mecanismos de solidaridad de nuestro sistema sanitario. también afectando a la solidaridad en que se basa nuestro servicio público, en la medida en que el coste destinado a la financiación de sólo unos pocos acarrearía una disminución del presupuesto sanitario destinado a la financiación de todos[38]. El nuevo derecho de opción transfronteriza que surge a consecuencia de la liberalización del modelo supone una apuesta por los derechos individuales, por la libertad del paciente, frente a los derechos de la colectividad y la solidaridad.

3.4. Su impacto en la gestión del servicio por la libre elección de proveedores sanitarios privados

La liberalización también acaba afectando a una cuestión estrictamente interna de los Estados miembros como es la relativa a la forma de organización y gestión de la atención sanitaria. El modelo europeo se fundamenta exclusivamente en la libre elección del profesional sanitario, en el pago directo de los servicios prestados y el posterior reembolso de los mismos. El sistema de asistencia previsto en nuestro Sistema Nacional de Salud, por el contrario, está basado en el monopolio público de la asistencia sanitaria. No existe la libertad de elección por parte del asegurado entre la sanidad pública y la privada, sino que se basa en la prestación directa y gratuita de la asistencia sanitaria a través de medios públicos, del personal legalmente habilitado en centros y servicios propios o concertados.

regulación de la movilidad de pacientes en la Unión Europea: entre libre circulación y coordinación", Revista *de Administración Sanitaria, vol. 7, nº* 4, 2009, págs. 587 y ss.

[38] Repullo Labrador, José Ramón, "Impacto económico del turismo sanitario. Retos para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud", *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza, op. Cit.*, págs. 235 y ss.

La posibilidad de que el paciente pueda salirse del sistema, acudir libremente a un médico privado y solicitar posteriormente el reembolso de los gastos, está exclusivamente limitada para aquellos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. Es más, sólo procede el reembolso cuando la Administración comprueba que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios públicos sanitarios y que dicha asistencia no ha constituido una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Dada esta estricta regulación, hasta ahora ha resultado muy difícil que el usuario español que decide recibir asistencia sanitaria en otro país de la Unión Europea pueda invocar después este precepto para exigir el reembolso pues, tal como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, «no se aprecia urgencia vital si el paciente se traslada al extranjero para ser tratado o intervenido, sin autorización oficial, a no ser que surja la urgencia estando ya en el extranjero y sin haber buscado a propósito dicha situación[39]».

La libre opción entre la sanidad pública y la privada plantea en este sentido el problema de lo que se ha denominado "*reverse discrimination*" para los pacientes nacionales, toda vez que el dinero público no puede hacerse cargo de sus tratamientos médicos privados cuando no está presente el fenómeno transfronterizo[40]. Se trataría de un efecto reflejo derivado del cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones comunitarias y que se traduce en una situación de trato desfavorable que el propio Estado da a sus nacionales que no se encuentran en una situación de asistencia transfronteriza[41]. La mera posibilidad de que el servicio de salud tenga que costear el recurso a la sanidad privada que el paciente transfronterizo realice libremente supone, cuando menos, una importante disfunción en sistema sanitario por mucho que tenga cobertura legal. En este aspecto la normativa sanitaria interna es mucho menos favorable que la normativa comunitaria. El paciente "nacional" se vería discriminado respecto del paciente "transfronterizo" al no poder usar libremente la sanidad privada con cargo al sistema público.

Aunque el contraste de modelos resulta evidente, la Directiva ha sido muy cautelosa para acotar el modelo y evitar las consecuencias catastróficas que de ello podrían derivarse para los servicios de salud de los Estados miembros. Ha establecido una cláusula de salvaguardia en su artículo 2.3 para aclarar que la Directiva no afectará a las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la organización y financiación de la asistencia sanitaria en situaciones que no guardan relación con la asistencia sanitaria transfronteriza y, en particular, las que establecen las reglas del reembolso en caso de recurrir a

[39] Entre otras muchas, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero y de 17 de julio de 1990, del Tribunal Superior de Tenerife de 5 de julio de 1991 y del Tribunal Superior de Valencia de 25 de febrero de 1992.

[40] En realidad, el concepto de la nacionalidad está completamente superado en esta materia por el concepto de la residencia y de afiliación al Estado responsable de la asistencia sanitaria. No obstante, nos tomamos esta licencia para facilitar el discurso y permitir una exposición más gráfica de los problemas de discriminación interna que se plantean en la práctica, aunque esta diferencia de trato tenga cobertura legal. Al respecto nos remitimos a Strban, Grega, Carrascosa, Dolores, Berki, Gabriella y Van Overmeiren, Filip, *Analytical report 2016. Acces to healthcare in cross border situations*, informe elaborado por la red FeSsco, editado por la Comisión Europea, enero de 2017, págs. 8, 35.

[41] Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio, "La tutela de la igualdad de trato como cauce de expansión de la incidencia del Derecho Comunitario en el ordenamiento interno", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008, págs. 138 y ss.

proveedores privados dentro del territorio nacional. Se esclarece, pues, que la pretendida libertad de elección del profesional sanitario sólo surge cuando se produce el fenómeno transfronterizo, esto es, cuando el paciente traspasa las fronteras y se dirige a otro Estado miembro para recibir la asistencia médica, amparando de esta manera el estricto régimen de reembolso de gastos médicos por el recurso a la asistencia sanitaria privada que prevén nuestras normas.

Ahora bien, aun siendo clara esta reserva, no evita el riesgo de que pueda extrapolarse esta libertad comunitaria haciendo meramente un razonamiento sencillo o en aplicación de aquella máxima de que quien puede lo más, puede lo menos. Esto es, si se permite la libertad de elección en el extranjero, ¿por qué no iba a poder permitirse la misma libertad en el territorio nacional? De hecho, ya existen pronunciamientos jurisprudenciales que recurren directamente a esta argumentación para soslayar los límites tan estrictos que el actual sistema de reembolso de gastos tiene en nuestro ordenamiento sanitario[42]. Buen ejemplo de los particularismos que pueden darse se encuentra en la STS de 19 de julio de 2016, Sala de lo Social, Sección 1, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina. En este caso, se había autorizado a la paciente a un tratamiento novedoso que sólo se realizaba en un centro privado suizo. El INSS había concedido la autorización, pero el paciente se había extralimitado, pues había accedido como paciente privado, eligiendo directamente médico y habitación individual, por lo que el reembolso le fue denegado por haberse excedido en el contenido de la autorización. Finalmente, aplicando la nueva filosofía que se deriva de la Directiva, acaban estimándose las pretensiones del paciente.

En fin, dada la situación de discriminación que en este punto se produce entre el paciente nacional y el transfronterizo, no es de extrañar que ya hayan surgido voces que apuntan como una posible solución la equiparación entre ambos tipos de pacientes para permitir también en el sistema público que el paciente nacional pueda ejercer libremente su derecho de opción entre lo público y lo privado, especialmente en caso de que existan listas de espera[43]. Al fin y al cabo, se dice, el principio de no discriminación por razones de nacionalidad es un pilar básico del nuevo modelo transfronterizo.

3.5. Otra consecuencia indirecta más: el proceso interno de reflexión sobre el propio modelo y sobre el ámbito subjetivo de la protección sanitaria

El impacto de la Directiva debe examinarse también en un determinado contexto socioeconómico y desde una perspectiva mucho más amplia que simplemente la de asistencia sanitaria transfronteriza. Ha contribuido a alimentar varios debates importantes en curso en muchos Estados miembros sobre la reforma de la asistencia sanitaria y, de un modo muy especial, sobre los sujetos titulares de la

[42] A modo de ejemplo, pueden traerse a colación las Sentencias de la Sala de lo Social del TS, de 4 de marzo de 2010, o del TSJ de Castilla-La Mancha de 30 de junio de 2008 o del TSJ de Cantabria de 18 de diciembre de 2002. En esta última se dice explícitamente que «no sería lógico que por aplicación de dicho reglamento comunitario hubiera de entenderse que si se acudiera a servicios sanitarios de otro Estado comunitario el gasto habría de ser soportado por la Seguridad Social española y, sin embargo, se deniegue el reembolso cuando en un caso idéntico se acude a entidades y profesionales externos a la Seguridad Social dentro del territorio español».

[43] Strban, Grega, Carrascosa, Dolores, Berki, Gabriella y Van Overmeiren, Filip, *Analytical report 2016. Acces to healthcare in cross border situations*, Informe elaborado por la red FeSsco, editado por la Comisión Europea, enero de 2017, pág. 94.

misma[44]. Puede decirse que el nuevo marco ha motivado un importante proceso de reflexión sobre nuestro servicio público con la intención sobre todo de controlar los flujos de pacientes y, con ello, el gasto, en un momento económicamente muy delicado. Así, por ejemplo, podríamos traer a colación la nueva regulación establecida por el *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, que ha supuesto la expulsión del sistema público de varios colectivos de personas y, con ello, la huida de la universalización del modelo hacia un sistema de aseguramiento, poniendo así en jaque el principio de solidaridad que hasta ahora ha inspirado nuestro modelo.

En este sentido, conviene tener en cuenta que el considerando número 18 de la Directiva animaba a los Estados a determinar en su legislación nacional la definición de persona que se considera asegurada a efectos de su régimen sanitario público. Al mismo tiempo aclaraba que esta norma comunitaria no da derecho a las personas a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria en él. En caso de que la estancia de una persona en territorio de un Estado miembro no sea conforme a la legislación de dicho Estado miembro relativa al derecho de entrada o de estancia en su territorio, dicha persona no será considerada asegurado según la definición de la presente Directiva.

Si vemos lo que ocurrió en nuestro ordenamiento con una perspectiva histórica es fácil darse cuenta de la vinculación –o al menos coincidencia temporal- que ha existido entre el proceso de liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza y la limitación de los colectivos que son titulares del derecho. En el año 2011 se aprueba la Directiva con estas indicaciones que acabamos de mencionar; el 29 de marzo del año 2012 se elabora un informe demoledor por parte del Tribunal de Cuentas, el *Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la Seguridad Social*, donde se ponen de manifiesto las graves deficiencias que presentaba el modelo español de facturación a los pacientes comunitarios y justamente unas semanas después, el 20 de abril, se aprueba el Real Decreto Ley que, si bien es verdad que modifica el *Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea*, aprovecha para expulsar del sistema público al colectivo de los inmigrantes irregulares. Con la modificación del Real Decreto 240/2007 se introducen nuevos requisitos para los ciudadanos europeos que residan en nuestro país por más de tres meses y, entre ellos, la necesidad de que cuenten con el correspondiente seguro de salud.

A la vinculación entre la exclusión del colectivo de los inmigrantes irregulares y la libre circulación de pacientes se ha referido expresamente la STC 139/2016, de 25 de julio que, por cierto, ha corroborado la constitucionalidad del polémico Real Decreto Ley 16/2012. Esta medida ha sido presentada también como una medida necesaria para preparar la transposición de la Directiva

[44] No han sido los únicos cambios. La nueva categorización de la cartera de prestaciones sanitarias, el Registro de Profesionales Sanitarios, el Registro de centros sanitarios autorizados o las previsiones sobre los centros de referencia se han relacionado directamente con la necesidad de facilitar la aplicación de la Directiva clarificando la información que se debe proporcionar a los pacientes transfronterizos que se planteen someterse a tratamientos sanitarios en España. Requejo, María Teresa, «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», *European Journal Of Health Law*, n.º 21, 2014, págs. 94 y ss.

2011/24/EU al ordenamiento español y limitar los efectos económicos de lo que el Gobierno impropiamente denominó "turismo sanitario". La falta de regulación del concepto de asegurado, según consideró el Gobierno, habría implicado un grave perjuicio económico para España, en especial en cuanto a la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos. Por ello, con la reforma de 2012 se han introducido las nuevas categorías jurídicas de "asegurado" y "beneficiario de un asegurado" con la intención de controlar el turismo sanitario y los problemas de facturación que había detectado el mencionado informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, confundiendo así dos fenómenos que nada tienen que ver: el del turismo sanitario en Europa y el de la inmigración irregular.

En la STC 139/2016, efectivamente, se dan por buenos los argumentos que utilizó el Gobierno en la exposición de motivos de la norma y en el debate de convalidación que justificó la conexión entre la necesidad de controlar el fenómeno del turismo sanitario europeo y las medidas adoptadas, esto es, la nueva regulación del "asegurado" que supuso la expulsión del colectivo de los inmigrantes irregulares. Así, según se alude en dicha Sentencia, en cuanto a la definición de asegurado, se señaló en el debate que "*la falta de concreción de los requisitos para acceder a la prestación sanitaria ha abierto las puertas a los abusos del llamado turismo sanitario y ha ocasionado gastos indebidos por valor de más de 1.000 millones de euros en un solo ejercicio económico, en el año 2009*". Alude también a que la memoria de la norma señala que "*teniendo en cuenta que unos 676.000 ciudadanos europeos han accedido a la tarjeta sanitaria sin derecho a ella, las medidas incluidas en este ámbito supondrán un ahorro aproximado de 917 millones de euros*". En este sentido, como destaca el interesante Voto Particular formulado por el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, la exclusión de este colectivo no es una medida adecuada para corregir ni los problemas originados por el "turismo sanitario" ni solucionar los problemas que puede plantear la asistencia sanitaria a los ciudadanos comunitarios, pues la asistencia sanitaria que se prestaba a los colectivos ahora excluidos no planteaba ninguno de esos problemas.

Además, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, ha venido a exigir el requisito de la residencia en el territorio español para poder gozar de la condición jurídica de asegurado. Tras las modificaciones establecidas en materia de Seguridad Social, el paciente que se ausenta de España más de 90 días pierde su condición de asegurado y, en consecuencia, no puede ejercer su derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza con cargo al sistema sanitario público español. La medida se adoptó con la noble finalidad de evitar que las personas que habían conseguido la tarjeta europea en España y volvían a sus países como consecuencia de la crisis, continuaran recibiendo asistencia en sus Estados con cargo al nuestro. No obstante, ha tenido también un indeseable efecto colateral, en la medida en que afecta de modo especial a un colectivo muy sensible y digno de especial protección: el de jóvenes parados que se trasladan a otro país europeo con la intención de buscar empleo.

En fin, dadas las importantes consecuencias económicas que el derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza podría producir para los Estados miembros, parece que éstos han empezado también a reflexionar sobre el ámbito de aplicación de esta libertad comunitaria para regularla en condiciones similares a los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social y controlar este fenómeno. La conjugación de la movilidad del paciente con la sostenibilidad financiera del

sistema se ha resuelto finalmente a favor de la expulsión de determinados colectivos del sistema público sanitario y ha supuesto cierto abandono de los rasgos básicos del modelo universalista de Beveridge para caminar hacia un sistema de aseguramiento más típico del llamado modelo Bismarck. Por una parte, hemos ampliado el contenido o la modalidad del derecho a la protección de la salud al permitir y facilitar esta dimensión extraterritorial (derecho exportable) y, por otra, lo compensamos limitando su ámbito subjetivo, el número de titulares para controlar el gasto que acarrea. Como ha escrito PIETERS, «esto es sólo un ejemplo de cómo, de manera creciente, la legislación de la Unión Europea funciona, de hecho, de una forma asocial [45]». Esta conclusión puede causar cierto grado de desconcierto si tenemos en cuenta que, como ha señalado Font I Llovet, "*las características específicas de la asistencia sanitaria como un servicio de interés general que inciden directamente en el derecho constitucional a la protección de la salud, exigen una exquisita atención a los principios de igualdad, continuidad, universalidad y calidad, de manera que su apertura al mercado mantenga las características que han de permitir la realización de su finalidad básica de solidaridad social*[46]".

[45] Pieters, Danny, «Asistencia sanitaria, diez áreas de actuación», en la obra colectiva titulada *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Ediciones Laborum, 2016, pág. 961.

[46] Font I Llovet, Tomás, "Organización y gestión de servicios de salud: el impacto del derecho de la Unión Europea", en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, obra colectiva dirigida por Vera Parisio, Vicenç Aguado i Cudol y Belén Noguera de la Muela, Tirant Lo Blanch y Giappichelli Editore, Valencia y Turín, 2016, pág. 217.

La libertà di contrarre nella tutela della concorrenza: l'evoluzione della giurisprudenza antitrust americana

di Leonardo Stiz

Abstract: ***Antitrust regulation and Freedom of Contract: the evolution of antitrust case law in the United States*** – This essay aims at highlighting and analyzing, in a historic perspective, the particular clash between antitrust regulation and freedom of contract, focusing on the evolution of American antitrust law. In particular, this essay focuses on how the courts, from the pre-Sherman Act era to the recent developments, carried out the delicate balancing between the economic freedom of enterprises and the protection of competition and economic opportunity. The relationship between antitrust law and freedom of contract is highly influenced by the idea of economic freedom adopted by the decision maker, and the opinion about the role that antitrust law plays for the market, the society and the Constitution.

Keywords: Antitrust law; Supreme Court of the US; Sherman Act; Freedom of contract; Restraints of trade.

1. Introduzione: libertà di contrarre e libertà di competere nel diritto della concorrenza

Nel diritto della concorrenza si incontrano due differenti aspetti della libertà economica degli individui. Vi è la libertà di contrarre, la possibilità per un individuo di stringere accordi con chi desidera in maniera autodeterminata nella misura in cui egli lo ritenga necessario per svolgere la propria attività e perseguire i propri obiettivi. Vi è poi la libertà di competere[1], che consiste nella possibilità di svolgere una determinata attività sul mercato a parità di condizioni rispetto ai concorrenti, senza dunque incontrare ostacoli diversi da quelli posti in via naturale dal mercato stesso.

Entrambe le libertà sono pilastri portanti di un sistema di libero mercato, essenziali per la sua realizzazione e il suo funzionamento.[2] Nel corso della presente

[1]Una definizione di *"freedom to compete"* viene proposta da M. Steiner in *Economics in Antitrust Policy*, Dissertation.com, 2007*: Freedom to Compete vs. Freedom to Contract:* «The freedom to compete [...] results from the absence of non-market obstacles which prevent firms and entrepreneurs from entering, staying, or participating in the markets they choose to buy or sell quantities at prices of their choice».

[2]Così si espresse F. Von Hayek in *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, «The case for a free system is not that any given system will work satisfactorily where coercion is confined by general rules, but that under it such rules can be given a form that will enable it to work. If there is to be an efficient adjustment of the different activities in the market, certain minimum requirements must be met; the more important of these are, [...], the protection of property and the enforcement of contracts, and the recognition of equal

analisi, che si colloca in una prospettiva storica a partire dalle origini del diritto della concorrenza, si vedrà come, in alcune circostanze, tale disciplina abbia tuttavia sollevato dei conflitti tra libertà contrattuale e libertà di competere. Nello svolgere la propria attività economica, infatti, le imprese dimostrano una naturale tendenza a preferire mercati altamente competitivi laddove devono procurarsi le materie prime, al fine di minimizzare i costi, e, in molti casi, mercati il più possibile chiusi alla concorrenza laddove devono vendere i propri prodotti, al fine di massimizzare i profitti.[3] Di conseguenza, in via naturale, gli attori economici hanno la tendenza a restringere la concorrenza nei mercati in cui sono attivi, servendosi della propria libertà contrattuale per stipulare accordi anticoncorrenziali – ad esempio condizionando i prezzi, dividendo i mercati, unendosi in un'unica entità con i rivali – in modo tale da diminuire la competizione, ostacolare l'attività dei concorrenti e impedire l'ingresso di nuove imprese. Tali accordi sollevano tratti problematici allorché si scontrano con la libertà di competere in capo agli altri operatori: essi infatti ergono ostacoli diversi e ulteriori rispetto a quelli posti di per sé dal mercato, facendo sì che non tutte le imprese abbiano la possibilità di giocare con le stesse regole e alle stesse condizioni delle altre.

Con uno sguardo rivolto soprattutto alla dialettica che ha caratterizzato la prima stagione del diritto della concorrenza, dalla nascita fino agli anni Settanta, è possibile inquadrare il nodo del conflitto considerando da una parte la tutela della libertà contrattuale in capo ai soggetti economici deboli, vittime dell'esercizio del potere di mercato, e dall'altra la tutela della medesima libertà contrattuale in capo ai soggetti forti, che esercitano tale potere. Tradizionalmente infatti, nell'esperienza statunitense, il pensiero liberale[4], nel rivolgere particolare attenzione ai soggetti deboli del mercato, tradiva l'idea che i rivali più grandi e potenti agissero necessariamente a danno dei primi. Il dibattito dunque si caratterizzava, tendenzialmente, da una scelta di campo spesso netta in base ai soggetti dei quali si voleva tutelare l'interesse. A ciò fanno da sfondo, rispettivamente, due possibili diverse concezioni della libertà economica: quella positiva, associata ad un maggior interventismo pubblico in materia antitrust, e quella negativa, la cui tutela è associata invece a maggiori limitazioni d'intervento nelle dinamiche di mercato.[5]

rights of all individuals to produce in whatever quantities and sell at whatever prices they choose», p. 200.

[3]Sul punto si veda Steiner, *cit.*, p. 3. Tale comportamento degli attori economici è stato sottolineato da numerosa dottrina, *in primis* si veda A. Smith, *The Wealth of Nations*, W. Strahan, T. Cadell, 1776: «The interest of dealers, however, is always in some respects different from, and opposite to, that of the public. To widen the market and to narrow the competition is always in the interest of the dealers. To widen the market may frequently be agreeable enough to the interest of the public; but to narrow the competition must always be against it, [...]», p. 339.

[4] Negli Stati Uniti, le posizioni più liberali in materia antitrust sostenevano la necessità di intervenire a tutela dell'opportunità economica dei soggetti più piccoli contro le manifestazioni di potere di mercato da parte dei soggetti più potenti. In Europa, tale approccio fu adottato dalla scuola ordoliberale. Per una panoramica si veda J. V. Coniglio, *Antitrust and Economic Liberty: A policy Shift from the Trump Administration?*, Competition Policy International, January 2018, pp. 2 – 3. Si veda inoltre W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, G. Fisher, 1940.

[5] A ciò si richiamano le politiche conservatrici in materia antitrust, basate sulle teorie economiche del *laissez faire* e adottate, tra gli altri, dalla Scuola di Chicago statunitense. Si

L'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza americana in materia antitrust mostra come a seconda della sensibilità del decisore e dell'interpretazione della libertà contrattuale che quest'ultimo adotta di caso in caso, alla luce della distinzione appena delineata, sia possibile giungere a decisioni radicalmente diverse nell'ambito del diritto della concorrenza. Quest'ultimo risente fortemente dell'idea di libertà contrattuale adottata dal decisore, e si pone come chiave risolutiva del bilanciamento relativo agli interessi contrastanti di cui i soggetti sul mercato sono portatori con riferimento alla loro libertà.

2. Libertà contrattuale e accordi restrittivi nella common law

Nel quadro prospettato, il ruolo del diritto della concorrenza si profila dunque molto delicato. Già in un periodo di molto antecedente all'introduzione della prima legge antitrust federale statunitense, lo Sherman Act del 1890, le corti anglosassoni si occuparono per lungo tempo degli accordi restrittivi della concorrenza, delineando alcuni standard di common law con l'obiettivo di trovare il giusto assetto nel tutelare la libertà contrattuale degli imprenditori. A fare da motore all'evoluzione della giurisprudenza in materia di accordi restrittivi fu un fondamentale conflitto di base: da una parte il diritto di ogni membro della comunità di svolgere liberamente un'attività economica, senza ostacoli e nella maniera che più corrisponde ai suoi interessi. Dall'altra la libertà di contrarre, nella misura in cui implica la libertà di stringere accordi restrittivi che escludano alcuni soggetti del mercato da un determinato segmento del commercio, nonché la libertà di stipulare accordi coi quali le parti decidono di limitare la loro stessa libertà di azione, andando a incidere direttamente sulle dinamiche della concorrenza.[6]

La tradizione di common law già arrivò a definire una regola generale in tema di accordi restrittivi, frutto di un bilanciamento tra questi due aspetti conflittuali della libertà di contrarre, con l'intento dunque di definire una misura della sua tutela. Il test di validità degli accordi restrittivi secondo la common law venne espresso con chiarezza nel caso *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunitions Co.*[7], del 1893, in cui il giudice riassunse in modo efficace un principio ormai sedimentato in quasi due secoli di giurisprudenza. In via principale, si affermò che le interferenze con la libertà individuale di esercitare liberamente un'attività economica erano contrarie sia all'interesse della comunità sia a quello della persona, e dunque illecite. Per tale motivo, gli accordi restrittivi, "*if there is nothing more*" – ossia, se l'elemento restrittivo è l'unico scopo del contratto – erano da ritenersi nulli.[8] Tuttavia, si previde un'eccezione al divieto generale di accordi

veda H. Hovenkamp, *The Opening Of American Law: Neoclassical Legal Thought, 1870-1970*, Oxford University Press, 2014.

[6]Così in R. O. Wilberforce, A. Campbell, N. P. M. Elles, *Restrictive Trade Practices and Monopolies*, Sweet & Maxwell Limited, London, 1957, pp. 53 - 54.

[7][1894] A.C. 535.

[8] «The public have an interest in every person carrying on his trade freely: so has the individual. All interferences with the individual liberty in action in trading, and all the restraints in themselves, if there is nothing more, are contrary to the public policy, and

restrittivi, laddove questi ultimi fossero giustificati da circostanze specifiche, da valutare caso per caso. La giustificazione sussisteva laddove, sulla base delle circostanze, la restrizione del commercio apparisse "ragionevole" in relazione agli interessi delle parti e del pubblico, ossia nel caso in cui fornisse un'adeguata protezione agli interessi della parte a favore della quale l'accordo è stipulato, senza pregiudicare gli interessi della comunità.[9]

Secondo i principi di common law dunque, la libertà contrattuale poteva arrivare a interferire con la libertà individuale di azione economica solo nel caso in cui tale limitazione rispondesse ad un canone di ragionevolezza, da valutare sulla base degli interessi in gioco. Tale "*rule of reason*" come parametro di valutazione della legittimità degli accordi restrittivi fu per la prima volta formulato nel caso *Mitchel v. Reynolds*[10], del 1711, sul quale la decisione del caso *Nordenfelt* poggia le basi.

Mitchel v. Reynolds inaugurò un'analisi che diventerà la regola – appena vista – generalmente applicata nel contesto di common law. Nello specifico, gli accordi restrittivi vennero classificati in due categorie, quella degli accordi generali e quella degli accordi particolari. Per le stesse ragioni sopra menzionate, fu stabilito il divieto assoluto degli accordi restrittivi cosiddetti "generali", chiamati anche "*bare restraints of trade and no more*", ossia quelli che avevano come unico obiettivo a sé stante quello di restringere il commercio, senza che tale restrizione fosse contingentata ad un territorio e fosse legata ad uno scopo particolare e meritevole di tutela.[11] Il principio che venne enunciato è quello secondo cui un individuo non può disporre completamente della sua libertà – "*no man can contract not to use his trade at all*"[12] – né tantomeno può stipulare accordi che restringano la propria libertà economica in tutto il territorio dello Stato – "*where the restraint is general not to exercise a trade throughout the kingdom [...] it must be void*"[13] –.

Al contrario, la decisione ammise che gli accordi restrittivi cosiddetti "particolari" potessero essere ritenuti leciti, in presenza di alcune circostanze. Nello specifico, gli accordi particolari erano tali con riferimento alle persone coinvolte o al territorio interessato, ed erano validi solo se sostenuti da una causa apprezzabile, che li rendesse "*proper and useful*"[14], sulla base di un delicato bilanciamento tra gli interessi delle parti e quello della comunità. Da qui nacque,

---

therefore void». *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunitions Co*, si veda alla nota precedente.

[9] «Restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. [...] it is the only justification if the restriction is reasonable [...], reasonable that is, in the interest of the parties concerned and reasonable in the interest of the public, so framed [...] as to afford adequate protection to the party in whom favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public», *cit.* alla nota 5.

[10] 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 347.

[11] La decisione dispone graniticamente che "*General restraints are all void*", 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 349.

[12] 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 349.

[13] 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 351.

[14] «Where a contract for restraint of trade appears to be made upon a good and adequate consideration, as to make it a proper and useful contract, it is good», 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 349.

dunque, il canone di ragionevolezza menzionato in precedenza, che funge da parametro di validità.

Secondo la common law, il principio della libertà di contrarre costituiva un valore da tutelare in via quasi assoluta e il più possibile diffusa, nella sua accezione positiva, vicina al concetto di libertà di competere riferito a tutti gli individui che compongono la comunità. Le limitazioni pattizie della libertà contrattuale, sebbene siano a loro volta espressione di quest'ultima, erano trattate in maniera molto rigida. L'approccio agli accordi anticoncorrenziali nella common law aveva un'impronta contrattualistica: in *Mitchel v. Reynolds* infatti, l'argomento degli accordi restrittivi fu introdotto sottolineando come la validità di questi andasse valutata sulla base della loro causa contrattuale. In virtù di ciò, tali accordi erano generalmente ritenuti dei contratti senza causa[15], privi di una ragione sociale apprezzabile e dunque nulli. In particolare, gli accordi generali erano sempre e comunque considerati tali. Quelli particolari, invece, potevano essere validi o invalidi a seconda che fossero dotati di una causa apprezzabile o no, ossia, a seconda che fossero o meno "*reasonable and useful*", sulla base delle specifiche circostanze del caso.[16]

Tali circostanze si verificavano ogni qualvolta l'accordo restrittivo era necessario per tutelare un valido interesse delle parti o di una di esse, senza comportare un danno alla comunità, provocato dalla perdita di produttività, dalla diminuzione della concorrenza, dall'aumento dei prezzi e dall'esposizione ai mali di un potenziale monopolio.[17] Nel concreto, la common law arrivava a ritenere conformi al principio di ragionevolezza così declinato, e dunque dotati di una valida causa, soltanto i cosiddetti "*ancillary restraints*", ossia gli accordi restrittivi ancillari ad un contratto principale, come per esempio un patto di non concorrenza a seguito della compravendita di un esercizio commerciale.[18] Tali accordi, infatti, erano gli unici, tradizionalmente, ad essere ritenuti dotati di una causa apprezzabile, poiché limitati nello spazio e nelle persone colpite dal vincolo alla libertà contrattuale. Ciò solo alla condizione, tuttavia, in cui tale vincolo risultasse ragionevolmente necessario e proporzionato a proteggere l'interesse di una parte, ad esempio l'acquirente, nonché l'interesse dell'ordinamento alla circolazione dei beni e dei servizi nel mercato, tutelando ad esempio il valore dell'avviamento di

[15] Gli accordi restrittivi senza causa erano invalidi, quelli che invece presentavano una ragione sociale apprezzabile potevano essere ritenuti leciti: «The true distinction of this case is [...] between contracts with and without consideration». 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 348.

[16] «All contracts, where there is a bare restraint of trade and no more, must be void; but this taking place only where the consideration is not shewn can be no reason why, in cases where the special matter appears so as to make it a reasonable and useful contract, it should not be good», 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 351.

[17] In un caso del 1837, la Corte Suprema del Massachussets parlò dei pericoli generati dagli accordi restrittivi per la comunità scrivendo: «They tend to deprive the public of the services of men in the employments and capacities in which they may be most useful to the community as well as themselves. They discourage the industry and diminish the products of ingenuity and skill. They prevent competition and enhance prices. They expose the public to the evils of monopoly», *Alger v. Thacher*, 19 Pick. 51, 54, 1837.

[18] Tale era, infatti, la fattispecie in oggetto nel caso *Mitchel v. Reynolds*.

un'azienda, senza generare un pregiudizio grave per la comunità.[19] Il contratto principale dunque, al quale l'accordo restrittivo si doveva appoggiare, determinava la qualità e la misura dell'interesse meritevole di protezione. Solo con riguardo a questo interesse poteva essere valutata la legittimità della restrizione della libertà contrattuale e della concorrenza tra le parti, qualora si fosse dimostrata necessaria e proporzionata.

L'approccio di common law al tema degli accordi restrittivi presentava delle peculiarità che lo distinsero da quello che le corti americane adottarono sotto il regime dello Sherman Act, a partire dalla sua emanazione nel 1890. Nel sistema di common law infatti, la tutela che veniva fornita era molto più diretta al concetto di *"freedom of contract"* piuttosto che a quello di libera concorrenza come oggi lo intendiamo. Ciò si apprezza considerando lo stampo contrattualistico dell'analisi, secondo la quale l'oggetto primario dell'esame era la validità e l'esecutività dei contratti tra soggetti del mercato, in virtù dei quali veniva limitata la loro possibilità di competere liberamente. La controversia non nasceva a seguito della denuncia dell'esistenza di un contratto restrittivo, come invece avviene dallo Sherman Act in poi, bensì quando una delle parti ne violava il contenuto e le altre si rivolgevano al giudice per chiederne l'esecuzione da parte dell'inadempiente.[20] Ciò spiega come nella *common law* il bene giuridico da tutelare non fosse tanto la "concorrenza" in sé, intesa nell'accezione attuale del termine, bensì la libertà di contrarre in capo a tutti i membri della comunità.[21]

Lo standard della ragionevolezza degli accordi restrittivi dunque, secondo i canoni ora esposti, era molto stringente. Essendo il bene giuridico tutelato la libertà contrattuale e non la concorrenza, i criteri di legalità erano in generale diversi e più rigidi rispetto a quelli che verranno elaborati con la *rule of reason* del Novecento, nel corso della lunga giurisprudenza antitrust del XX secolo.[22] Se infatti, alla luce dei canoni elaborati successivamente, diventerà possibile che alcune tipologie di accordi restrittivi vengano considerate legittime, in quanto generanti effetti pro-competitivi, la valutazione degli accordi in base al solo canone della limitazione della libertà contrattuale risulta tendenzialmente più severa, poiché difficilmente tale tipologia di accordi non comporta limiti alla libertà delle parti.

[19] La Corte d'Appello del 6th Circuit, facendo il punto sulla giurisprudenza di common law, spiegò come secondo questa: «The [main] contract must be one in which there is a main purpose, to which the covenant in restraint of trade is merely ancillary. […] The purpose of the main contract suggests the measure of protection needed, and furnishes a sufficiently uniform standard by which the validity of such restraints may be judicially determined» *U.S. v. Addyston Pipe Steel and Co.*, 46 L.R.A. 122, 1898.

[20] In *Mitchel v. Reynolds* e nei casi successivi, si parla infatti di "*contracts*" e si fa attenzione particolare al tema del loro *enforcement*, che veniva negato, come sanzione, quando l'accordo era illecito. Sul punto si veda inoltre D. Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, 61 Souhern California Law Review, 1988, p. 1261.

[21] Sul punto si veda G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, Oxford University Press, 1997, pp. 8 – 9.

[22] Sul sempre punto Amato, *cit.*, p. 13.

3. Libertà contrattuale e tutela della concorrenza nell'interpretazione dello Sherman Act

Le regole di common law in materia di accordi restrittivi, così come lo Sherman Act del 1890, sono figlie dei principi dell'individualismo classico su cui è imperniato il costituzionalismo americano, nonché del pensiero politico del *Republicanism* che, sin dal tempo dei *founding fathers*, vedeva la società come un insieme di individui liberi, indipendenti e autosufficienti grazie alla forza del loro lavoro, in un rapporto di continua concorrenza che sola poteva garantire la libertà degli uni verso gli altri.[23] Ogni manifestazione della libertà contrattuale che inficiasse tale rapporto di indipendenza tra un soggetto e l'altro veniva tradizionalmente trattata, come si è visto, in maniera molto rigida nei sistemi di common law. Allorchè il mercato americano iniziò, verso la fine del XIX Secolo, a presentare forti tendenze verso la concentrazione, soprattutto in taluni settori industriali, si rese tuttavia necessario un intervento da parte del Congresso per riaffermare la protezione, attraverso norme anticoncorrenziali chiare, dei piccoli imprenditori e della loro libertà individuale contro il potere economico che stavano accumulando alcuni gruppi industriali.[24] Questi ultimi, cui ci si riferiva col nome di *trust*[25], avevano una portata sovversiva per un mercato che ancora si nutriva dei valori dell'individualismo e della concorrenza perfetta: la loro stessa esistenza, infatti, si poneva in contraddizione con un concetto di libertà che dipendeva dalla decentralizzazione del potere.[26]

Questi trust, come suggerisce il nome che prese la disciplina, furono i bersagli principali dello Sherman Act, sebbene la sua applicazione riguardò, col passare del tempo, una vasta gamma di fenomeni anticoncorrenziali. Con tale legge federale, il divieto di accordi restrittivi e di monopoli fu per la prima volta sancito per iscritto. Per quanto riguarda i primi, la norma è formulata in maniera diretta e generica: «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal».

Non appena lo Sherman Act entrò a regime, si posero subito dei rilevanti problemi interpretativi. Il canone di ragionevolezza ereditato dalla common law, infatti, si scontrava con il dato letterale della nuova legge, che sanciva a priori un divieto categorico di qualsiasi tipologia di accordo, pratica o cospirazione restrittiva del commercio. Tra le corti americane, vi fu sin da subito chi continuò ad ispirarsi all'impianto analitico della common law, promuovendo un'interpre-

[23] Sul tema, si veda T. Jefferson, *Notes on the State of Virginia*, J.W. Randolph, Richmond VA, 1853.

[24] Il fine dello Sherman Act fu, in principio, prevalentemente politico. Esso era infatti diretto a tutelare una determinata classe sociale, e con essa la società intera, contro fenomeni di concentrazione di potere che erano ritenuti pericolosi per la tenuta del sistema costituzionale americano, basato su un attento bilanciamento dei poteri. Si veda sul punto R. Hofstadter, *What Happened to the Antitrust Movement?* In *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, Alfred A. Knopf, New York, NY, 1965.

[25] Per un approfondimento si veda F. J. Stimson, *Trusts*, in 1 Harvard Law Review, 1887.

[26] Si veda sul punto Millon, *cit.* alla nota 20, p. 1224.

tazione estensiva dello statuto[27], e chi invece ritenne di adottare un'interpretazione letterale dello Sherman Act, allontanandosi dunque dalla tradizione. Quest'ultima fu la direzione intrapresa inizialmente dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. In *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*[28], il primo caso che richiese l'applicazione della legge antitrust federale, i *justices* ritennero che il Congresso, con le parole *"any contract in restraint of trade"*, intendesse sottoporre al divieto letteralmente "ogni" tipologia di accordi in qualche modo restrittivi, indipendentemente dalla ragionevolezza di questi e senza che, al fine di interpretare la norma, si dovesse ricorrere a parametri esterni ad essa. Sebbene infatti un accordo potesse essere ritenuto valido dalla common law anche se in sé restrittivo, il dettato dello Sherman Act non lasciava spazio a tale opzione, né dunque a questioni di ragionevolezza, colpendo imprescindibilmente ogni fenomeno che potesse essere definito come *"restraint of trade"*.[29]

Secondo la *per se illegality rule* dunque – così prese nome tale interpretazione restrittiva – era necessario un intervento rigido che impedisse agli individui di disporre della propria libertà stringendo accordi atti a condizionare i principali fattori del mercato, andando così a creare un pregiudizio, diretto o indiretto, attuale o potenziale, alla libertà di competere degli altri membri della comunità. Ciò che la Corte intendeva tutelare era la libertà economica dei soggetti più piccoli e senza potere di mercato, un'idea di libertà contrattuale che si realizza soltanto garantendo la dispersione di tale potere e la decentralizzazione delle decisioni del mercato stesso. Ciò non poteva che avvenire sacrificando, dall'altra parte, la libertà delle imprese più affermate di stringere accordi di natura in qualche modo restrittiva, senza compiere alcuna analisi per valutare i reali effetti sulla concorrenza di tali accordi. Ciò avvenne con la coscienza di dover rinunciare a configurazioni di mercato più efficienti in termini di costi, specialmente in determinati settori tendenti alla concentrazione.[30] L'obiettivo principale dei giudici era quello di dar seguito alla visione del Congresso, il quale intese regolare

[27] Fra questi, in primis, si veda il caso *U.S. v. Addyston Pipe and Steel Co.*, 46 L.R.A. 122, 1898, deciso dalla Corte d'Appello del 6th Circuit, nel quale il giudice Howard Taft risolse una disputa relativa ad un cartello applicando non il dato letterale dello Sherman Act, bensì il criterio sancito dalla common law, sanzionando la pratica poiché l'accordo in oggetto era di natura generale e non poteva essere classificato come *reasonable and useful*.

[28] *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 169 U.S. 290, 1897.

[29] «A contract may be in restraint of trade, and still be valid at common law. Although valid, it is nevertheless a contract in restraint of trade [...]. By the simple use of the term 'contract in restraint of trade,' all contracts of that nature, whether valid or otherwise, would be included, and not alone that kind of contract which was invalid and unenforceable as being in unreasonable restraint of trade. [...] the plain and ordinary meaning of such language is not limited to that kind of contract alone which is in unreasonable restraint of trade, but all contracts are included in such language [...]», *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 169 U.S. 290, 1897.

[30] Così in E. M. Fox, Modernization of Antitrust: A New Equilibrium, 66 Cornell Law Review 1140, 1981: «[This theory] focuses on preserving lower barriers to entry and greater opportunity for entry and success of unestablished firms, more than on promoting productive efficiency of established firms», p. 1169. Così inoltre la Corte Suprema argomentò nel caso *Brown Shoe Co. v. United States* (370 U.S. 294): «...we cannot fail to recognize Congress' desire to protect competition through the protection of viable, small, locally owned businesses. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from maintenance of fragmented industries and markets. It resolved this in favor of decentralization».

la concorrenza al fine di tutelare la "*freedom of economic opportunity*" e la "*liberty to engage in commerce*", che rendevano gli individui eguali tra loro.[31] Libertà contrattuale, dunque, significava in primis libertà in capo agli imprenditori di svolgere la propria attività in modo pienamente indipendente e di vendere ai prezzi, alle persone e alle quantità che più gradivano.

Justice Rufus W. Peckham, l'ideatore della *per se rule* che firmò l'opinione di maggioranza della Corte in *Trans-Missouri*, scrisse anche le decisioni dei due casi immediatamente successivi, *United States v. Joint Traffic Ass'n*[32] e *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*.[33] Si trattava di casi molto simili tra loro, che riguardavano cartelli di prezzo tra società attive nel settore ferroviario, e furono anch'essi ritenuti illeciti sulla base della *per se rule*. Tale regola, tuttavia, era destinata a subire forti critiche sia da parte della minoranza della Corte Suprema sia da parte della dottrina giuridica ed economica. Nell'essere stata concepita per tutelare la libertà dei soggetti più deboli del mercato, con la sua rigidità essa violava a sua volta, secondo alcuni, la libertà contrattuale dei soggetti coinvolti negli accordi in oggetto. In *Joint Traffic* e in *Addyston Pipe* venne sollevata dalla difesa una questione di legittimità costituzionale dello Sherman Act, la cui interpretazione letterale sarebbe stata in contrasto con il principio della libertà contrattuale sancito dal quinto emendamento della Costituzione. Nel difendere la "*liberty to engage in commerce*" di tutti gli individui della comunità, la *per se rule*, infatti, sarebbe stata incostituzionale nella misura in cui interferiva troppo con la libertà di contrarre degli individui coinvolti, precludendo a questi il diritto di stipulare accordi per svolgere la propria attività economica.[34] Era infatti espressa l'idea secondo cui la Costituzione, nel garantire la libertà contrattuale degli individui in ambito economico e commerciale, sancisse una limitazione per il Congresso nell'esercizio del suo potere di regolare l'*interstate commerce*. Questo infatti poteva avvenire unicamente con l'obiettivo di garantire l'uniformità delle legislazioni statali in materia, ma non poteva spingersi sino ad ostacolare la possibilità dei cittadini di stipulare liberamente accordi di natura commerciale.[35] Con riguardo

[31] Sul punto si veda E. M. Fox, *cit.*, p. 1149. Con riferimento sia allo Sherman Act che al Clayton Act del 1914, che integrò e specificò alcune parti dello Sherman Act senza tuttavia modificarne l'impianto, numerose voci dal Congresso sostennero che: «all men were created free and equal, and that all are entitled to life, liberty, and the pursuit of happiness. We construed "liberty" to mean not merely the right to walk upon the streets of cities [...] but liberty [...] to engage in commerce, to solve for one's self the problem of one's own happiness and success [...] So we began enacting legislation calculated to produce a condition which would leave open for all men, big and little, the opportunity to engage in the affairs of life», 51 CONG. REC. 15867 (1914).

[32] 171 U.S. 505, 1898.

[33] 171 U.S. 211, 1899.

[34] «It is objected that the statute, if construed as it has been construed in the Trans-Missouri Case, is unconstitutional, in that it unduly interferes with the liberty of the individual, and takes away from him the right to make contracts regarding his own affairs, which is guaranteed to him by the fifth amendment to the constitution». *United States v. Joint Traffic Ass'n*, si veda alla nota 28.

[35] «This argument [of the appellants] is founded upon the assertion that the reason for vesting in Congress the power to regulate commerce was to insure uniformity of regulation against conflicting and discriminating state legislation, and the further assertion that the Constitution guarantees liberty of private contract to the citizen, at least upon commercial subjects, and to

alla giurisprudenza, è utile tenere a mente la sentenza con cui la Corte d'Appello del *6th Circuit* decise il caso *Addyston Pipe*[36], in seno alla causa che si concluse poi di fronte alla Corte Suprema. Il giudice William Howard Taft sostenne la necessità di riprendere la *rule of reason* di common law, proponendone una prima analisi alla luce dei dettami dello Sherman Act, sebbene il ragionamento ricalcasse in larga parte quello proposto dalle corti anglosassoni. Ciò dimostra tuttavia come sin dal principio la giurisprudenza stessa non fosse concorde sull'interpretazione da assegnare alla legge antitrust, e come dunque la *per se rule* non costituisse l'unica scelta scontata.

La giurisprudenza venne dunque messa di fronte alla necessità di risolvere il conflitto che inevitabilmente comporta la tutela della libertà contrattuale nei suoi diversi aspetti, messo a nudo in maniera efficace dal diritto della concorrenza. Nell'affrontare la tensione tra libertà di contrarre dei singoli e libertà nell'opportunità economica dei molti, ci fu chi sostenne un approccio bilanciato e chi uno più estremo. In questo senso, una parte di dottrina infatti sosteneva che, secondo i principi dell'ordinamento statunitense, qualsiasi accordo commerciale tra due soggetti mirato, in buona fede[37], a migliorare le condizioni in capo alle parti stesse fosse valido e auspicabile, anche se, come effetto, avesse quello di danneggiare economicamente altri individui. Al contrario, un accordo del genere poteva essere ritenuto invalido soltanto se stipulato in mala fede, con l'intento specifico di creare danno a qualcuno.[38] Di conseguenza, con specifico riguardo agli accordi anti concorrenziali, questi potevano essere sanzionati solamente previa dimostrazione della mala fede diretta a danneggiare altri soggetti, ma venivano protetti dal principio della libertà contrattuale ogni qualvolta fossero stipulati in buona fede a vantaggio delle condizioni economiche delle parti. Il principio della libertà di contrarre di ogni cittadino si concretizzava, secondo tale dottrina, nella massima secondo cui *"men may think as they please, may act as they please, and may do what they please with their own"*, fintanto che l'obiettivo fosse quello di migliorare la propria condizione in buona fede.[39]

Già in seno al caso che inaugurò tale canone poi, si levarono voci critiche nei suoi confronti. Alcuni sostennero la sua incompatibilità col principio costituzionale

that extent the guaranty operates as a limitation on the power of Congress to regulate commerce», *Addyston Pipe & Steel CO. v. United States*, si veda alla nota 29.

[36] *U.S. v. Addyston Pipe and Steel Co.*, *cit.* alla nota 27.

[37] Nonostante le elaborazioni e i desiderata della dottrina, che spaziano molto e arricchiscono il dibattito, è bene tuttavia sottolineare come il diritto antitrust di regola non dà rilievo all'elemento soggettivo, salvo nel caso specifico dell'*attempt to monopolize* (tentato monopolio), istituto presente nell'ordinamento statunitense ma non in quello europeo, e in sede penale.

[38] Così ad esempio in W. Royall, *The Pool and the Trust. A review of the United States Supreme Court's Traffic Decision*, 3 Virginia Law Register, 1897, p. 163, secondo cui «by the elementary principles of our laws any agreement between parties which aims bona fide at the bettering of the condition of the parties to the agreement is good and valid, even though it is intended to injure another in his business, but that those agreements which are founded in ill-will or malice are opposed to the principles». Si veda inoltre A. J. Eddy, *The Law of Combinations: embracing monopolies, trusts and combinations of labor and capital*, Callaghan and Company, Chicago, 1901, secondo cui le imprese avrebbero il pieno diritto di stipulare accordi anticoncorrenziali in virtù del principio della libertà contrattuale sancito dalla Costituzione.

[39] Così sempre in Royall, *cit.* alla nota precedente, p. 173.

della libertà contrattuale promuovendo, tuttavia, un approccio più bilanciato tra le necessità di tutela della concorrenza e della libertà individuale di contrarre. In particolare, *justice* Edward D. White scrisse tre *dissenting opinions* molto simili tra loro rispettivamente in *Trans Missouri*, *Joint Traffic e Addyston Pipe*, sostenendo che la *per se rule* fosse un canone troppo rigido e intrusivo nei confronti della libertà contrattuale degli individui, che pure era importante tutelare in certa misura per proteggere la concorrenza stessa. Secondo White era invece necessario riprendere il canone della *rule of reason*, poiché distinguere tra accordi restrittivi ragionevoli e non ragionevoli significava mantenere la possibilità di bilanciare la tutela della concorrenza con la libertà individuale di contrarre, in modo tale che questa non venisse eccessivamente sacrificata. White argomentò che lo Sherman Act fu emanato con l'intento di proteggere la "*liberty of contract*" e la "*freedom of trade*". Da tal punto di vista, l'interpretazione strettamente letterale della norma generava il risultato di frustrare l'intento originario della norma stessa, andando in verità a compromettere sia la tutela della libertà di contrarre sia la garanzia del libero commercio.[40] Il diritto di un individuo di stipulare un accordo doveva essere determinato dalla "*law of reason*"[41], che sola poteva garantire il bilanciamento che era necessario per tutelare gli interessi in conflitto con riferimento alla libertà di contrarre e di iniziativa economica dei soggetti sul mercato, senza andare in contro a fraintendimenti circa il reale significato della relazione tra lo Sherman Act e il principio costituzionale della libertà contrattuale.

Investito del compito di provvedere ad una soluzione della questione di costituzionalità sollevata dalla difesa e sostenuta dalla minoranza della Corte Suprema, *justice* Peckham e la maggioranza argomentarono in favore della *per se rule*. La chiave di lettura degli accordi anticoncorrenziali che Peckham fornì era centrata sulla regolazione dell'*interstate commerce*, prerogativa costituzionale del Congresso. Nel caso *Addyston Pipe*, egli sottolineò come il principio costituzionale della libertà contrattuale non giungeva a comprendere il diritto, in capo agli individui, di stringere accordi che, una volta eseguiti, sarebbero stati idonei a regolare *de facto* il commercio tra Stati.[42] Secondo la Corte dunque, la *liberty of contract* veniva limitata dalla *commerce clause* della Costituzione americana, che dava

[40] Così si espresse *justice* White in *Trans Missouri:* «The plain intention of the law was to protect the liberty of contract and the freedom of trade. Will this intention not be frustrated by a construction which, if it does not destroy at least gravely impairs, both the liberty of the individual to contract and the freedom of trade?». Nel suo parere dunque, interpretare lo Sherman Act secondo la *per se rule* generava una norma che tradiva l'obiettivo originario della disposizione, andando in direzione contraria a quella che il Congresso intendeva percorrere.

[41] White concluse sostenendo che: «Secured no longer by the law of reason, all these rights become subject, when questioned, to the mere caprice of judicial authority. Thus, a law in favor of freedom of contract, it seems to me, is so interpreted as to gravely impair that freedom». La *per se rule*, in altre parole, costituiva secondo White un capriccio dei giudici, che trasformarono una legge inizialmente concepita per tutelare la libertà di contrarre in uno strumento per ostacolare tale stessa libertà, senza che venisse fatto uno sforzo diretto a capire la complessità intrinseca alla tipologia di tutela richiesta.

[42] «It has never been, and in our opinion ought not to be, held that the word [liberty] included the right of an individual to enter into private contracts upon all subjects, no matter what their nature and wholly irrespective (among other things) of the fact that they would, if performed, result in the regulation of interstate commerce and in the violation of an act of Congress upon that subject», *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, si veda alla nota 28.

al Congresso il potere non solo di intervenire contro leggi statali disomogenee in materia commerciale, ma anche di regolare la sfera privata dei cittadini, vietando a questi di stringere accordi che, influendo sulle dinamiche concorrenziali del mercato, ne condizionassero i fattori a livello sovrastatale.[43] Tuttavia, con l'evoluzione del mercato e l'aumento degli sforzi di comprenderne i fenomeni da parte della giurisprudenza, risulta chiaro il fraintendimento, almeno in parte, del concetto di accordi restrittivi. Da parte della Corte Suprema di fine XIX e inizio XX Secolo, vi era la tendenza a generalizzare l'analisi di tali accordi ritenendoli tutti come una minaccia per il commercio poiché capaci, anche solo in via assolutamente potenziale, di condizionarne i fattori principali quali i prezzi e le barriere d'ingresso ai vari mercati. Ciò che ancora mancava era la consapevolezza della necessità di addentrarsi in un'analisi dei singoli accordi al fine di valutarne i reali effetti sulla concorrenza, caso per caso. Come risulterà chiaro sin da un paio di decenni dopo infatti, partendo dal fondamentale assunto per cui qualsiasi contratto di natura commerciale ha di per sé carattere restrittivo[44], alcuni di questi potrebbero avere effetti neutri sulla concorrenza, o addirittura pro-competitivi. La questione relativa alla tutela della libertà contrattuale sollevata dal diritto antitrust si dimostra particolarmente delicata soprattutto osservando come, in ambiti diversi che non coinvolgono direttamente la tutela della concorrenza, la medesima libertà venga interpretata in maniera differente. Si può far menzione, ad esempio, del fatto che Rufus Peckham, ideatore della *per se rule* e criticato per l'eccessivo interventismo nella sfera della libertà individuale, fu anche il giudice che scrisse la *majority opinion* del noto caso *Lochner v. People of New York*[45], che inaugurò una stagione di ferrea avversione contro qualsivoglia intervento statale nell'ambito dei rapporti economici tra privati. Tale vicenda mette in luce un'apparente contraddizione sull'interpretazione del quinto e del quattordicesimo emendamento, dal momento che ci si può chiedere come sia possibile che la medesima Corte abbia sostenuto il cosiddetto *laissez-faire costitutionalism* dell'era Lochner con decisioni marcatamente pro-business come *Lochner v. People of New York* e *Adair v. United States*[46] e, contemporaneamente, decisioni anti-business in materia antitrust come i già citati *Trans-Missouri* e *Addyston Pipe*.[47]

[43] «We think the provision regarding the liberty of the citizen is, to some extent, limited by the commerce clause of the Constitution, and that the power of Congress to regulate interstate commerce comprises the right to enact a law prohibiting the citizen from entering into those private contracts which [...] regulate to a greater or less degree commerce among the states», *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, si veda alla nota 28.

[44] Ciò costituisce un'imprescindibile base di partenza per la valutazione di accordi anticoncorrenziali, poiché risulta necessario esaminare se la restrizione in oggetto rientra nel naturale effetto esclusivo dei contratti commerciali, che per natura escludono i terzi dai benefici dell'oggetto del contratto, oppure se costituisce una restrizione non desiderata della concorrenza. Si veda sul punto T. J. Collin, *Antitrust Common Law: Restrictive Covenants and Reasonableness*, Akron Law Review, Vol 24 : Iss 3, art 1 (1991), p. 1 e A. D. Neale, D. G. Goyder, *The Antitrust Laws of the USA: A Study of Competition enforced by Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980.

[45] 198 U.S. 45, 1905.

[46] 208 U.S. 161, 1908.

[47] Alla questione si è fatto riferimento anche come "*The Peckham's Puzzle*", in onore del giudice che scrisse le opinioni di molti dei casi citati, che si basano su interpretazioni apparentemente contraddittorie delle disposizioni costituzionali che regolano la libertà di contrarre. Si veda

Alcuna dottrina ha tuttavia osservato che le decisioni dell'era Lochner e quelle della Corte Peckham in materia antitrust fossero in realtà coerenti dal punto di vista della libertà economica.[48] Quest'ultima, se le si assegna il significato di assenza di coercizione, sarebbe in verità compatibile con le decisioni in materia di concorrenza in oggetto, posto che queste, secondo tale lettura, non erano problematiche tanto per il loro impatto sulla libertà, quanto piuttosto per l'influenza sull'*interstate commerce*.[49] È doveroso poi, in ogni caso, considerare che complice è anche il ruolo centrale della concorrenza come paradigma di regolazione sociale, per cui vi era una particolare attenzione e sensibilità verso la democrazia sul mercato. Le decisioni relative ai fattori determinanti di quest'ultimo, terreno comune di gioco per tutti i soggetti economici, dovevano rimanere impersonali, determinate democraticamente dalle mosse indipendenti di ognuno e non artificialmente per via di decisioni prese da alcuni, potenzialmente a discapito degli altri.[50] Da tal puto di vista, è stato osservato come nell'applicare la disciplina antitrust, le corti svolgessero un ruolo assimilabile a quello di "polizia" sul mercato.[51]

Nel 1910 poi, Edward D. White divenne *Chief Justice* della Corte Suprema. L'occasione per cambiare formalmente l'interpretazione dello Sherman Act dalla *per se rule* alla *rule of reason* si presentò subito dopo, con il caso *Standard Oil Co. v. United States*[52]. Sebbene il risultato fu lo stesso che sarebbe stato raggiunto anche dalla Corte precedente, il percorso argomentativo con cui White dispose la disgregazione dell'impero di Rockefeller passò per la *rule of reason*, che divenne da quel momento la *law of the land* in materia di concorrenza, andando in contro alla necessità di una maggiore attenzione verso la tutela della libertà contrattuale. Secondo la Corte, per via dell'insostenibilità di una interpretazione letterale dello Sherman Act di fronte a tale esigenza, la norma avrebbe implicitamente richiesto l'adozione di uno standard di giudizio per definire caso per caso, di fronte a pratiche commerciali di natura

sul punto N. Giocoli, *Classical Competition and Freedom of Contract in American Laissez Faire Constitutionalism*, Available at SSRN: ssrn.com/abstract=2448419 or dx.doi.org/10.2139/ssrn.2448419, 2014.

[48] Si veda A. J. Meese, *Antitrust, Regulatory Arm and Economic Liberty*, 99 Iowa Law review Bulletin 115, 2014.

[49] «Peckham made it plain, however, that this restriction was not problematic because on its impact on personal liberty… [but because of] its necessary tendency to obtain a higher price that would operate as a direct restraint upon trade», cit. alla nota precedente. Secondo Meese, era fondamentale non confondere le restrizioni alla libertà personale perpetrate dalla legge, che costituirebbero costrizioni dirette, agli accordi tra privati, stipulati in libertà. Questi causano infatti restrizioni solo indirette della libertà altrui, e quindi, in sé, non sono lesivi della libertà stessa direttamente. L'architettura delle decisioni di Peckham, sostiene l'autore, è compatibile con questo assunto.

[50] Così la Corte Suprema si espresse in *Trans-Missouri*, sottolineando come i fattori del mercato dovessero essere condizionati unicamente dalle scelte impersonali di quest'ultimo piuttosto che dalle decisioni unilaterali di pochi centri di potere: «It is wholly different, however, when such changes are effected by combinations of capital whose purpose in combining is to control the production or manufacture of any particular article in the market, and by such control dictate the price at which the article shall be sold, the effect being to […] render the public subject to the decision of the combination».

[51] Così in B. Orbach, D. D. Sokol, *Antitrust Energy*, 85 S. Cal. L. Rev. 429, 2012, p. 437.

[52] 221 U.S. 1, 1911.

restrittiva, se lo statuto fosse stato violato oppure no.[53] Tale canone, sebbene non fosse specificato, doveva essere *"indubbiamente"* la *rule of reason* derivante dalla common law.[54] L'idea di un attento bilanciamento tra la libertà individuale di contrarre e la tutela della concorrenza venne ribadita con forza in un caso successivo, che contribuì a differenziare ulteriormente la *rule of reason* dal precedente orientamento. In *Chicago Board of Trade v. United States*[55], un caso riguardante un accordo relativo alla contrattazione dei prezzi del grano, il governo sostenne l'illiceità della pratica appellandosi al canone della *per se rule*. La Corte tuttavia rispose mettendo in chiaro che la liceità di un accordo ai fini della tutela della concorrenza non poteva essere valutata meramente sulla base del fatto che lo stesso fosse o non fosse restrittivo. I giudici sottolinearono, infatti, come ogni accordo volto a regolare un'attività commerciale abbia in sé natura restrittiva.[56] Il test di legalità - e dunque il parametro per stabilire la ragionevolezza di un accordo - consisteva nel verificare se il *restraint of trade* in oggetto meramente regolasse la concorrenza tra le parti – senza restringerla o addirittura promuovendola – oppure se al contrario la sopprimesse.[57]

Nelle loro peculiarità, *Lochner* e *Standard Oil* – così come *Chicago Board of Trade* – furono casi che segnarono una svolta rispetto al passato nelle rispettive aree del diritto, caratterizzata da una maggior riduzione dell'intervento del potere pubblico nella libertà contrattuale dei cittadini privati. In particolare, secondo una parte di dottrina, *Standard Oil* non fu altro che il frutto delle conseguenze di *Lochner* sulla disciplina antitrust, un'applicazione dei principi della *Lochner Era* alle dinamiche concorrenziali tra soggetti economici.[58] Un'interpretazione dello Sherman Act troppo fedele alla sua lettera, infatti, avrebbe violato la medesima libertà contrattuale che *Lochner* e i casi a seguire intendevano proteggere contro l'intervento pubblico. Se si adotta una chiave di lettura della *rule of reason* che tiene presente l'interpretazione lochneriana della libertà contrattuale[59], si può osservare

[53] «…as the contracts or acts embraced in the provision were not expressly defined […]those classes being broad enough to embrace every conceivable contract or combination which could be made concerning trade or commerce […] it inevitably follows that the provision necessarily called for the exercise of judgment which required that some standard should be resorted to for the purpose of determining whether the prohibitions contained in the statute had or had not in any given ease been violated», *Standard Oil Co. v. United States*, si veda alla nota precedente.

[54] «Thus, not specifying but indubitably contemplating and requiring a standard, it follows that it was intended that the standard of reason which had been applied at the common law…», *Standard Oil Co. v. United States*.

[55] 246 U.S. 231, 1918.

[56] «Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence». *Chicago Board of Trade v. United States*, si veda alla nota precedente.

[57] «The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition». *Chicago Board of Trade v. United States*, si veda alla nota 44.

[58] Così per esempio in A. J. Meese, *Standard Oil as Lochner's Trojan Horse*, Southern California Law Review, Vol. 85, No. 3, 2012 e in R. Peritz, *Competition Policy in America: 1888–1992*, Oxford University Press, 1996, secondo il quale: «The Standard Oil (1911) opinion's Rule of Reason can be understood as closing Lochner's circle of individual liberty […]», pp. 56–58.

[59] È questo, ad esempio, il filo conduttore dell'analisi operata da Meese, *cit.* alla nota precedente, e di Orbach e Sokol, *cit.* alla nota 44.

come il canone inaugurato da *Standard Oil* fosse un tentativo, a fronte della formulazione molto generica dello Sherman Act, di dare al concetto di "*restraints of trade*" un significato che non comprimesse del tutto la libertà individuale di contrarre e che non rendesse troppo difficile l'evoluzione dell'attività commerciale su scala nazionale.[60] Attraverso il canone della *rule of reason*, applicata sia agli accordi orizzontali sia alle pratiche monopolistiche, la tutela della concorrenza si concretizzò dunque nella ricerca del corretto bilanciamento tra l'applicazione del principio della libertà contrattuale e il divieto di pratiche e accordi costituenti un utilizzo abusivo di tale libertà.[61] Quest'ultima infatti, a seconda delle sue manifestazioni, si può porre sia come un fondamentale contrappeso per limitare la crescita dei monopoli e la nascita di intese orizzontali dannose, sia, al contrario, come base su cui far leva per giustificare il diritto di porre in essere queste pratiche.

4. Gli sviluppi recenti e l'influenza della dottrina economica

La progressiva affermazione della *rule of reason* anche con riguardo alle condotte monopolistiche e agli accordi verticali, in un processo graduale che arriva fino agli anni Settanta,[62] si è accompagnata ad un progressivo allargamento della sfera di libertà concessa ai soggetti coinvolti nei procedimenti antitrust. Tuttavia, in linea di massima, è possibile affermare che fino agli anni Settanta la Corte Suprema interpretò tale disciplina con l'obiettivo di tutelare maggiormente le vittime del potere di mercato.[63] In tale ottica, sino a quel periodo, l'*enforcement* antitrust da parte del potere giudiziario si basava, tendenzialmente, su una tutela in senso positivo della libertà economica e sulla protezione del diritto dei soggetti più piccoli di svolgere la propria attività liberi dai vincoli del potere di mercato altrui. Infatti, sebbene il passaggio dalla *per se rule* alla *rule of reason* rappresentò - come spiegato sopra - un momento significativo nel contesto della *Lochner Era*, tali canoni, anche sulla base dell'utilizzo prudente che la Corte Suprema fece della *rule of reason*, si possono vedere come un unico e continuo sforzo di definire – in un contesto molto dinamico – nuovi limiti per il potere di mercato.[64] Esiste infatti un importante filo conduttore che accomuna i due canoni interpretativi, almeno fino a qualche decennio dopo *Standard Oil:* sia in *Trans-Missouri* che in *Chicago Board of Trade*, ad esempio, l'intento della Corte fu infatti quello di tutelare la libertà economica dei piccoli produttori e imprenditori, contro gli effetti coercitivi degli accordi e delle pratiche

[60] Ciò si evince anche dalle parole utilizzate dalla Corte Suprema in alcuni casi successivi a *Standard Oil*. In *United States v. American Tobacco Co.*, i giudici argomentarono che «[The Standard Oil Court exercised] the duty to interpret which inevitably arose from the general character of the term —restraint of trade – [that] required that the words restraint of trade should be given a meaning which would not destroy the individual right to contract and render difficult if not impossible any movement of trade in the channels of interstate commerce».

[61] Sul punto si veda sempre Meese, *cit.*, alla nota 50, pp. 788 – 789.

[62] Il caso *Continental Television v. GTE Sylvania*, *433 U.S. 36*, *del 1977*, sancisce l'affermazione della *rule of reason* come regola generale di giudizio anche per gli accordi verticali.

[63] Sul punto si veda E. Fox, L. A. Sullivan, *Antitrust, Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going to?*, in 61 New York University Law Review 936, 1987, p. 954.

[64] Così in Amato, *cit.*, pp. 12-13.

poste in essere dai soggetti dotati di maggior potere di mercato.

Attorno alla metà degli anni Settanta, tuttavia, con il primo anno della Corte Burger, questa tendenza si arrestò e si aprì una nuova stagione, che vide un cambio di concezione del rapporto tra diritto antitrust e libertà contrattuale.[65] Con il caso *Sylvania*[66], ad esempio, la Corte Suprema applicò la *rule of reason* permettendo ad un grande distributore di siglare accordi con i quali veniva limitata la libertà dei rivenditori di commerciare liberamente i suoi prodotti - con riguardo all'area geografica e al prezzo - qualora fossero dimostrati effetti pro-competitivi per il marchio del produttore. Se fino ad allora la Corte Suprema, nell'applicare il diritto della concorrenza, enfatizzò la libertà dei piccoli imprenditori di commerciare nei luoghi e ai prezzi che preferivano e la concorrenza intesa come massima decentralizzazione delle decisioni del mercato, da questo periodo la maggioranza dei giudici iniziò a porre l'accento sull'efficienza e sulla libertà delle transazioni commerciali.[67] Da questo punto di vista, il caso *Sylvania* si pone come un importante *game changer*, che ha segnato il passaggio dall'enfasi sulla libertà e la competizione tra i molti attori all'enfasi sull'impatto delle condotte in termini di efficienza.[68] Tale sentenza sancì, in particolare, la transizione da una specifica *rule of reason* ad un'altra, diversa dalla prima sulla base dell'obiettivo che assegnava al diritto della concorrenza: non più la rivalità tra attori indipendenti, ma l'efficienza delle condotte.[69] Iniziò a divenire dominante l'idea secondo cui tutti i soggetti economici dovessero essere lasciati *"liberi di far ciò che desiderano"*, poiché la libertà contrattuale – intesa, questa volta, in senso negativo – e un maggior astensionismo dei pubblici poteri permettevano di massimizzare l'efficienza del mercato, intesa in termini allocativi.[70]

Le decisioni degli anni Settanta sancirono l'adesione della Corte Suprema al pensiero della *Chicago School of Antitrust Analysis*[71], che a partire da quel periodo ebbe una grande influenza sul diritto antitrust, condizionandone l'interpretazione da parte del potere giudiziario. La Scuola di Chicago del diritto antitrust si fece portatrice di un'interpretazione di tale branca della legge basata su una prospettiva

[65] E. Fox, L. A. Sullivan, *cit.* alla nota 57, p. 954.

[66] *Continental Television v. GTE Sylvania*, si veda alla nota 56. Oltre a questo, si vedano anche i casi *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 411 U.S. 1 (1979); *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978); *National Soc'y of Professional Eng'rs v. United States*, 435 U.S. 679, 1978.

[67] Si veda E. M. Fox, *Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, *cit.* alla nota 28: «In a 1977 opinion, the Supreme Court said that market impact must control antitrust decisions. Market impact was assessed in terms of efficiency. In addition, majority opinions by some members of the Court began to reveal a strong undercurrent that business should be left presumptively free to do what it wishes», p. 1152.

[68] Si veda per un'analisi critica S. Martin, J. T. Scott, *GTE Sylvania and Interbrand Competition as the Primary Concern of Antitrust Law*, Review of Industrial Organization 52, 2017, pp. 217 – 233.

[69] S. Martin, J. T. Scott, *cit.* alla nota precedente, p. 230.

[70] Sul punto sempre E. M. Fox, *cit.* alla nota precedente.

[71] Tra i testi di riferimento della *Chicago School of Antitrust Analysis* si veda R. A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 University of Pennsylvania Law Review 925, 1978 e R. H. Bork, *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*, Free Press, New York, 1978.

individualista e intrisa di elementi di economia neo-classica.[72] Secondo tale pensiero, il diritto antitrust non doveva garantire la concorrenza e la libertà dei piccoli imprenditori, quanto piuttosto il benessere del consumatore. Tale concetto era fortemente legato al raggiungimento di uno stato di efficienza sul mercato, intesa come efficienza allocativa in termini paretiani, tale per cui ad una data distribuzione delle risorse, nessuna scelta volontaria o intervento esterno avrebbe potuto migliorare la posizione di qualcuno senza peggiorare la condizione di qualcun altro.[73] Il diritto antitrust, in altre parole, dovrebbe tendere a generare una situazione in cui le risorse economiche sono allocate nella maniera più efficiente tale da soddisfare i bisogni dei consumatori, dato uno specifico stato di avanzamento tecnologico.[74] Questo concetto di concorrenza intesa come uno stato delle cose pienamente efficiente, in cui il benessere del consumatore non può essere migliorato per mezzo dell'intervento dei giudici[75], portò con se alcune fondamentali conseguenze. A guidare l'applicazione del diritto antitrust divenne non più la tutela in senso positivo della libertà contrattuale dei piccoli imprenditori, bensì un approccio più conservatore volto a tutelare la *business freedom* in senso negativo dei soggetti economici, considerata essenziale per massimizzare l'efficienza e per garantire un mercato libero da interventi del potere pubblico.[76] È con la fine degli anni Settanta che il diritto della concorrenza, forte degli impulsi politici provenienti da amministrazioni – *in primis* quella di Reagan – e scuole economiche conservatrici, si aprì ai principi del *laissez-faire*. La Corte iniziò dunque a garantire in via primaria la libertà contrattuale e l'autonomia delle imprese di stipulare, con poche limitazioni, transazioni e accordi commerciali secondo le proprie preferenze, anche se queste andavano a discapito dei concorrenti o dei soggetti economici più deboli.[77]

[72] Il fondatore di tale pensiero fu il professor Aaron Director. Si veda per un riferimento Si veda a riguardo A. Director, E. H. Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 Nw. U.L. Rev. 281, 1956, sebbene Director espose le sue idee soprattutto oralmente.

[73] Bork, ad esempio, insistette che l'obiettivo del diritto antitrust dovesse essere quello di raggiungere uno stato di efficienza paretiana sul mercato. L'autore ridefinisce il concetto di concorrenza in sé come efficienza paretiana: «Competition may be read as a shorthand expression, a term of art, designating any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by moving to an alternative state of affairs through judicial decree», *cit.*, p. 61. Si veda sul tema W. Adams, J. W. Brock, N. P. Obst, *Pareto Optimality and Antitrust Policy: The Old Chicago Policy and the New Learning*, 58 S. ECON. J. 1, 1991.

[74] Sul punto si veda Bork, *cit.* Così l'autore si esprime: «Consumer welfare is the greatest when society's economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit», p. 90.

[75] Questo il significato del concetto di concorrenza secondo Bork, si veda alla nota 65.

[76] Sul punto E. M. Fox, *cit.*: «[business freedom was to be protected] on the theory that business freedom tends to maximize efficiency or on the theory that greater private business freedom is crucial to a free society». p. 1152.

[77] Ciò riguardò tutti i fenomeni interessati dal diritto della concorrenza, ad iniziare dagli accordi verticali (*Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp*, 485 U.S. 7171, 1988), accordi di fissazione di prezzi minimi di rivendita (*Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc*, 2007) sino alle condotte unilaterali di monopolizzazione e di vendita sotto costo (*Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 U.S. 209, 1993). L'unica eccezione rimase il caso di accordi orizzontali di fissazione dei prezzi: a questa tipologia di accordi si continuò – e ancora si continua – ad applicare la *per se rule of illegality* (si veda il caso *United States v. Airline Tariff Publishing Co.* 836 F. Supp. 9, D.C.C., 1993).

Verso la fine del XX secolo infatti, anche per effetto dell'influenza del vigoroso conservatore Antonin Scalia – nominato giudice della Corte Suprema da Reagan nel 1986 – la *rule of reason* veniva interpretata in maniera piuttosto conservatrice. Lo spazio di libertà concesso alle imprese dotate di potere di mercato, anche con riguardo alla fissazione dei prezzi, venne sempre più ampliato. Nel caso *Sharp*[78] ad esempio, riguardante un accordo verticale, un produttore impose una determinata politica di prezzo a tutti i suoi rivenditori, non permettendo a questi di farsi concorrenza e di decidere autonomamente le condizioni di vendita. Scalia, per la maggioranza della Corte, ritenne che il produttore avesse il potere di imporre tali restrizioni della concorrenza e della libertà contrattuale dei propri rivenditori, posto che non si trattava tecnicamente di un accordo orizzontale sui prezzi, figura invece ritenuta ancora illecita *per se*. Come fecero notare i *justices* White e Stevens nella loro *dissenting opinion*, il ragionamento di Scalia, che si limitò a rilevare l'assenza di un accordo orizzontale senza dimostrare che l'eliminazione di un distributore comportasse vantaggi in termini di efficienza concorrenziale per il marchio – si parlò solo di *"plausible purpose"* – sancì una vera e propria presunzione di legalità degli accordi verticali secondo la *rule of reason*.[79] Secondo i due giudici, la *rule of reason* si era allontanata di molto dal suo significato originale, secondo il quale i *"naked restraints"* come quello in oggetto sarebbero stati ritenuti illeciti, poiché abusivi della libertà economica e oppressivi della concorrenza. Il punto fondamentale di questa nuova stagione dell'antitrust è che il contenuto restrittivo di un accordo, anche se *"naked"*, può essere bilanciato da efficienze o da effetti virtuosi per la concorrenza su altri versanti – le cosiddette *"redeeming virtues"*. Con riguardo alla fissazione di prezzi di rivendita o agli accordi verticali in generale, queste ultime possono ad esempio riguardare l'aumento della quantità o della qualità dell'offerta finale, con effetti procompetitivi per il marchio.[80] Il nuovo approccio alla tutela della libertà di contrarre che caratterizza questa stagione del diritto antitrust, naturalmente, ha significato un forte distanziamento dagli intenti originali del Congresso nell'elaborare la disciplina sulla concorrenza. Se l'intento dei padri dello Sherman Act[81] – nonche della Corte Suprema[82], fino ad un certo punto – fu quello di tutelare la libertà e l'indipendenza delle piccole imprese senza potere di mercato, nella fase più contemporanea si è cercato di tutelare maggiormente l'autonomia e la libertà

[78] *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp*, 485 U.S. 7171, 1988.

[79] «The "plausible purpose" posited by the majority as its sole justification for this mischaracterized "non price vertical restriction" is inconsistent with the legislative judgment that underlies the Sherman Act itself», 485 U.S. 7171, 1988.

[80] Sui possibili effetti positivi degli accordi verticali per la concorrenza *inter-brand* si veda l'opinione della Corte nel caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 2007.

[81] Per una panoramica si veda W. Troesken, *The Letters of John Sherman and the Origin of Antitrust*, in The Review of Austrian Economics 15, 2002, e il già citato Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, si veda alla nota 18.

[82] Esemplificativa è l'affermazione della Corte nel caso *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294: «…we cannot fail to recognize Congress' desire to protect competition through the protection of viable, small, locally owned businesses. […] It resolved this in favor of decentralization. We must give effect to that decision».

delle imprese in posizione dominante, a discapito – come spesso sottolineato soprattutto dai critici di tale scuola – delle opportunità e della libertà di competere per le imprese più piccole.[83]

È doveroso tuttavia ricordare che sebbene la *rule of reason* crebbe di molto la sua rilevanza con riguardo a numerosi fenomeni riguardanti la concorrenza, la *per se rule* non è scomparsa. La regola infatti costituisce ancora il canone da applicare alle pratiche anticoncorrenziali considerate più pericolose e in sé negative, ossia in particolare i cartelli sui prezzi e fenomeni quali il *bid rigging* (turbativa d'asta) e i *tying arrangments* da parte delle imprese con alto potere di mercato.[84]

Più di recente, la Corte Suprema si è espressa confermando l'impianto secondo cui la *rule of reason* è la regola da utilizzare per quasi tutte le restrizioni di natura verticale, analizzando in particolare condotte quali la fissazione di prezzi minimi di rivendita[85] e il *predatory buying*[86], ossia il tentativo di monopsonio, ponendo l'accento sugli effetti virtuosi per la concorrenza *inter-brand* e per il consumatore che tali condotte, pur in sé restrittive, possono generare. Inoltre, ciò vale in buona parte anche per gli accordi orizzontali, ad eccezione di quelli *"naked"* quali i cartelli sui prezzi, trattati, come già menzionato, in maniera più rigida.[87] In genere, e a differenza con il passato, secondo gli orientamenti più recenti il diritto antitrust non pone restrizioni generali agli accordi mirati a regolamentare, anche in modo restrittivo, la propria attività, sia in senso verticale ma anche orizzontale,[88] focalizzando invece la propria analisi sulla produzione o meno di efficienze o di effetti virtuosi per i consumatori.[89]

Alla luce di quanto visto, si profila dunque un contrasto tra efficienza dei mercati – intesa nel senso allocativo che si è visto – e tutela della concorrenza a protezione dei soggetti più piccoli dalle manifestazioni del potere economico.[90] Allo stesso modo, si profila una contrapposizione tra un'idea di concorrenza intesa come garanzia di un processo decisionale del mercato dinamico e democratico, e un'idea di concorrenza intesa come efficienza allocativa, che permette ai più forti e meritevoli di affermarsi a discapito della sorte dei più piccoli. A fronteggiarsi sono

[83] Sul punto ad esempio Fox, *cit.*: «Increased autonomy could mean preference for freedom of firms with power, at the expense of competitive opportunity for firms without power», pp. 1167 – 1168.

[84] Si veda Meese, *cit.* alla nota 48, p. 133.

[85] *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, *cit.* alla nota 78.

[86] *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 2007.

[87] Già Robert Bork scrisse di come ai cartelli orizzontali "*naked*" andasse riservato un trattamento severo poiché incapaci di generare efficienze, a differenza di molte altre pratiche verticali ma anche orizzontali che invece producevano effetti virtuosi in questi termini. Si veda Bork, *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*, *cit.*, alla nota 69, pp. 383 - 384 e 397 – 405.

[88] Si veda per esempio *California Dental Ass'n v. Federal Trade Commission*, 526 U.S.756, 1999.

[89] Sul punto Meese, *cit.* alla nota 48, p. 133-135.

[90] In quest'ultimo caso, è pur sempre possibile parlare di efficienza, facendo riferimento tuttavia a un concetto di efficienza economica che si riferisce alla concorrenza come un processo dinamico, ossia alla creazione di un ambiente che incentivi una continua e sana rivalità tra i soggetti sul mercato. Sul punto si veda Fox, *cit.*, p. 1169, dove si parla di «conception of efficiency as the traditional notion of competition as process», la quale si riferisce ad un «environment that is conducive to vigorous rivalry and in turn (it is assumed), to efficiency and progressiveness».

inoltre due visioni differenti dell'intervento dei poteri pubblici nel mercato[91] e due sistemi diversi di tutelare la libertà contrattuale dei soggetti economici, da una parte in senso positivo, dall'altra in senso negativo. Come è stato sottolineato, la libertà e l'efficienza sono entrambi interessi a cui mira il diritto antitrust, che tuttavia possono trovarsi in un rapporto non solo di mutuo supporto, ma anche di contrasto a seconda delle circostanze, per cui la sintesi tra questi due interessi risulta spesso un compito assai difficile per la disciplina della concorrenza.[92]

Se la Scuola di Chicago del diritto antitrust, denominata anche *New Chicago School of American Antitrust*[93], si sviluppa – nella seconda metà del XX Secolo – per mezzo di alcuni giuristi a partire dalle teorie della Scuola economica di Chicago, è tuttavia interessante esaminare come il pensiero di molti economisti appartenenti a tale corrente, in tema di regolamentazione della concorrenza, sia diverso da quello elaborato successivamente da Robert Bork e i suoi colleghi. I primi, sostenitori del libertarianismo e ostili all'intervento dei governi nell'economia, ritenevano che tutte le concentrazioni di potere fossero dannose per la società, non solo il potere pubblico ma anche quello privato, che possiede lo stesso potenziale negativo per la libertà.[94] Sarebbe dunque un errore associare un sistema politico improntato sul libertarianismo e sul *laissez-faire* in economia con un approccio astensionista in materia antitrust da parte delle corti e del legislatore.[95] Al contrario, il *laissez-faire* in economia richiederebbe una disciplina antitrust che definisca positivamente la regolamentazione della concorrenza e la tutela della libertà contrattuale degli attori, come elemento di contrasto alla crescita del potere economico privato.[96] George Stigler, noto economista della Scuola di Chicago, sosteneva la necessità che il diritto della concorrenza garantisse il decentramento del potere di mercato, come conseguenza di una politica economica libertaria e conservatrice.[97] Frank Knight, il fondatore della Scuola di Chicago nonché una delle maggiori figure del liberalismo classico in economia, argomentò come fosse un errore confondere il concetto di libertà con una forma di concorrenza completamente libera e senza vincoli, ottenuta dall'assenza di limitazioni alla

[91] Anche nell'ambito del diritto antitrust infatti, un notevole condizionamento deriva dalla filosofia politica adottata dai decisori con riguardo al rapporto tra poteri pubblici e poteri privati e, in generale, tra Stato ed economia. Si veda sul punto, con riguardo alle influenze nella sfera del diritto antitrust, Fox, *cit.*, pp. 1156 – 1157.

[92] Si veda K. G. Elzinga, *The Goals of Antitrust: Other than Competition and Efficiency, What Else Counts?*, in 125 University of Pennsylvania Law Review 1191, 1977, pp. 1200 – 1202.

[93] Si veda ad esempio W. Adams, J. W. Brock, N. P. Obst, *Pareto Optimality and Antitrust Policy: The Old Chicago Policy and the New Learning*, *cit.* alla nota 65.

[94] Secondo Henry C. Simons, un noto economista sostenitore della Scuola di Chicago nella prima metà del XX Secolo, il potere economico privato «possess tremendous power for exploiting the community at large and even for sabotaging the system». Si veda H. C. Simons, *Economic Policy for a Free Society*, University of Chicago Press, 1948, p. 43.

[95] Così sempre in Simons, *cit.* alla nota precedente: «The representation of laissez-faire as a merely do-nothing policy is unfortunate and misleading».

[96] Simons, *cit.* alla nota 78.

[97] Per una panoramica sul pensiero degli economisti della Scuola di Chicago in materia di concorrenza si veda W. Adams, J. W. Brock, N. P. Obst, *cit.* alla nota 65, pp. 1 – 4. Si veda sul punto G. Stigler, *The Case Against Big Business*, Fortune, 1952, pp 164 – 166.

libertà contrattuale dei soggetti economici.[98] In una situazione di totale libertà infatti, la natura umana porta gli individui a combinarsi piuttosto che a competere: la strada, dunque, è quella dei monopoli e del potere economico sempre più concentrato, il quale non è meno pericoloso del potere pubblico. In un mercato in cui la concorrenza è regolata in senso negativo e l'intervento è minimo, la stessa libertà economica che si vuole tutelare si trasforma in libertà di utilizzare il potere di mercato senza interferenze o limitazioni, e la libertà di competere si trasforma in libertà di organizzarsi per eliminare la concorrenza.[99]

Ecco dunque che un intervento in materia antitrust volto a garantire la decentralizzazione e a limitare fermamente l'abuso della libertà contrattuale da parte dei soggetti economici più grandi si dimostra in sintonia con il *laissez-faire* come filosofia politica ed economica, che pone alla base la lotta a tutte le forme di potere che limitano la libertà degli individui.[100] Ciò, a ben vedere, senza sollevare questioni di coerenza circa l'interpretazione del principio della libertà di contrarre protetto dalla Costituzione. Da questo punto di vista, una prospettiva giuridica è stata offerta proponendo un approccio costituzionale al diritto antitrust[101], secondo cui lo Sherman Act rispecchierebbe i limiti posti dalla Costituzione alla regolamentazione pubblica, con riferimento però all'attività dei privati. Il diritto antitrust dovrebbe dunque occuparsi di tutelare la libertà economica impedendo comportamenti, da parte delle imprese, che abbiano effetti di regolazione del mercato, riproducendo *de facto* l'attività del regolatore pubblico e privando i soggetti regolati della propria libertà senza un giusto processo. Ciò si basa sull'idea secondo cui il potere privato può produrre gli stessi effetti nocivi alla libertà contrattuale del potere pubblico, e come quest'ultimo va dunque limitato. In tal senso, lo Sherman Act svolgerebbe, per i privati, lo stesso ruolo che la Costituzione svolge per i pubblici poteri.

5. Conclusione

Quest'ultima analisi apre la via ad alcune considerazioni finali sul ruolo che il diritto della concorrenza ricopre nell'impianto costituzionale statunitense. Ciò, come si è visto, dipende fortemente da come viene incorporata la libertà economica all'interno della disciplina antitrust. Una tutela diretta esclusivamente

[98] Si veda F. Knight, *The Ethics of Competition and Other Essays*, Harper & Brothers, 1935, p. 52: «No error is more egregious than that of confounding freedom with free competition, as is not infrequently done [...] Under freedom all that would stand in the way of a universal drift toward monopoly is the fortunate limitations of human nature».

[99] Così si espresse infatti l'autore: «Economic freedom means freedom to use economic power without political interference or restraint [...] Freedom to compete means freedom to organize to eliminate competition», *cit.*, p. 292. Secondo Knight dunque, è necessario un intervento che limiti la natura umana di tendere verso forme di collaborazione anticoncorrenziale.

[100] Così in H. C. Simons, *Economic Policy for a Free Society*, University of Chicago Press, 1948, p. 23: «No one may be trusted with much power – no leader, no faction, no party, no class, no majority, no government, no church, no corporation, no trade association, no labor union [...] no large organization of any kind».

[101] Si veda sul punto T. B. Nachbar, *The Antitrust Constitution*, 99 Iowa Law Review 57, 2013.

all'efficienza e alla libertà contrattuale nella sua accezione negativa, tuttavia, trova opposizione su diversi versanti, a partire dal testo dello Sherman Act, sino al linguaggio utilizzato per lungo tempo dal legislatore e dalla Corte Suprema per dare forma alla disciplina della concorrenza.[102] *Justice* Oliver Wendell Holmes sottolineò come il termine "concorrenza" non appaia mai nella prima o nella seconda sezione dello Sherman Act[103], né tantomeno appare il termine "efficienza". Il padre dello statuto, il Senatore John Sherman, definì la legge "*a bill of rights and a charter of liberties*"[104], e la Corte Suprema definì il diritto antitrust, e lo Sherman Act in particolare, niente di meno che la "Magna Carta della libera impresa", tanto importante per la tutela della libertà economica quanto lo è il *Bill of Rights* per la tutela dei diritti fondamentali. Soprattutto, la Corte Suprema ha più volte specificato che tale libertà economica avesse il compito di garantire a tutti gli imprenditori – "*no matter how small*" – la piena libertà di competere sul mercato.[105] Come si è visto, un diritto della concorrenza concepito come una fonte di tutela in senso positivo della libertà e dell'uguaglianza tra gli operatori del mercato non si pone necessariamente in contrasto con politiche economiche che si oppongono all'intervento dei poteri pubblici in economia. Indubbiamente tuttavia, esiste pur sempre la necessità, da parte dei decisori, di operare un continuo bilanciamento che non permetta, a un diritto della concorrenza così delineato, di giustificare intrusioni eccessive nella libertà contrattuale degli individui. Sotto questo punto di vista, anche in virtù dei rapidi cambiamenti che l'economia – ormai globalizzata – sta vivendo, si aprono sfide complesse e impreviste per la *rule of reason*[106]. Risulta comunque fondamentale, per non perdere la consapevolezza circa l'importanza ricoperta dal diritto della concorrenza per la tutela delle libertà economiche degli individui, tenere bene a mente a quale scopo esso fu concepito dai suoi padri alla fine del XIX Secolo e quali furono le sfide che il principio della libertà contrattuale pose di fronte alle corti nel corso della sua evoluzione.

[102] Si veda sul punto T. B. Nachbar, *The Antitrust Constitution*, 99 Iowa Law Review 57, 2013.

[103] «The act says nothing about competition. I stick to the exact words used. The words hit two classes of cases, and only two - contracts in restraint of trade and combinations or conspiracies in restraint of trade - and we have to consider that». *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 1904.

[104] Si veda 21 Cong. Rec. 2461, 1890.

[105] «Antitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms. And the freedom guaranteed each and every business, no matter how small, is the freedom to compete». *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 610, 1972.

[106] Per una panoramica dei problemi e delle sfide che pone la rule of reason nel contesto attuale, si veda M. E. Stucke, *Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?* University of California Davis Law Review, Vol. 42, No. 5, 2009.

Profili concorrenziali e regolatori alla luce del caso Avastin/Lucentis

di Sara Gorza

Abstract: ***Competitive and regulatory issues emerging from the Avastin/Lucentis case***
The present essay provides a vide overview of the issues at stake in the recent case Avastin/Lucentis. The paper starts from the Court reasoning and underlines the main aspects connected to the competition in the medicinal products market. The analysis describes the interactions between national and EU competition authorities. The attempt is to understand and anticipate the market and regulatory concerns that will be considered by the Consiglio di Stato.

Keywords: Healthcare; EU internal market; Competition; Competition authorities, Avastin, Lucentis

1. Introduzione

Lo scorso 23 gennaio 2018 è stata pubblicata la sentenza con cui la Corte di Giustizia europea (di seguito la "Corte"), nell'ambito del caso Avastin/Lucentis, si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali relative all'art. 101 TFUE[1] richieste dal Consiglio di Stato mediante l'ordinanza n. 966/2016, ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 TFUE[2].

[1] Art. 101 TFUE: «Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel [...] 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto. 3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: — a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, — a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e — a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

[2] Art. 267 TFUE: La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati

La decisione della Corte conclude l'*iter* procedimentale europeo che ha previsto lo scorso 3 maggio 2017 l'udienza, a cui sono seguite le conclusioni dell'Avvocato Generale depositate lo scorso 21 settembre.

Dal procedimento sono emersi interessanti profili che si analizzeranno di seguito, partendo dai quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale sino alla decisione della Corte con particolare riferimento agli aspetti concorrenziali nel contesto regolatorio del mercato farmaceutico, in considerazione di quanto previsto dalla normativa vigente e dalla più recente giurisprudenza nazionale e comunitaria. Tra questi, si intende commentare soprattutto l'intersezione tra i temi regolatori e quelli strettamente concorrenziali, che ha suscitato maggior interesse ed approfondimento da parte della Corte e su cui il Consiglio di Stato sarà chiamato ad esprimersi in ultima istanza.

1.1. Il caso giudiziario e il procedimento principale

Il primo atto che ha fatto scaturire il noto *iter* processuale, è stato il provvedimento n. 24823 ("il Provvedimento") con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito l'"Autorità") il 27 febbraio 2014 ha sanzionato i Gruppi Roche e Novartis per aver posto in essere una intesa orizzontale restrittiva della concorrenza volta ad ottenere una "*differenziazione artificiosa*" dei farmaci Avastin e Lucentis, reputati *"equivalenti"* dalla stessa Autorità, a tal fine «manipolando la percezione dei rischi dell'uso in ambito oftalmico di Avastin» attraverso la produzione e diffusione di informazioni miranti a condizionare le scelte dei medici.

Tale concertazione, secondo l'Autorità avrebbe avuto l'obiettivo di una illecita massimizzazione dei rispettivi introiti derivanti, nel caso del gruppo Novartis, dalle vendite dirette di Lucentis e dalla partecipazione del 33% detenuta in Roche; nel caso del gruppo Roche dalle *royalties* ottenute sulle stesse tramite la propria controllata Genentech – e con un'incidenza diretta sull'equilibrio della spesa sanitaria, sia in ambito pubblico che privato.

Sulla base di tali asserzioni, l'Autorità ha pertanto inflitto alle società coinvolte (Hoffmann-La Roche Ltd., Roche S.p.a., Novartis Ag e Novartis Farma S.p.a.) una sanzione amministrativa[3]. A fronte di ciò, le quattro società sanzionate hanno impugnato il provvedimento dell'Autorità dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, il quale, con la sentenza 2 dicembre 2014, n. 12168, ha respinto i ricorsi. Successivamente, al fine di ottenere la riforma della citata sentenza, le quattro società sanzionate hanno proposto appello al Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato ha disposto la riunione dei quattro appelli e ha

membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.

[3] L'autorità ha inflitto ad Hoffmann-La Roche Ltd. e Roche S.p.a. in solido, la sanzione di 90.593.369 euro, e a Novartis Ag e Novartis Farma S.p.a., in solido, 92.028.750 euro.

ritenuto di dover sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 comma 3, TFUE alcune questioni pregiudiziali di corretta interpretazione del diritto europeo.

Prima di analizzare i quesiti sottoposti alla Corte e commentare la sentenza è opportuno richiamare brevemente il contesto fattuale come rappresentato dal Consiglio di Stato[4], nell'ambito del quale si collocano le condotte censurate dall'Autorità.

Entrambi i farmaci oggetto del provvedimento dell'Autorità sono stati sviluppati dalla società Genentech Inc., soggetta al controllo esclusivo del gruppo Roche. Tali farmaci vennero sviluppati nell'ambito di un programma di ricerca avviato nel 1989 quando alcuni ricercatori di Genentech scoprirono una proteina prodotta dall'organismo umano (da essi denominata VEGF) responsabile della crescita e del funzionamento di normali vasi sanguigni, ma anche della formazione di vasi sanguigni anomali che contribuiscono alla crescita del tumore in alcune patologiche oncologiche. Successivamente, nel 1993 i ricercatori scoprirono un anticorpo in grado di inibire l'azione VEGF. Tale anticorpo anti-VEGF umanizzato fu inseguito denominato bevacizumab, che poi diventerà il principio attivo del farmaco Avastin.

Nell'ambito delle suddette ricerche, furono oggetto di esame anche altre patologie collegate all'azione del VEGF tra cui anche la degenerazione maculare senile (di seguito "AMD"). Tuttavia, i ricercatori non ritennero adatto il bevacizumab al trattamento di tale patologia sia per l'efficacia che per la sicurezza: sia per motivi legati alla somministrazione endovenosa - e per i conseguenti eventi avversi che la stessa avrebbe comportato - sia per l'emivita del farmaco stesso non adatto alla cura della maculopatia (immettendosi nella circolazione sanguigna e l'organismo impiega tre settimane per eliminarlo).

Per tali ragioni Genentech decise di sviluppare un farmaco anti-VEGF specifico per la cura della maculopatia, individuando, anziché un anticorpo completo, un frammento di anticorpo specifico anti-VEGF, in seguito noto come ranibizumab (che poi diventerà il principio attivo del farmaco Lucentis). Rispetto al bevacizumab, quest'ultimo viene eliminato dall'organismo in poche ore ed ha dimensioni assai più contenute che ne facilitano la penetrazione retinica e la capacità di legarsi al VEGF.

Lucentis è pertanto il solo farmaco anti-VEGF sviluppato dal gruppo Roche per uso oftalmico[5]. Successivamente Genentech affidò, mediante un accordo di licenza[6], Lucentis al gruppo Novartis, per la sua commercializzazione in via esclusiva in tutto il mondo al di fuori degli Stati Uniti. Negli Stati Uniti, invece, il gruppo Roche - attraverso la controllata Genentech – commercializzava, e commercializza tutt'ora, sia Avastin (per uso oncologico) che Lucentis (per uso oftalmico).

[4] Ordinanza del Consiglio di Stato n. 966/2016.

[5] Ordinanza del Consiglio di Stato n. 966/2016.

[6] Tale accordo è stato sottoscritto nel giugno 2003 e quindi, come riconosciuto dal giudice del rinvio (cfr. Ordinanza del Consiglio di Stato n. 966/2016, punti 14-15), in un momento in cui nessuno dei due farmaci era ancora stato immesso sul mercato e il possibile uso di bevacizumab intraoculare non era quindi neanche soltanto ipotizzabile.

Successivamente, i farmaci Avastin e Lucentis hanno ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio per il trattamento rispettivamente delle patologie tumorali (Avastin) e delle patologie oftalmiche (Lucentis) da parte delle competenti autorità[7]. La distanza di circa un paio d'anni correlata alle diverse tempistiche legate all'avvio delle rispettive attività di sviluppo, tra l'ingresso sul mercato di Avastin e quello di Lucentis ha permesso che, proprio in quel periodo, a seguito delle prime somministrazioni di Avastin per il trattamento della patologia oncologica, alcuni medici notarono che i pazienti affetti tanto dal tumore in questione quanto dall'AMD manifestavano effetti positivi anche con riferimento a tale ultima patologia. Avastin era a quel tempo l'unico farmaco anti-VEGF disponibile in commercio e, pertanto, alcuni medici ritennero opportuno modificare Avastin, intervenendo sulla sua formulazione e via di somministrazione, allestendo così un diverso farmaco a base di bevacizumab, da somministrare per via intraoculare ai pazienti affetti da AMD, nonostante Avastin non fosse autorizzato per tale indicazione terapeutica, né per tale modalità di somministrazione (c.d. utilizzo *off label* o fuori etichetta).

In tali circostanze, è quindi iniziato a diffondersi a livello mondiale l'utilizzo di bevacizumab in ambito oftalmico, che è proseguito anche dopo l'approvazione e l'entrata in commercio di Lucentis.

Alla luce della L. 648/1996, sino al 2014 la rimborsabilità di un uso *off label* era subordinata all'assenza di una valida alternativa terapeutica autorizzata, nonché all'ammissione di tale utilizzo all'interno di un'apposita lista predisposta e aggiornata dall'Agenzia Italiana del Farmaco ("AIFA"), la c.d. Lista 648[8].

Pertanto, in assenza di una terapia autorizzata per la AMD ed a seguito del diffondersi dell'utilizzo di bevacizumab, l'AIFA, nel maggio 2007, lo aveva inserito nella Lista 648 con riferimento al trattamento delle maculopatie essudative e del glaucoma neovascolare. Successivamente, a seguito dell'approvazione di medicinali indicati per il trattamento di tali patologie, *in primis* Lucentis, AIFA aveva progressivamente escluso la rimborsabilità di bevacizumab per le patologie per le quali era disponibile una terapia approvata[9].

Da ultimo, il 18 ottobre 2012 l'AIFA ha poi sancito la completa esclusione di Avastin dal regime di rimborsabilità ex Lista 648, richiamando a tal fine le modifiche e integrazioni del riassunto delle caratteristiche del prodotto (RCP), approvate il 30 agosto 2012 dall'*European Medicines Agency* ("EMA") sulla base di valutazioni di sicurezza originate da studi clinici e dalle segnalazioni di eventi avversi riportati da Roche, come da obblighi normativi di farmacovigilanza,

[7] In Italia il 26 settembre 2005 l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) ha classificato e rimborsato il farmaco Avastin per il trattamento del tumore al colon retto inserendolo in classe H; Lucentis ha invece ottenuto da AIFA l'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) inizialmente inserito in classe C e, il 4 dicembre 2008, in classe H.

[8] Art. 1, comma 4, della legge 23 dicembre 1996, n. 648.

[9] Prima a seguito dell'approvazione e ammissione alla rimborsabilità da parte di AIFA dei farmaci Lucentis e Macugen, autorizzati per il trattamento della degenerazione maculare correlata all'età (AMD) (fine del 2008), e poi di quella di Ozudex, autorizzato per il trattamento dell'occlusione venosa retinica (RVO) (luglio 2011).

applicabili anche agli utilizzi non approvati di un medicinale[10]. Dopo la decisione di AIFA, la società scientifica degli oculisti e l'associazione dei *day hospital* privati hanno sottoposto all'Autorità le due segnalazioni da cui è scaturita l'indagine ed il Provvedimento, in base al quale Roche e Novartis, anche attraverso le rispettive controllate in Italia, avrebbero posto in essere una presunta intesa contraria all'art. 101 TFUE, determinando, quindi, una restrizione della concorrenza per oggetto. Sempre secondo l'Autorità, le condotte illecite avrebbero avuto inizio quantomeno dal mese di giugno 2011, quando Roche, nell'ambito del presunto piano concertato con Novartis ai fini di differenziare due prodotti asseritamente equivalenti come Lucentis e bevacizumab intraoculare, aveva avviato formalmente la procedura dinanzi all'EMA per ottenere la modifica del RCP di Avastin.

L'Autorità ha inoltre evidenziato che, anche a causa della protratta presenza nella Lista 648 per vari usi oftalmici, bevacizumab era diventato il principale farmaco anti-VEFG utilizzato per la cura delle maculopatie essudative e del glaucoma neovascolare in termini di pazienti trattati, rappresentando quindi il principale concorrente di Lucentis[11].

In questo contesto, Novartis si sarebbe posta il problema di come tutelare la propria quota di mercato del prodotto, e lo avrebbe fatto coinvolgendo direttamente la licenziante del proprio farmaco, cioè Genentech e, in particolare, la sua controllante Roche, titolare del farmaco presunto concorrente. Relativamente a questo aspetto, vale la pena ribadire quanto già brevemente anticipato, e in particolare che il c.d. "Avastin *off label*" è in realtà un diverso prodotto, utilizzato per finalità intraoculari e fabbricato dalle farmacie a partire da Avastin, per il quale Roche ha ottenuto l'Autorizzazione all'Immissione in Commercio ("AIC") per le indicazioni oncologiche. Questa circostanza, come si vedrà, non è di secondaria importanza nella misura in cui, sia sotto il profilo della domanda che dell'offerta, il medicinale non venga offerto né prescritto nel rispetto del quadro regolatorio di riferimento, con inevitabili conseguenze sulla definizione del mercato rilevante.

1.2. Il rinvio pregiudiziale ed il procedimento europeo

Con sentenza n. 12168/2014 il TAR Lazio ha respinto il ricorso contro il Provvedimento presentato dalle imprese sanzionate.

A seguito dell'appello, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte cinque quesiti pregiudiziali che si possono riassumere come segue: (i) se possono essere considerate concorrenti le parti di un accordo di licenza nel caso in cui l'impresa licenziataria opera nel mercato rilevante solo grazie all'accordo stesso e, nel caso in cui la risposta sia negativa, quali conseguenze discenderebbero nell'ambito dell'applicabilità dell'art. 101 TFUE; (ii) come debba essere definito il mercato rilevante di un farmaco: in particolare se il mercato rilevante possa essere definito in maniera autonoma rispetto al contenuto dell'AIC e quindi se possano essere considerati sostituibili un farmaco dotato di AIC per determinate indicazioni

[10] Cfr. art. 16 par. 3 Regolamento 726/2004/CE come modificato dal Regolamento n. 1235/2010 e s.m.i.

[11] Ordinanza del Consiglio di Stato n. 966/2016, punto 18.

terapeutiche e un farmaco utilizzato *off label* per le medesime patologie, e in ultima analisi se ai fini della definizione del mercato rilevante sia necessaria non soltanto la sostanziale fungibilità fra i farmaci ma anche la circostanza che la prescrizione, cioè l'offerta e la domanda degli stessi sul mercato si siano generate nel rispetto del relativo quadro regolamentare; (iii) se possa essere considerata un'intesa per oggetto una condotta consistente nell'enfatizzare la minore sicurezza di un farmaco usato *off label* quando, pur non essendo suffragata da acquisizioni scientifiche risolutive, la minor sicurezza dello stesso alla luce dello stadio delle conoscenze scientifiche disponibili non possa escludersi.

Successivamente la Corte, in vista dell'udienza, ha invitato le parti a rispondere ad alcuni quesiti più specifici[12] ed in particolare ad approfondire quali criteri devono applicare le autorità competenti in materia di concorrenza, ai fini della valutazione della conformità al quadro regolamentare della fabbricazione, della commercializzazione e della prescrizione *off label* di due farmaci, per determinare se essi siano sostituibili. Più nello specifico la Corte ha richiesto di approfondire (i) se sia sufficiente qualunque possibilità di fabbricare, commercializzare e prescrivere legalmente il medicinale *off label* nel mercato geografico rilevante perché detta conformità sia astrattamente presunta, (ii) se le autorità devono accertare in concreto se i medicinali utilizzati *off label* siano stati fabbricati, commercializzati e prescritti legalmente ed in caso di risposta affermativa, di quali mezzi dispongono dette autorità per procedere a tale valutazione e (iii) il fatto che il medicinale utilizzato *off label* sia rimborsato dal sistema sanitario nazionale consenta alle autorità di presumere che detto medicinale sia fabbricato, commercializzato e prescritto legalmente.

Inoltre, la Corte ha chiesto alle parti di rispondere oralmente in udienza su quali siano i criteri o le condizioni che consentono di determinare se un'intesa tra imprese che consiste nel denigrare un prodotto del gruppo cui una di tali imprese appartiene, al fine di aumentare le vendite di un altro prodotto del medesimo gruppo, abbia per oggetto di restringere la concorrenza. Ed, in particolare, (i) se le informazioni comunicate da dette imprese a terzi devono essere inesatte o fuorvianti, (ii) se tali imprese devono essere consapevoli del carattere inesatto o fuorviante di dette informazioni, (iii) che importanza si deve attribuire al fatto che gli effetti potenziali sul mercato derivanti dall'intesa dipendono dalla reazione di detti terzi alle informazioni che sono loro comunicate e (iv) se tale circostanza osti a che detta intesa sia qualificata come una restrizione della concorrenza per oggetto.

Durante l'udienza dello scorso 3 maggio 2017 le parti sono state pertanto chiamate e rispondere a quesiti che si potevano reputare già di per sé indicativi delle tematiche reputate dalla Corte di maggior rilievo ai fini della definizione del caso. A tal proposito, anche al fine di agevolare la lettura dei complessi aspetti normativi e regolatori che caratterizzano il caso in questione, si intende commentare i contenuti più attuali, che riflettono i temi dei quesiti pregiudiziali discussi dinnanzi alla Corte e che saranno oggetto di valutazione anche da parte del giudice nazionale, in due macro categorie: (i) l'AIC e il mercato rilevante e (ii)

[12] C-179/16 - F. Hoffmann-La Roche e a. del 9 marzo 2017.

la natura delle informazioni nell'ambito della restrizione della concorrenza per oggetto. Sebbene verranno commentate entrambe le tematiche menzionate trattandosi tuttora di punti aperti oggetto di discussione, un maggior approfondimento sarà dedicato al rapporto tra il diritto della concorrenza e gli aspetti regolatori che caratterizzano il mercato farmaceutico.

2. L'AIC e il mercato rilevante (punti 48-67 della sentenza della Corte)

2.1. La normativa comunitaria

Come è noto e come puntualizzato anche dalla Commissione Europea nel suo documento in materia di utilizzo dei medicinali *off label*[13], la normativa europea non disciplina specificamente condizioni e modalità con cui l'operatore sanitario può prescrivere un medicinale non autorizzato, trattandosi di una regolamentazione rimessa ai singoli stati nazionali.

Tuttavia, le direttive e i regolamenti europei chiariscono diffusamente l'iter di approvazione dei farmaci e le eccezioni rispetto all'obbligo di AIC.

In particolare, secondo quanto previsto dal considerando 2 della Direttiva 2001/83/CE ("Direttiva"), «lo scopo principale delle norme relative alla produzione, alla distribuzione e all'uso di medicinali deve essere quello di assicurare la tutela della sanità pubblica". L'art. 3 dispone: "La presente direttiva non si applica: 1) ai medicinali preparati in farmacia in base ad una prescrizione medica destinata ad un determinato paziente (detti formula magistrale); 2) ai medicinali preparati in farmacia in base alle indicazioni di una farmacopea e destinat[i] ad essere fornit[i] direttamente ai pazienti che si servono in tale farmacia (detti formula officinale)».

Inoltre, l'art. 6.1, 1 c. dispone che: «Nessun medicinale può essere immesso in commercio in uno Stato membro senza un'autorizzazione all'immissione in commercio delle autorità competenti di detto Stato membro, rilasciata a norma della presente direttiva oppure senza un'autorizzazione concessa a norma del combinato disposto del regolamento (CE) n. 726/2004». Allo stesso modo, ogni modificazione del prodotto, comprese ogni ulteriore presentazione, nonché le variazioni ed estensioni[14], richiede l'ottenimento di una AIC (art. 6.2.). Del resto, la stessa Corte ha più volte sottolineato che il previo ottenimento dell'AIC ex art. 6.1 della Direttiva è volto a «raggiungere gli obiettivi […] di eliminazione degli ostacoli agli scambi di medicinali tra gli Stati membri e […] tutela della salute»[15].

[13] *Study on off label use of medicinal products in the European Union*, *European Union 2017*.

[14] Inoltre, l'art. 40.1 e 2 della Direttiva precisa: "1. *Gli Stati membri prendono tutte le opportune disposizioni affinché la fabbricazione dei medicinali sul loro territorio sia subordinata al possesso di un'autorizzazione*". Tale autorizzazione "*è richiesta sia per la fabbricazione totale o parziale sia per le operazioni di divisione, di confezionamento o di presentazione*".

[15] Sentenze C-544/13 C-545/13, caso *Abcur/Apoteket*, punto 47; C-185/10, caso *Commissione/Polonia*, punto 27 e C 84/06, caso Antroposana e a., punto 36. Anche l'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, nelle Conclusioni (par. 19) sul caso Commissione/Polonia precisa: "*[L'AIC] permette un accesso al mercato a condizioni economicamente accettabili e non discriminatorie, garantendo […] la tutela della salute attraverso un esame minuzioso e uniforme delle proprietà farmaceutiche e medicinali del prodotto di cui trattasi*".

Coerentemente con i suddetti principi, ai sensi dell'art. 87.1 della Direttiva, è pertanto vietata «qualsiasi pubblicità di un medicinale per cui non sia stata rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio».

Il Regolamento 2004/726/CE ("Regolamento") ha poi istituito una procedura centralizzata per l'ottenimento dell'AIC, valida a livello europeo e prevista per determinate categorie di farmaci, tra i quali quelli di origine biotecnologica, per i quali la competenza esclusiva a rilasciare l'AIC spetta all'EMA. Secondo il considerando 13 del Regolamento «nell'interesse della salute pubblica, le decisioni di autorizzazione nell'ambito della procedura centralizzata dovrebbero essere prese in base ai criteri scientifici oggettivi della qualità, sicurezza ed efficacia del medicinale interessato, escludendo considerazioni economiche o d'altro tipo»[16]. Infine, anche l'art. 3 del Regolamento stabilisce: «1. Nessun medicinale contemplato nell'allegato può essere immesso in commercio nella Comunità senza un'autorizzazione».

Secondo la normativa europea, è tuttavia possibile derogare all'obbligo generale di ottenimento dell'AIC solo in via subordinata ed esclusivamente in casi del tutto eccezionali, al fine di preservare l'effetto utile della procedura di AIC stessa[17]. A tal riguardo, l'art. 3.1 della Direttiva 2001/83 stabilisce che essa non si applichi «ai medicinali preparati in farmacia in base ad una preparazione medica destinata ad un determinato paziente (formula magistrale), mentre il successivo art. 5.1 prevede che: "uno Stato membro può, conformemente alla legislazione in vigore e per rispondere ad esigenze speciali, escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva i medicinali forniti per rispondere ad un'ordinazione leale e non sollecitata, elaborati conformemente alle prescrizioni di un operatore sanitario autorizzato e destinati ad un determinato paziente sotto la sua personale e diretta responsabilità», dovendosi considerare tali condizioni necessariamente cumulative. Occorre peraltro ricordare che le disposizioni che rappresentano una deroga ad un principio generale devono, secondo costante giurisprudenza europea, essere interpretate restrittivamente[18]. Del resto, un'interpretazione diversa sarebbe in contrasto con lo scopo primario di tutela della salute perseguito dalla normativa europea[19] e confermato appunto dalla giurisprudenza comunitaria[20]. In questa prospettiva, fondata sulla priorità del diritto alla salute, la giurisprudenza comunitaria è altresì chiara nello specificare che «le considerazioni finanziarie non possono, di per sé, condurre a riconoscere l'esistenza di siffatte esigenze speciali idonee a giustificare l'applicazione della deroga»[21].

[16] Similmente cfr. Considerando 14.

[17] Sentenze C-535/11, caso *Novartis/Apozyt*, punto 46; C-143/06, *Ludwigs-Apotheke*, punti 33 e 35; C-185/10, caso *Commissione/Polonia*, punto 31 e 32.

[18] Sentenze C-3/09, caso *Erotic Center*, punto 15; C-83/99, caso *Commissione/Spagna*, punto 19; C-92/96, caso *Commissione/Spagna*, punto 31; C-216/97, caso *Gregg*, punto 12; C-2/95, caso *SDC*, punto 20 e C-348/87, caso *Stichting Uitvoering Financiële Acties*, punto 13.

[19] Considerando 2 della Direttiva 2001/83.

[20] Sentenze C-185/10, caso *Commissione / Polonia*, punti 29 e 36; C-535/11, caso *Novartis/Apozyt*, punto 46; nonché C-544/13 C-545/13, caso *Abcur/Apoteket*, punto 56.

[21] Sentenza C-185/10, caso *Commissione / Polonia*.

L'AIC, strumento di tutela *ex ante* dei pazienti e della classe medica, costituisce quindi il presupposto indispensabile per la commercializzazione e per la promozione del medicinale, essendo essa rilasciata a seguito di un'approfondita valutazione preventiva del rapporto rischio/beneficio inerente alle indicazioni terapeutiche per le quali sia richiesta l'autorizzazione, sulla base dei dati derivanti dalle sperimentazioni cliniche[22] e confluiti nel dossier registrativo, nel rispetto del generale principio di precauzione. La concessione dell'AIC, infatti, è la sola a garantire 1) la qualità (componenti chimici e naturali del farmaco e sue modalità di produzione); 2) la sicurezza (non nocività della molecola), e 3) l'efficacia (risultati in termini terapeutici).

Per i medicinali biotecnologici come Lucentis e Avastin l'assetto regolatorio rimette esclusivamente ad EMA - oltre alle autorità regolatorie nazionali, per quanto di propria competenza in materia di classificazione e di prezzi - la competenza di decidere se un farmaco può essere commercializzato, definendo così il perimetro del mercato senza poter essere sostituito o surrogato da terzi soggetti, privati o pubblici[23]. Per dirla in altri termini, la domanda di approvazione costituisce un momento cruciale della vita del medicinale, con il quale l'impresa richiedente, nell'esercizio della sua piena libertà d'impresa, stabilisce il presupposto essenziale per entrare attivamente in un determinato mercato, operando così in modo effettivamente concorrenziale nei confronti delle imprese eventualmente già presenti e assumendosi consapevolmente tutte le conseguenti responsabilità. L'autorizzazione rappresenta, al contempo, traguardo e blocco di partenza per la tutela dei diritti dei soggetti responsabili della produzione e per i consumatori-pazienti[24].

Per tali ragioni, il contenuto delle AIC assume un ruolo centrale ai fini della definizione dei mercati rilevanti nell'ambito del settore farmaceutico, come peraltro più volte confermato sia della Commissione europea che dell'Autorità. Più precisamente, secondo un trentennale e consolidato orientamento di entrambi tali autorità, il criterio invariabilmente seguito per la definizione del mercato rilevante nel settore farmaceutico consiste nel fare riferimento alle classi terapeutiche quali risultano dal sistema di classificazione dei farmaci, denominato *Anatomical Therapeutic Classification* (ATC), del *Nordic Council on Medicines* di Uppsala, adottato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. In particolare, ad avere il maggiore impiego – e a rappresentare in ogni caso il punto di partenza – per la definizione del mercato del prodotto rilevante è il terzo livello di tale classificazione che identifica, sulla base del contenuto delle AIC dei diversi farmaci, classi di medicinali aventi le stesse proprietà terapeutiche, ossia dotati di AIC per

[22] È funzionale alla verifica dei suddetti requisiti tutta la fase di sviluppo del medicinale, che esige l'attuazione di studi clinici specificamente mirati alla finalità registrativa, e quindi condotti e monitorati secondo i requisiti che le *Good Clinical Practices* dettano a questo fine (c.d. "studi registrativi") che seguono apposite sperimentazioni cliniche, a fronte delle quali l'autorità regolatoria rilascia l'AIC (art. 6 Regolamento 2004/726).

[23] Cfr. Considerando 13 e 14 e artt. 2 e 8 del Regolamento 726/04.

[24] F. Massimino, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizioni dei farmaci off label*, in *Danno e responsabilità*, 2010; G. Guerra, *La commercializzazione dei farmaci a confronto con gli usi off label: il difficile bilanciamento tra tutela della salute e concorrenza*, Salute e Diritto, 2014.

la cura delle medesime patologie, e quindi sostituibili tra loro per il trattamento delle stesse, e in cui quindi non figurano per definizione farmaci non autorizzati per tali indicazioni terapeutiche[25].

Con riferimento al caso di specie, bevacizumab intraoculare non è dotato di AIC e non rientra in alcuna delle classi ATC[26].

2.2. La normativa italiana: tra AIC, off label e rimborsabilità

La normativa nazionale in materia di medicinali stabilisce in modo inequivocabile la regola generale secondo cui il medico è tenuto a prescrivere il medicinale autorizzato, circoscrivendo nel contempo il ricorso alla prescrizione di medicinali o indicazioni non autorizzati[27]. In particolare, a livello nazionale la disciplina sui farmaci è contenuta nel Decreto Legislativo 24 aprile 2006 n. 219 (c.d. "Codice dei Medicinali") il cui art. 6 prevede che "*Nessun medicinale può essere immesso in commercio sul territorio nazionale senza aver ottenuto un'autorizzazione*" di AIFA o EMA[28].

Anche la Legge 94/98 (cd. "Legge Di Bella") richiama il principio generale in base al quale la prescrizione dei farmaci debba avvenire sulla base dell'AIC[29] ma prevede contestualmente, in via di eccezione, la possibilità della prescrizione c.d. fuori indicazione o *off label*, ascrivendo al medico la facoltà di prescrivere un medicinale anche per un'indicazione non approvata in presenza di determinate condizioni.

In particolare, secondo l'art. 3 comma 1 «in singoli casi il medico può, sotto la propria e diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, impiegare il medicinale prodotto industrialmente per un'indicazione o via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata … qualora il medico stesso ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale».

E' chiaro quindi che una determinata scelta terapeutica del medico, nel caso in cui si discosti dalla preventiva autorizzazione regolatoria (AIC), non può

[25] Cfr., *ex plurimis*, *Indagine conoscitiva nel settore farmaceutico*, provvedimento Autorità, 6 novembre 1997, n. 5486, procedimento IC14, pubblicato nel Bollettino n. 9/98, pag. 9-11.

[26] Avastin (bevacizumab) possiede AIC per le sole cure oncologiche e rientra quindi nella Classe ATC L01XC07.

[27] Sulla disciplina del farmaco in Italia: G. F. Ferrari, F. Massimino, *Diritto del farmaco. Medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, 2015.

[28] Autorizzazione richiesta anche per "*ogni ulteriore dosaggio, forma farmaceutica, via di somministrazione e presentazione, nonché le variazioni ed estensioni*".

[29] Legge 94/98, art. 3. comma 1. "*Fatto salvo il disposto dei commi 2 e 3, il medico, nel prescrivere una specialità medicinale o altro medicinale prodotto industrialmente, si attiene alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata dal Ministero della Sanità*".

costituire una prassi generalizzata ma può rappresentare un'opzione da attuare esclusivamente «in singoli casi» previa acquisizione del consenso informato [30].

La Legge Finanziaria del 2007[31] ha poi confermato e chiarito il principio di eccezionalità e necessaria personalizzazione della cura ed il carattere di ontologica straordinarietà dell'utilizzo del medicinale fuori indicazione già contenuto nella Legge Di Bella; è stato previsto che applicazioni farmacologiche con modalità o indicazioni diverse da quelle autorizzate a carico del Sistema Sanitario Nazionale ("SSN") siano consentite solo nell'ambito di sperimentazioni cliniche, vietandole invece nelle strutture sanitarie pubbliche quando assumano carattere diffuso e sistematico e si configurino come alternativa terapeutica per pazienti affetti da patologie per le quali risultino autorizzati farmaci "ad hoc" ai sensi del rispettivo RCP[32].

È poi successivamente intervenuta la Legge Finanziaria del 2008[33] che ha introdotto una ulteriore restrizione per il medico curante il quale, per il trattamento di una determinata patologia, non può in nessun caso prescrivere un farmaco di cui non sia autorizzato il commercio qualora non siano disponibili dati favorevoli di sperimentazione di fase seconda che attestino che il farmaco sia sicuro ed efficace.

Quanto precede dimostra la presenza di un definito e specifico impianto normativo nazionale in materia di prescrizione di farmaci non autorizzati, dal quale emerge chiaramente che non è ammessa la prescrizione di massa e generalizzata di farmaci o di indicazioni privi di AIC, e che l'impresa è tenuta a mantenere una posizione di sostanziale neutralità rispetto alle scelte terapeutiche adottate in scienza e coscienza dal medico[34]. In questo contesto, infatti, l'azienda farmaceutica deve limitarsi a prendere atto delle valutazioni indipendenti delle autorità regolatorie e delle conseguenti scelte prescrittive effettuate dai clinici, fatti salvi gli adempimenti relativi a specifici obblighi di farmacovigilanza. Infatti, come si è già anticipato, in base alla normativa vigente ed al principio di precauzione che ne costituisce il presupposto teorico, in capo al titolare dell'AIC sussistono specifici

[30] L'eccezionalità di una tale terapia è stata confermata in giurisprudenza dalla sentenza della Corte di Giustizia di Giustizia UE – caso *Novartis/Apozyt* dell'11 aprile 2013 (C-535/1); dalla sentenza Corte Regionale di Amburgo, sentenza del 14 gennaio 2014, 416 HKO 78/11; per analogia cfr. recente sentenza della Corte Costituzionale, 274/2014, resa nel caso Stamina. In tal senso, si veda anche F. Massimino, *La prescrizione dei farmaci off label: adempimenti, obblighi e responsabilità del medico*, in Danno e resp., 2003.

[31] Legge 296 del 27 dicembre 2006.

[32] Legge 296/2006, art. 1 comma 796, lett. Z.

[33] Legge 24 dicembre 2007 n. 244.

[34] La giurisprudenza di legittimità ha sempre ribadito con chiarezza che il medico deve perseguire l'esclusiva finalità della cura del malato, senza lasciarsi condizionare da esigenze di natura diversa: cfr. Cass. pen., sent. n. 8254/2010 e n. 35922/2012. In tal senso, cfr. F. Massimino, *La responsabilità' nella prescrizione dei farmaci tra scienza, coscienza e condizionamenti normativi*, in *Danno e resp.*, 2013; L. Benci, *La prescrizione e la somministrazione dei farmaci: responsabilità giuridica e deontologica*, Milano, 2007; C. Caravita, Sui farmaci *off label*, in Ragiusan, 2008, p. 287; M. Zana, *Ai limiti della responsabilità medica: l'uso off label dei farmaci*, in *Liber amicorum, per Francesco Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008; G. Iadecola, *Prescrizione di farmaci off label e responsabilità penale del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 9; A. Querci, *Farmaci off label e nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Rass. dir. farm.*, 2009.

obblighi di farmacovigilanza anche in caso di utilizzo non approvato di un medicinale[35]: registrare in modo dettagliato tutte le sospette reazioni avverse da medicinali, quand'anche riferito ad un suo utilizzo *off label*, osservate in Italia, nell'Unione Europea o in un Paese terzo e notificare con la massima urgenza, e comunque entro quindici giorni da quando ne ha avuto notizia, qualunque sospetta reazione avversa grave da medicinali verificatasi in Italia di cui sia venuto a conoscenza[36]. Questi rappresentano pertanto i limiti - che esulano dal concetto di "pubblicità dei medicinali"[37] - entro i quali l'impresa può e deve agire anche con riferimento ad un farmaco od un'indicazione priva di AIC autolimitandosi in modo da evitare che il proprio comportamento possa essere equivocato quale promozione di un farmaco *off label*[38].

Anche questo - come si chiarirà meglio in seguito - rappresenta un elemento normativo rilevante ai fini di una appropriata valutazione del caso di specie con particolare riferimento all'aspetto delle informazioni trasmesse alle autorità regolatorie nel rispetto dei predetti obblighi.

Con riferimento invece al diverso profilo della rimborsabilità di un farmaco *off label*, in Italia all'epoca dei fatti la rimborsabilità di farmaci o di indicazioni non autorizzate era condizionata all'assenza di una valida alternativa terapeutica approvata.

La Legge n. 648/96 offriva infatti una possibilità di rimborso da parte del SSN per i farmaci *off label*, qualora non esistesse una valida alternativa terapeutica, stabilendo che, a tal fine, la Commissione Unica del Farmaco ("CUF") prima ed AIFA poi potesse elaborare un apposito elenco dei farmaci ammessi a tale rimborso eccezionale, che danno luogo alla c.d. Lista 648[39].

[35]Art. 34 del Codice dei Medicinali e soprattutto art. 3 del Regolamento 726/2004/CE, come emendato dal Regolamento n. 1235/2010 e s.m.i..

[36] Ed ancora, è fatto obbligo al titolare dell'AIC, ed in particolare del suo Responsabile di Farmacovigilanza, di provvedere a che tutte le sospette reazioni avverse gravi ed inattese e la presunta trasmissione di agenti infettanti attraverso un medicinale verificatesi nel territorio di un Paese terzo e segnalate da personale sanitario, siano con la massima urgenza e comunque entro quindici giorni solari da quando ne ha avuto notizia, notificate all'AIFA secondo le modalità previste dalle linee direttrici elaborate dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 106, paragrafo 1, della direttiva 2001/83/CE.

[37] Art. 113 del Codice dei Medicinali.

[38] Diverse aziende farmaceutiche sono state sanzionate per la promozione e commercializzazione di farmaci *off label*: dal maggio 2004, Pfizer, Eli Lilly & Co., Bristol-Myers Squibb Co. ed altre imprese farmaceutiche sono state condannate a pagare un totale di 7 miliardi di dollari in multe; nel settembre 2007 Bristol-Myers Squibb un totale di 515 milioni di dollari; nel gennaio 2009 Lilly un totale di 1,42 miliardi di dollari. Ed ancora Johnson & Johnson, una multa pari a 1,2 miliardi dollari. I predetti limiti sono talmente stringenti da avere indotto la Corte di Giustizia a ritenere che un messaggio avente ad oggetto un farmaco non autorizzato sia da considerare pubblicità vietata anche se proveniente da un terzo indipendente ed al di fuori di un'attività commerciale o industriale (Corte di Giustizia, Causa C-421/207 – caso *Damgaard*).

[39] Il Provvedimento CUF del 17.01.1997 ha indicato i criteri ed i requisiti per l'inserimento dei farmaci nell'elenco, stabilendo che i soggetti legittimati ad attuare la proposta ed a presentare la documentazione necessaria per consentire l'ammissione del medicinale alla rimborsabilità individuandoli nella stessa Commissione, nelle associazioni dei pazienti, nelle società scientifiche e negli organismi sanitari pubblici e/o privati, con conseguente esclusione di qualsiasi ruolo attivo da parte delle imprese farmaceutiche.

Successivamente al Provvedimento dell'Autorità, a seguito del clamore mediatico suscitato, è sopravvenuta la nuova disciplina legislativa costituita dalla c.d. Legge Lorenzin - Legge 16 maggio 2014, n. 79 (conversione D.L. 36/2014 c.d. Decreto Lorenzin) che - integrando la disciplina di rimborsabilità dei farmaci *off label*, ossia la Legge 648/1996 - ha previsto la possibilità di inserimento nella Lista 648, previa valutazione di AIFA, di medicinali utilizzabili per una indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, ovvero i medicinali *off label*, anche in caso vi sia una alternativa terapeutica già autorizzata, purché tale indicazione sia nota e conforme a ricerche condotte nell'ambito della comunità medico-scientifica, nazionale e internazionale, secondo parametri di economicità e appropriatezza[40]. Questo comporta che la rimborsabilità di un medicinale non autorizzato non implica alcun ampliamento delle facoltà del medico nella sua prescrizione, che deve comunque rimanere un'opzione eccezionale, sempre correlata alle specifiche condizioni cliniche del paziente, non altrimenti soddisfabili[41].

A questo proposito, è altresì opportuno ricordare che, in applicazione della Legge Lorenzin, AIFA ha pubblicato la Determina n. 622 del 23 giugno 2014 ("Determina n. 622/2014") inserendo nella Lista 648 l'indicazione terapeutica "*degenerazione maculare correlata all'età* (AMD)" di bevacizumab intravitreale. L'AIFA, con la suddetta Determina n. 622/2014, ha tuttavia sancito condizioni inderogabili per l'erogazione del bevacizumab intravitreale, circoscrivendo inizialmente la possibilità di somministrazione soltanto agli ospedali pubblici identificati dalle Regioni, per poi estenderla anche a quelli privati con determina del 30 gennaio 2015. La stessa Determina n. 622/2014 aveva inoltre circoscritto l'allestimento delle formulazioni magistrali a base di bevacizumab alle sole "*farmacie ospedaliere, in possesso dei necessari requisiti, nel rispetto delle norme di buona preparazione*", ma successivamente la Determina dell'AIFA del 28 aprile 2017 ha esteso questa possibilità anche alle farmacie che operano sul territorio, al di fuori degli ospedali. In particolare, la decisione di AIFA di affidare inizialmente l'allestimento del medicinale alle sole farmacie ospedaliere, e non alle farmacie private, era stata presa sulla base di evidenze raccolte - su mandato del Ministero della Salute - dal Consiglio Superiore di Sanità, dopo specifica istruttoria, in contraddittorio con gli operatori del settore e sentita anche la stessa AIFA[42], e deve comunque essere considerata ed applicata in combinato con la somministrazione «in ambiente di utilizzo specifico» e con la necessità di

[40] Si vedano in proposito le osservazioni critiche espresse, tra gli altri, da Comandè-Nocco, "*Hard cases make bad law*". O no? L'Antitrust, il caso Avastin-Lucentis ed i farmaci *off label*, in Rivista Italiana di Medicina Legale, 2014, 3, 779.

[41] Cfr. F. Massimino, *La prescrizione dei farmaci off label: adempimenti, obblighi e responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2003; per ulteriori approfondimenti si veda anche: F. Massimino, *Profili giuridici dell'accesso dei pazienti ai medicinali non autorizzati e problematiche applicative della Legge Balduzzi*, in *Sanità pubblica e privata*, 2017.

[42] Cfr. audizioni tenutesi "nella seduta straordinaria *della Sezione V del 14 aprile 2014*" di AIFA, di SOI (Società Oftalmologica Italiana), di SIR (Società Italiana della Retina) e di SIFO (Società Italiana di Farmacia Ospedaliera).

«attivazione di strumenti di monitoraggio»[43]. In particolare, dalle risultanze istruttorie era emerso che solo le farmacie ospedaliere possono garantire la "sterilità" del prodotto farmaceutico e che il relativo "*confezionamento certificato*", da parte delle predette farmacie, unitamente alla somministrazione "*nei centri ospedalieri di alta specializzazione individuati dalle Regioni*" era ritenuto l'unico modo per garantire la tutela dei pazienti e degli stessi medici preposti alla somministrazione del bevacizumab, medicinale non sviluppato, né autorizzato per la cura della maculopatia essudativa; solo in un secondo momento, come anticipato, la Determina di AIFA del 28 aprile 2017 ha consentito l'attività di allestimento anche alle farmacie private.

I requisiti per l'allestimento di bevacizumab intraoculare confermano che l'attività di preparazione del medicinale deve avvenire nel rispetto di specifici requisiti, così come indicati dall'AIFA e dalla normativa di riferimento e, più precisamente, da quanto previsto per le formulazioni magistrali. Infatti, nel caso di specie non si è in presenza di un medicinale che viene meramente prescritto e somministrato al di fuori delle indicazioni approvate nei limiti previsti dalla normativa vigente in tema di *off label*, ma di un medicinale non autorizzato derivato dalla manipolazione e trasformazione del farmaco originario. In particolare, AIFA condiziona la rimborsabilità di bevacizumab intraoculare al fatto che sia allestito come una formulazione magistrale che, in quanto tale, per poter essere legittima, deve rispettare determinati requisiti normativi. Più precisamente, in base alla normativa nazionale vigente[44] e come confermato dalla giurisprudenza europea, l'allestimento di una preparazione magistrale deve necessariamente avvenire in un momento successivo ad una "*specifica prescrizione personalizzata*", rivolta ad un «un paziente specificamente designato identificato prima di ogni singola preparazione del medicinale di cui trattasi, preparazione che deve essere realizzata specificamente per il paziente medesimo (la preparazione di un medicinale deve necessariamente intervenire successivamente all'effettuazione della prescrizione destinata ad un malato determinato)»[45]. Devono dunque ricorrere le "esigenze speciali" di cui all'art. 5 della direttiva 2001/83/CE riferite esclusivamente allo specifico bisogno terapeutico del paziente, non soddisfabile con i trattamenti dotati di AIC, senza che possa assumere rilevanza, quale "esigenza speciale", l'aspetto economico.

A tal proposito, una posizione chiara è già stata assunta dal Consiglio di Stato che, con sentenza n. 4257/2016 ha stabilito che le formule magistrali sono caratterizzate da unicità ed estemporaneità, possono essere allestite soltanto dopo una prescrizione medica personalizzata e dunque non possono confondersi con prodotti realizzati in via seriale e quindi in modo uguale, ripetuto e continuativo[46]. D'altra parte, come si è già anticipato, in termini generali, la decisione delle

[43] Il fatto poi che la Determina AIFA n. 79/2015 abbia legittimato l'utilizzo di bevacizumab intraoculare anche in strutture private non muta la *ratio* relativa alla preclusione delle farmacie private di operare qualsivoglia attività in relazione al bevacizumab intravitreale.

[44] *Ex multis*, art. 8 del decreto ministeriale 18 novembre 2003.

[45] Sentenze C-544/13 C-545/13, caso *Abcur/Apoteket*.

[46] Cfr. in tal senso F. Massimino *Formulazione magistrale, esenzione galenica e facoltà di confezionamento dei medicinali*, in *Dir. Industriale*, 2016.

autorità nazionali di rimborsare eccezionalmente un medicinale o un'indicazione non approvati non fa venire meno il carattere straordinario del suo utilizzo.

Al contrario, nella fattispecie concreta *de qua*, in base ai consumi che il Provvedimento attribuisce a bevacizumab intraoculare si può dedurre che, più che allestimento di formulazioni magistrali per esigenze cliniche specifiche ed individuali nel rispetto di quanto ammesso dalla normativa, è riscontrabile una vera e propria produzione seriale di bevacizumab intraoculare per una tipologia indistinta e generalizzata di pazienti. In particolare, dagli atti emerge che bevacizumab intraoculare viene fabbricato serialmente e, pertanto, il prodotto in questione non potrebbe considerarsi una preparazione galenica magistrale sterile ma dovrebbe, al contrario, essere dotato di una obbligatoria AIC ai sensi della normativa nazionale ed europea[47].

In questo contesto, come si chiarirà meglio di seguito, il mercato rilevante descritto dall'Autorità sembrerebbe fondato sull'inclusione di un medicinale illecito.

2.3. Il mercato rilevante o i mercati rilevanti?

Alla luce di quando rappresentato dal quadro normativo e regolatorio europeo e nazionale, è pacifico che le disposizioni delineate mirino a limitare di fatto la possibilità di somministrazione del medicinale non autorizzato esclusivamente in casi eccezionali a fronte di specifiche esigenze terapeutiche del singolo paziente. Tali aspetti confermerebbero pertanto la relazione di alternatività e di non sostituibilità tra farmaci dotati di AIC e farmaci non approvati dal punto di vista del paziente, del medico e del produttore. In termini generali, pertanto, in linea teorica si possono individuare quattro tipologie di mercati: (i) quello costituito dal farmaco dotato di AIC e autorizzato dalle autorità regolatorie, (ii) quello rappresentato dal farmaco *off label* e quindi prescritto al di fuori delle indicazioni autorizzate e nei limiti previsti dalla normativa vigente e quindi solo in casi eccezionali di personalizzazione della terapia, in cui il medico - sotto la sua diretta responsabilità - ritenga che il singolo paziente, affetto da una determinata patologia, non possa essere propriamente trattato con un farmaco avente apposita AIC rivelatosi concretamente incompatibile con le esigenze del singolo paziente, (iii) l'area della c.d. formula magistrale per utilizzi eccezionali, destinata alla cura di specifici pazienti che non possono essere curati utilmente con farmaci autorizzati e per i quali la preparazione del farmaco viene effettuata sulla base di una ricetta compilata dal medico prima del suo allestimento[48] e (iv) quello costituito dai prodotti illeciti, fabbricati in modo industriale senza l'obbligatoria autorizzazione, in violazione del marchio e del brevetto del prodotto autorizzato, e commercializzati su tutto il territorio nazionale in assenza di AIC.

[47] In aggiunta, tale tipologia di fabbricazione richiederebbe anche l'obbligatoria autorizzazione alla fabbricazione dei medicinali (art. 40.1 della Direttiva 2001/83/CE). In tal senso, cfr. casi *Abcur/Apoteket* (C-544/13 C-545/13), e *Hecht-Pharma/Hohenzollern Apothek* (C-276/15).

[48] Art. 3.1 Direttiva 2001/83.

Sulle base di questa segmentazione, occorre verificare se esistano, ed eventualmente quali siano, le aree di sovrapposizione tra tali mercati, ovvero se invece debbano considerarsi distinti e alternativi.

Ai fini della determinazione del mercato rilevante in ambito farmaceutico, il primo punto da cui partire nell'analisi riguarda la presenza o meno dell'AIC per uno specifico medicinale. È questo un concetto fondamentale, poiché la definizione del mercato rilevante rappresenta il primo elemento da considerare nel caso di sospetta violazione delle regole sulla concorrenza[49]. Infatti, l'individuazione del mercato rilevante rappresenta una delle operazioni maggiormente delicate in tema di applicazione del diritto antitrust in quanto essa svolge il ruolo di strumento utile al fine di definire ed identificare lo scenario nel quale occorre valutare la sussistenza di un eventuale illecito anticoncorrenziale ed il relativo grado di offensività. In casi d'intesa, in particolare, l'individuazione del mercato rilevante è sempre successiva all'accertamento dell'illecito, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato di riferimento, nonché gli attori dello stesso. Per poter sostenere che due imprese sono concorrenti in un mercato rilevante, è infatti necessario dimostrare che le stesse producono e commercializzano legittimamente i medesimi beni o servizi[50] destinati a quel determinato mercato (offerta), che possono soddisfare una pluralità di acquirenti (domanda) e che nei confronti di tali acquirenti possano competere al fine di acquisire quote di mercato, fidelizzare la propria clientela utilizzando tutte le leve concorrenziali a disposizione: qualità dei prodotti offerti, condizioni di distribuzione e consegna, condizioni di fornitura, prezzi, ecc.. Alla luce di ciò, nella definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, le autorità della concorrenza non possono prescindere dal considerare i vincoli normativi e regolamentari che, nel settore farmaceutico, circoscrivono l'uso dei farmaci al di fuori dell'AIC a situazioni del tutto eccezionali e residuali, con la conseguenza che - dal punto di vista della domanda - un determinato farmaco utilizzato in concreto per un'indicazione terapeutica non autorizzata non può essere considerato sostitutivo di uno o più medicinali dotati di AIC per la stessa indicazione terapeutica. Esso, infatti, può essere legittimamente somministrato soltanto quando specifiche considerazioni di natura puramente terapeutica inducono il medico prescrittore a ritenere che, uno specifico paziente, non possa essere trattato con farmaci debitamente autorizzati, come confermato dalla giurisprudenza della Corte[51].

Se è vero quanto indicato, la somministrazione di bevacizumab intraoculare, non essendo dotato di AIC, dovrebbe considerarsi legittima solo laddove la prescrizione medica non sia destinata alla generalità dei pazienti, ma integri gli

[49] Esso è funzionale a stabilire la portata delle regole sulla concorrenza rispetto alle pratiche restrittive, all'abuso di posizione dominante (Regolamento CE n. 1/2003) e la portata dei regolamenti sulle fusioni (Regolamento CE n. 139/2004).

[50] Cfr. decisione della Commissione del 21.9.2012, caso n. COMP/M.6458, *Universal Music Group/EMI Music*, par. 197-200, come si vedrà successivamente.

[51] Punto 57 sentenza della Corte, che richiama le sentenze del 29 marzo 2012, *Commissione/Polonia*, C-185/10, EU:C:2012:181, punto 36, nonché del 16 luglio 2015, *Abcur*, C-544/13 e C-545/13, EU:C:2015:481, punto 56.

estremi di personalizzazione della terapia, e quindi sia eccezionalmente rivolta ad uno specifico soggetto, non compatibile ai trattamenti autorizzati con apposita AIC, a vantaggio del quale deve pertanto essere eventualmente allestita *ad hoc* una formula magistrale. Oltre al fatto che, nel caso di specie, bevacizumab dovrebbe essere somministrato per uso intraoculare soltanto qualora i medicinali autorizzati per tali trattamenti si siano rivelati inadeguati rispetto ai bisogni terapeutici individuali del singolo paziente, come recentemente confermato anche dal *Conseil d'Etat* francese nella sentenza del 24 febbraio 2017[52].

Inoltre, appare verosimile che se la legittimità della domanda del prodotto – e cioè la sua prescrizione da parte del medico – è subordinata alla presenza di circostanze molto specifiche, anche la sua offerta - e cioè l'allestimento e la commercializzazione della formula magistrale - dovrebbe soggiacere a precisi requisiti di straordinarietà, che escludono in radice una fabbricazione standardizzata e seriale.

2.4. La posizione della Corte di Giustizia

I profili sopra riassunti sono riecheggiati anche nella sentenza della Corte del 23 gennaio 2018.

Sulla seconda, terza e quarta questione, la Corte ha enunciato alcuni principi generali sulla base dei quali, ai fini della definizione del mercato rilevante, «il mercato dci prodotti da prendere in considerazione comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati»[53] e ancora, che nell'ambito dello stesso mercato «vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti o servizi che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso tra tutti i prodotti o servizi che fanno parte dello stesso mercato»[54]. Un altro aspetto rilevante richiamato dalla Corte è altresì quello secondo cui «l'intercambiabilità o la sostituibilità non si valuta unicamente in relazione alle caratteristiche oggettive dei prodotti e dci servizi di cui trattasi. Si devono prendere in considerazione anche le condizioni della concorrenza, nonché la struttura della domanda e dell'offerta nel mercato»[55].

Sulla base di tali presupposti, la Corte precisa pertanto che «un'autorità nazionale garante della concorrenza può includere nel mercato rilevante, oltre ai medicinali autorizzati per il trattamento delle patologie di cui trattasi, un altro medicinale la cui autorizzazione all'immissione in commercio non copra detto trattamento, ma che è utilizzato a tal fine e presenta quindi un concreto rapporto

[52] In tale sentenza, il *Conseil d'Etat* francese chiarisce che il prodotto in questione può essere "*utilizzato per un numero limitato di pazienti, come alternativa terapeutica a Lucentis o Eylea in particolare nei casi di fallimento terapeutico di questi due medicinali autorizzati*" (par. 28 sentenza).

[53] Punto 50 della sentenza della Corte.

[54] Punto 51 della sentenza della Corte che richiama la sentenza del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche/*Commissione, 85/76, EU:C: l979:36, punto 28.

[55] Punto 51 della sentenza della Corte che richiama, in relazione all'articolo 102 TFUE, la sentenza del 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 37.

di sostituibilità con i primi». Tuttavia, la Corte chiarisce anche che, nel valutare un siffatto rapporto di sostituibilità, l'autorità della concorrenza deve tener conto dell'esame di conformità del prodotto alle disposizioni che ne disciplinano la fabbricazione e la commercializzazione, che sia stato condotto dalle autorità o dai giudici competenti[56].

La Corte, coerentemente con quanto previsto dalla normativa sopra illustrata, puntualizza infatti che «si deve sottolineare che il fatto che taluni prodotti farmaceutici siano fabbricati o venduti in modo illecito impedisce, in linea di principio, di considerarli come sostituibili o intercambiabili, sia dal lato dell'offerta, a causa dei rischi giuridici, economici, tecnici o di lesione alla reputazione a cui espongono i produttori e i distributori di tali prodotti, che dal lato della domanda, tenuto conto, in particolare, dei rischi per la salute pubblica che essi generano presso gli operatori sanitari e i pazienti»[57].

I giudici enucleano quindi un principio fondamentale, che in precedenza non era mai stato sancito con chiarezza dalle autorità europee: in particolare, in altri casi[58] era stato chiarito che prodotti commercializzati in violazione della legge non possono pertanto considerarsi quale una valida alternativa a quelli messi in commercio legittimamente.

Viene quindi richiamata la normativa di cui alla Direttiva e al Regolamento sopra illustrati con particolare riferimento alla deroga di cui all'art. 5 par. 1 della Direttiva sulla base della quale l'utilizzo di un medicinale privo di AIC sia ammesso solo in presenza di specifiche condizioni quali quelle di rispondere ad esigenze speciali e per rispondere ad un'ordinazione leale e non sollecitata, destinati a determinati pazienti, sotto la responsabilità personale e diretta dell'operatore sanitario, nelle situazioni in cui il medico ritenga che lo stato di salute di propri specifici pazienti richieda la somministrazione di un medicinale di cui non esiste l'equivalente autorizzato sul mercato nazionale o che non risulti disponibile sul

[56] Punto 61 della sentenza della Corte. Per completezza si segnala cha la Corte ha altresì commentato «...per quanto riguarda ii procedimento principale, nessun elemento del fascicolo suggerisce che, al momento dell'applicazione dell'articolo 101 TFUE da parte dell'AGCM, l'eventuale illiceità delle condizioni di riconfezionamento e di prescrizione dell'Avastin destinato all'uso off label, allegata dalla Roche, fosse stata accertata dalle autorità preposte al controllo del rispetto della normativa farmaceutica o dai giudici nazionali» (punto 62), in tal senso estendendo le proprie valutazioni a circostanze di fatto rimesse alla competenza esclusiva del Giudice nazionale, che dovrà quindi pronunciarsi sulla base di una conoscenza dei fatti ben più ampia di quella della Corte Di Giustizia.

[57] Punto 52 della sentenza della Corte.

[58] Cfr. decisione della Commissione del 21.9.2012, caso n. COMP/M.6458, *Universal Music Group/EMI Music*, §§ 197-200: in tal caso la Commissione "*has never considered … that legitimate and unauthorised supplies of music belong to the same product market*", in quanto la musica illegale non può costituire una valida alternativa commerciale per i distributori. Analogamente, sebbene le sigarette di contrabbando rappresentino una percentuale significativa delle vendite complessive (in alcuni Stati anche superiore al 20%), le stesse non sono tenute in considerazione nella definizione del mercato rilevante e nel computo delle quote degli operatori del settore (cfr. ad esempio, *Sigarette, cresce il contrabbando: in Italia costa allo Stato 770 milioni di mancato gettito*, 15 luglio 2015, disponibile *on-line* all'indirizzo www.firstonline.info/a/2015/07/15/sigarette-cresce-il-contrabbando-in-italia-costa-a/932cf763-b9b4-48c3-8d20-d6bdc60da777.

mercato medesimo[59]. Con riferimento al caso di specie si evidenzia che - proprio a fronte del fatto che la produzione di un medicinale è soggetta a un regime di autorizzazione, salvo che per le operazioni di riconfezionamento eseguite per la fornitura al dettaglio da parte di operatori - «il riconfezionamento dell'Avastin ai fini del suo utilizzo in oftalmologia richiede quindi, in linea di principio, un'autorizzazione, salvo il caso in cui tale operazione sia eseguita soltanto per la fornitura al dettaglio, da parte di farmacisti in farmacia, o da altre persone legalmente autorizzate negli Stati membri»[60]. Nel proseguire con il proprio ragionamento, nella sentenza[61] viene poi espressamente richiamato il principio secondo cui un medicinale fabbricato o venduto in modo illecito non può considerarsi sostituibile o intercambiabile «sia dal lato dell'offerta, a causa dei rischi giuridici, economici, tecnici o di lesione alla reputazione a cui espongono i produttori e i distributori di tali prodotti, che dal lato della domanda tenuto conto, in particolare, dei rischi per la salute pubblica che essi generano presso gli operatori sanitari e i pazienti»[62].

Appare pertanto degno di riflessione il fatto che la Corte nella sentenza riconosca il principio per cui un farmaco prescritto o venduto in violazione di legge non possa essere considerato sostituibile o intercambiabile con un altro, e pertanto non possa appartenere allo stesso mercato di quello autorizzato. Nell'elaborare tale concetto teorico, rimette la verifica esaustiva di tali condizioni «alle autorità preposte al controllo del rispetto della normativa farmaceutica o dai giudici nazionali»[63].

In modo coerente e complementare con questo principio, già in precedenza la Corte aveva anche chiarito che, in assenza di autorizzazione alla produzione e di AIC, costituiscono violazione della normativa sia la fabbricazione di un medicinale che avvenga con «produzione industriale e standardizzata di quantità significative, ai fini dello stoccaggio e vendita all'ingrosso", negoziando il prezzo e offrendo un "servizio per abbonamento» in assenza di previa identificazione del paziente[64], e quindi al di fuori della ristretta area di legittimità delle formulazioni magistrali, sia la manipolazione del prodotto originario per l'inserimento in siringhe preriempite, non effettuato sulla base di precedenti ricette individualizzate[65].

I prodotti "illegali" formano pertanto un mercato parallelo e distinto rispetto a quello dei prodotti legittimamente immessi in commercio; oltre a contribuire allo sviluppo di attività che potrebbero essere potenzialmente illecite, i rivenditori e gli utilizzatori che acquistano prodotti illegittimamente immessi in commercio possono incorrere in violazioni normative e sanzioni con la conseguenza che tali prodotti non costituiscono, in linea generale, validi sostituti e concorrenti di quelli leciti.

---

[59] Punti 56 e 57 della sentenza della Corte.

[60] Punto 58 della sentenza della Corte.

[61] Cfr. punto 52 della sentenza, nel quale la Corte si discosta peraltro dalle conclusioni dell'Avvocato Generale (cfr. punti 87-90).

[62] Punto 60 della sentenza della Corte.

[63] Punto 60 della sentenza della Corte.

[64] Sentenze C-544/13 C-545/13, Caso *Abcur/Apoteket*.

[65] Caso *Novartis/Apozyt*, caso che riguarda proprio Avastin e Lucentis.

2.5. Principi della Corte e circostanze di fatto

La conclusione della Corte assume quindi un'importanza notevole per il ruolo determinante attribuito alla autorità nazionali. A tal proposito ci si chiede se – accanto all'AIFA, sulla quale si tornerà in seguito – anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato possa rientrare o meno nella definizione di autorità preposte al controllo del rispetto della normativa farmaceutica come espresso dalla Corte, o entro quali limiti la stessa Autorità possa disinteressarsene.

Ebbene, l'Autorità tra i vari compiti affidatigli è primariamente chiamata a garantire la tutela della concorrenza e del mercato[66], contrastare le pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e delle microimprese[67] nonché tutelare le imprese dalla pubblicità ingannevole e comparativa[68]. Pertanto, come ampiamente esposto, il rispetto dell'assetto normativo in ambito farmaceutico relativamente alla fabbricazione, promozione, commercializzazione è il presupposto necessario ai fini della valutazione delle dinamiche concorrenziali, a cui l'Autorità preposta alla salvaguardia della concorrenza non può sottrarsi. In particolare, la non conformità della domanda e dell'offerta di un medicinale e, nel caso di specie, di bevacizumab intraoculare con il quadro normativo vigente, avrebbe dovuto e dovrebbe tuttora assumere rilevanza per l'Autorità chiamata in prima istanza a salvaguardare il mercato. Peraltro, in tal senso è da considerare che - come sottolineato dalla Corte - se un'offerta illecita non può considerarsi parte del mercato rilevante, ma se nondimeno di fatto si sviluppa comunque, essa deve in ogni caso sfuggire alla tutela concorrenziale, proprio perché illecita. Questo significa che le condotte eventualmente poste in essere in tali condizioni non possono in ogni caso ritenersi restrittive della concorrenza, non sussistendo alcuna concorrenza legittima e meritevole di tutela in tale mercato, e pertanto l'Autorità deve tenere in considerazione anche questo elemento nell'ambito delle proprie valutazioni.

Nell'ambito dei compiti affidatigli per legge, l'Autorità è altresì chiamata a garantire che sul mercato non avvengano pratiche anticoncorrenziali[69]. In tal senso, si richiama la disciplina contenuta nell'art. 2598 primo comma c.c. in tema di atti di concorrenza sleale la quale prevede che «Ferme le disposizioni che concernano la tutela dei segni distintivi e dei diritti dei brevetti, compie concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti o con l'attività di un concorrente». Ciò significa che, a parere di chi scrive, l'Autorità, soggetto di diritto pubblico ed indipendente, non può considerarsi estranea a certe dinamiche, fondamentali ai fini della definizione del mercato rilevante, fosse anche solo limitandosi a segnalare ad altre autorità competenti (e.g. Procura della Repubblica, altre autorità giudiziarie) la sussistenza di potenziali pratiche commerciali scorrette - disciplinate dal Codice

[66]Legge n. 287/1990.
[67]D. Lgs n. 206/2005.
[68]D. Lgs. 145/2007.
[69]Art. 2598 c.c. Atti di concorrenza sleale.

del Consumo, come emendato nel 2007 - che meritino un eventuale approfondimento in altre sedi, ma non potrebbe mai, per sua natura, esimersi dal considerare la sussistenza tali aspetti. D'altro canto, come si chiarirà meglio al paragrafo successivo, un'Autorità a tutela della concorrenza non può non riconoscere la posizione ed il ruolo delle competenti agenzie regolatorie in ambito farmaceutico valutando attentamente i confini delle proprie competenze rispetto a quelle di altri enti[70]. In questo contesto, l'Autorità dovrebbe considerare la fungibilità o meno dell'AIC dei medicinali quale elemento di riferimento nella definizione del mercato rilevante, anche alla luce della normativa in materia di AIC e di prescrizione e produzione di medicinali non autorizzati, con la conseguenza che non si potrebbe collocare un medicinale privo di AIC prodotto e commercializzato illegittimamente all'interno del mercato rilevante in cui opera un farmaco avente AIC.

La tematica in discussione è certamente complessa ed articolata posto che i profili regolatori non possono essere reputati marginali rispetto alla definizione del possibile mercato nel settore farmaceutico, giacché la regolazione definisce il perimetro di funzionamento del mercato a specifica tutela della salute, ed essi sono quindi fattori imprescindibili anche ai fini delle valutazioni antitrust.

Per tali ragioni, l'analisi di conformità al diritto europeo e alle legislazioni nazionali in materia di medicinali è il presupposto fondante a cui si dovrebbero attenere anche le Autorità di concorrenza comunitarie e nazionali nella valutazione dei comportamenti o per qualificare il mercato rilevante *ex* art. 101 TFUE, senza che un ipotetico obiettivo di rafforzamento della concorrenza possa consentire deroghe o eventuali condotte illegittime in violazione delle norme in vigore.

In tal senso all'Autorità è richiesto di operare un'approfondita istruttoria intesa al qualificare giuridicamente un'attività, come quella di produzione e commercializzazione di un medicinale, al fine di verificare se essa avvenga in violazione sia della normativa di settore - mediante l'attività di manipolazione e frazionamento del medicinale al fine di renderlo idoneo all'utilizzo intraoculare per il quale lo stesso non è autorizzato - nella misura in cui le attività poste in essere da tali operatori possono costituire una violazione della disciplina dettata in materia di concorrenza sleale. Peraltro, se è vero che la produzione di bevacizumab intraoculare avviene da parte delle farmacie o da altri soggetti su base seriale, si potrebbe determinare anche una violazione delle norme a tutela del brevetto, a fronte della manipolazione di Avastin oncologico avvenuta senza il consenso del titolare del brevetto[71], vale a dire in palese violazione di quanto previsto dalla prima parte del citato art. 2598 del Codice Civile. Se ciò fosse confermato, tali atti

[70] Si vedano le critiche molto nette espresse in proposito da Sirena, Farmaci *off label*. Il Garante ha interpretato il suo ruolo e i suoi compiti in una chiave esorbitante, in quotidianosanità.it, settembre 2014, che intravede addirittura delicatissimi profili di dubbia costituzionalità nell'operato dell'Autorità. Ma censure altrettanto esplicite si ritrovano, tra gli altri, in: Rossi-Calia-Pace, Il caso Novartis - La Roche: genio o sregolatezza dell'Autorità antitrust? in Persona e Danno, ottobre 2014; Sileoni, Caso Avastin/Lucentis. La regolazione del commercio dei farmaci, tra tutela della salute e vincoli di spesa pubblica, IBL Briefing Paper n. 141, novembre 2014.

[71] cfr. C. Varrone, La funzione di compliance normative delle società farmaceutiche e la nozione di mercato rilevante alla luce della sentenza del TAR Lazio n. 12168/2014, *GiustAmm.it*, *2015*.

integrerebbero anche la violazione della normativa a tutela dei segni distintivi, in quanto il "nuovo" farmaco che viene messo in commercio sarebbe verosimilmente idoneo a creare confusione con il medicinale legittimamente contrassegnato con il marchio Avastin[72] e con l'attività imprenditoriale legittimamente svolta dal Gruppo Roche quale titolare del brevetto. In altri termini, la concorrenza sleale si realizzerebbe da parte di chi manipola il farmaco di partenza, senza il consenso del titolare del brevetto, e lo commercializza creando una indebita confusione sul mercato[73]. A tal proposito, la Corte stabilisce espressamente che «l'autorità nazionale garante della concorrenza deve, sempreché le autorità o i giudici competenti a tal fine abbiano condotto un esame della conformità del prodotto in questione alle disposizioni vigenti che ne disciplinano la fabbricazione o la commercializzazione, tener conto del risultato di tale esame, valutandone i possibili effetti sulla struttura della domanda e dell'offerta»[74]. Pertanto, ai fini della individuazione del mercato rilevante sarebbe quindi necessario tener conto, dal lato dell'offerta, dell'attività economica posta in essere da terzi per la produzione e commercializzazione di un nuovo farmaco, mediante l'illecita utilizzazione del principio attivo di Avastin; in secondo luogo, dal lato della domanda, dell'attività professionale dei medici prescrittori che utilizzano il farmaco per finalità terapeutiche diverse da quelle individuali e personalizzate come richiesto dalla normativa.

Queste fattispecie ricadono quindi nella competenza dell'Autorità, la quale, tuttavia, non sembra aver approfondito tali tematiche nell'ambito della propria istruttoria.

Pertanto, se tale situazione di fatto non venisse in alcun modo considerata, si arriverebbe al paradosso di legittimare coloro che perseguono la realizzazione di profitti illeciti in violazione della regolamentazione di settore e di quella generale della concorrenza a discapito della tutela dei pazienti. D'altro canto, l'osservanza delle norme appositamente dettate per la tutela della salute, nel rispetto dei diritti legittimamente riconosciuti al titolare del marchio, del brevetto farmaceutico e della relativa AIC rilasciata per l'utilizzazione del farmaco in conformità alle modalità disposte dalle autorità regolatorie, sarebbe funzionale anche ad una corretta applicazione dell'art. 32 della Costituzione[75].

Spetterà pertanto al Consiglio di Stato la valutazione della situazione di fatto e quindi, a fronte della situazione di incertezza sollevata dallo stesso in sede di rinvio pregiudiziale, verificare se, all'epoca dei fatti, vi sia effettivamente stato il rispetto della normativa farmaceutica, nei termini previsti dalla sentenza della Corte «fatte salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio se del caso

[72] L. Orlando su "Diritto24" de "il Sole 24 Ore" del 20 giugno 2014 dal titolo "*Fino a che punto è legittimo l'uso del marchio proprietario nel caso di somministrazione di farmaci off label?*"

[73] Cfr. F. G. Ferrari- F. Massimino, *Diritto del farmaco, medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, 2015, pag. 299 e ss.

[74] Punto 61 della sentenza della Corte.

[75] F. Massimino, *Marchio farmaceutico, decadenza e motivi legittimi per il non uso: presupposti e profili regolatori*, Diritto Industriale, 2016.

effettuare»[76] e se l'Autorità abbia adeguatamente accertato le circostanze di sua diretta pertinenza[77].

Nel fare ciò, è probabile che il Consiglio di Stato tenga in considerazione la posizione delle autorità regolatorie primariamente competenti in ambito farmaceutico e, nel caso di specie, di AIFA, al fine di accertare la verosimile esistenza di un mercato illegittimo.

Sotto questo profilo, occorre infatti ricordare che qualsivoglia tematica relativa ai medicinali nei diversi ordinamenti è presidiata e gestita come competenza esclusiva da Agenzie regolatorie che operano a livello europeo o nazionale, che sono rispettivamente l'EMA e l'AIFA. Più precisamente, AIFA è, a livello nazionale, l'unico ente regolatore cui è affidata in via esclusiva la competenza a deliberare in tema di farmaci anche in termini di equivalenza tra gli stessi[78] (equivalenza intesa sia sotto il profilo dell'efficacia terapeutica che della sicurezza)[79], avvalendosi eventualmente del parere di EMA per i medicinali autorizzati per via centralizzata[80]. Con riferimento al caso che ci occupa, AIFA ha da sempre evidenziato la differenza tra le molecole Bevacizumab (Avastin) e Ranimuzumab (Lucentis). AIFA ha poi avuto diverse ulteriori occasioni per

[76] Punto 63 della sentenza della Corte.

[77] Sempre con riferimento a tale aspetto, si comprende poco il richiamo della Corte – quasi a voler dirimere la questione - alla decisione di EMA e della Commissione, relativa al non accoglimento della richiesta della Roche volta ad includere nell'elenco degli "effetti indesiderati" alcuni effetti collaterali negativi legati all'uso intravitreale di Avastin, a cui è stato dato seguito solo con la menzione fra le "avvertenze speciali e precauzioni d'impiego". Tale aspetto non è infatti, a parere di chi scrive, coerente con le argomentazioni sollevate dalla Corte nell'ambito di tale quesito con riferimento alla definizione del mercato rilevante. Infatti, innanzitutto il fatto richiamato rappresenta il comportamento oggettivo, autonomo ed indipendente dell'autorità regolatoria, inoltre, tale fatto non attesta in alcun modo che Roche abbia adottato un comportamento anticoncorrenziale né che le informazioni comunicate alle suddette autorità fossero artificiose o comunque idonee ad indurle in errore.

[78] Peraltro, il principio secondo cui il giudizio di sostituibilità terapeutica con altri farmaci deve essere accertato sulla base dei pronunciamenti ufficiali degli organi scientifici è confermato dall'Autorità nel caso A480, Incremento prezzi farmaci Aspen, in Boll. A.G.C.M. n. 36/2016, al punto 278 ove si afferma che «la valutazione scientifica circa l'assenza di sostituibilità terapeutica è preordinata all'esame della sostituibilità di tipo economico. In assenza di sostituibilità terapeutica è impossibile qualsiasi comparazione economica tra i farmaci Cosmos e altri prodotti». Parte della dottrina specialistica che si è occupata del tema ha altresì evidenziato che l'Autorità avrebbe assunto, nel caso in commento, la sicurezza ed idoneità terapeutica di Avastin in campo oftalmico come presupposto inconfutabile del provvedimento, sostituendosi — per tal via — in valutazioni di esclusiva competenza del regolatore. In tal senso Sileoni, op. cit., 4 e Colangelo, Il caso Avastin/Lucentis, op. cit., 224, secondo la quale "*permane sul tema (della equivalenza terapeutica) dei due farmaci una varietà di valutazioni che non aiuta a dissolvere le tante perplessità espresse sull'uso dei prodotti in questione*".

[79] L'articolo 15, comma 11 ter, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni in legge 7 agosto 2012, n. 135, dispone espressamente che «nell'adottare eventuali decisioni basate sull'equivalenza terapeutica fra medicinali contenenti differenti principi attivi, le Regioni si attengono alle motivate e documentate valutazioni espresse dall'Agenzia italiana del farmaco».

Proprio nell'ambito di un caso giudiziario legato alla possibilità di utilizzo di bevacizumab intraoculare, la stessa Corte Costituzionale ha ribadito la competenza esclusiva di AIFA con la sentenza n. 274/2014, dichiarando l'incostituzionalità di una legge della Regione Emilia Romagna che pretendeva di ampliare i poteri regionali, in violazione dell'art. 117 Cost..

[80]Regolamento CE 726/2004 e s.m.i..

ribadire la propria posizione, in primis durante la riunione della CTS del marzo 2014 durante la quale il presidente della stessa, richiamando una precedente riunione del 2012 ha ribadito che i due medicinali non sono uguali, ma anche con successivi comunicati[81], nel corso dell'audizione del 14 aprile 2014, dinanzi al Consiglio Superiore di Sanità (CSS)[82], nonché nel corso del XI Congresso dell'Associazione Coscioni[83]. A questo proposito, si noti che la posizione di AIFA e il suo comportamento sono stati avallati da fonti più che autorevoli, tra cui la Commissione Europea - che ha anche affermato la doverosità del comportamento di Roche in ordine alla farmacovigilanza e alla conseguente modifica del RCP[84]-, così come dal Vicepresidente della sezione V del CSS [85].

D'altro canto, dal Provvedimento emerge incontestabilmente che gran parte delle quantità di bevacizumab intraoculare commercializzate in Italia sono state realizzate dalle farmacie e officine farmaceutiche su base seriale, commerciale e

[81]Ad es. comunicato in data 7 marzo 2014: «Bevacizumab (Avastin) e Ranibizumab (Lucentis) sono due molecole simili come meccanismo d'azione (i.e. inibiscono il fattore di crescita vascolare VEGF) ma non identiche tra loro né da un punto di vista farmacologico, né strutturale».

[82] Il Prof. Pani, Direttore Generale dell'AIFA, nel corso dell'audizione del 14 aprile 2014, dinnanzi al CSS, ha dichiarato che «.. le due molecole sono, alla fine, profondamente diverse. Qualora si chiedesse a 100 oculisti, oftalmologi esperti di queste patologie, a parità di prezzo quale farmaco utilizzerebbero fra Avastin e Lucentis, tutti risponderebbero Lucentis. Esaminando i dati per efficacia e sicurezza, nel caso di Avastin off label verso Lucentis l'AIFA ha analizzato tutti i dati disponibili, non solo quelli riferiti agli studi IVAN e CATT, e può fornire dati molto più corposi dove si dimostrerà che la differenza tra i due medicinali esiste». Cfr. inoltre seduta della CTS di AIFA in data 5 dicembre 2012.

[83] L'ex direttore di AIFA, Prof. Pani, intervenendo all'XI Congresso dell'Associazione Coscioni tenutosi il 26 settembre 2014 ha dichiarato: «Sono due anticorpi monoclonali profondamente diversi, uno è molto grande, pesa 149 chilodalton, l'altro 49 mila chilodalton. È come se voi paragonaste un pollo con due cosce di pollo come grandezza. Questo è un pezzo dell'altro. Il pezzo dell'altro è stato ingegnerizzato ed è stato modificato in maniera radicale per evitare di dare degli effetti collaterali che poteva dare l'Avastin nell'occhio. Le differenze di questo frammento tecnicamente non ve le sto a spiegare rende le molecole profondamente diverse. L'altra cosa è che una dura due giorni, l'altra due ore. Questi sono i dati che a noi arrivano».

[84] Secondo la Commissione Europea «Le modifiche allo SMPC dell'Avastin sono state introdotte per informare i professionisti sanitari del fatto che l'Avastin non è stato formulato per uso intravitreale e per avvertirli delle gravi reazioni avverse che sono state segnalate in relazione a tale uso non autorizzato dell' Avastin" e "La strategia più responsabile che un'autorità nazionale competente possa adottare in caso di dubbi sull'uso "off label" di un farmaco, specie alla presenza di avvertenze riguardanti la sicurezza contenute nello SMPC, è quella di proteggere la salute pubblica a prescindere dal costo del farmaco. Le considerazioni finanziarie non dovrebbero mai prevalere sulla sicurezza dei pazienti. Sulla base delle informazioni a mia disposizione, ritengo pertanto che l'AIFA abbia agito nel rispetto delle regole e nell'interesse dei pazienti».

[85] Nel corso della seduta del 18 marzo 2014 il vicepresidente ha dichiarato che «Bevacizumab (Avastin) e Ranizumab (Lucentis), pur riconoscendo lo stesso bersaglio molecolare, sono molecole diverse da un punto di vista strutturale e farmacologico … Inoltre, i due farmaci presentano differenze nella dimensione, nello stato di glicosilazione che possono condizionare i profili farmacocinetici delle due molecole e possono tradursi in differenze clinicamente significative …. Questa differenza in termini di sicurezza dei due medicinali … si riscontra anche dalla letteratura dell'analisi delle segnalazioni di sospetta reazione avversa relativa a Ranizumab e Bevacizumab in Euravigilance ossia della lettura dei dati trasmessi dall'AIFA … per quanto riguarda il totale degli eventi avversi, Ranibizumab sembra più sicuro rispetto a Bevacizumab».

anticipata rispetto alla presentazione di prescrizioni mediche individuali riguardanti singoli pazienti, e ciò proprio in ragione della consapevolezza dell'esistenza di una domanda "*diffusa e sistematica*" di bevacizumab per uso oftalmico da parte della classe medica. Inoltre, risulta evidente che bevacizumab intravitreale è stato largamente prescritto per il trattamento delle malattie oftalmiche in maniera generalizzata, massiva ed indipendente da peculiari esigenze cliniche dei pazienti, come peraltro evidenziato anche dalla stessa Corte[86].

Più precisamente, risulta che le farmacie territoriali intervengono drasticamente sul medicinale oncologico Avastin®, modificandone a) la destinazione d'uso (da oncologica prevista in AIC ad oftalmica); b) la via di somministrazione (da endovenosa prevista in AIC ad intravitreale); c) il dosaggio; d) il confezionamento (da vetro a plastica), ed alle quantità del medicinale intraoculare così fabbricato attribuiscono altresì un nuovo e specifico numero di lotto, che supera quello in origine assegnato da Roche ad Avastin, compromettendone la tracciabilità e causando rischi di farmacovigilanza. Sembrerebbe pertanto che il prodotto così fabbricato in modo standardizzato venga poi commercializzato dalle farmacie territoriali su tutto il territorio italiano, per essere poi somministrato al di fuori delle strutture ospedaliere, e in regime privatistico – e dunque in assenza di rimborso ex L. 648/1996 – soprattutto nei confronti di pazienti che sarebbero invece pienamente "eleggibili" alla terapia con medicinali autorizzati. La maggioranza delle dosi viene fabbricata illecitamente dalle farmacie territoriali, per essere somministrata alla generalità dei pazienti, indipendentemente dalla ricorrenza di "esigenze speciali"[87], e ciò sarebbe in violazione dei requisiti richiesti dalla legge per legittimare una produzione del medicinale al di fuori dell'AIC. D'altra parte, lo stesso utilizzo di bevacizumab intraoculare sembrerebbe in gran parte privo della necessaria trasparenza e informazione ai pazienti, con la conseguenza che gli eventi avversi sono sottosegnalati, come più volte denunciato da AIFA[88], che ha ripetutamente sollecitato le Regioni a prevedere efficaci sistemi per il loro necessario monitoraggio.

E' verosimile che l'offerta di bevacizumab intravitreale si sia sviluppata in larga parte in ragione del minor costo della terapia rispetto a Lucentis, circostanza che ha evidentemente indotto una serie di farmacie e officine farmaceutiche ad assumersi – consapevolmente e per ovvie motivazioni economiche – il rischio di attività non conformi ai vincoli posti dalla regolamentazione di settore, creando così appunto un mercato parallelo che non può essere incluso nel medesimo mercato rilevante cui appartengono i prodotti messi in commercio lecitamente (tra cui, oltre a Lucentis, figurano diversi altri farmaci).

Pertanto, fermo restando che anche le formule galeniche prodotte legittimamente nel rispetto della normativa rimarrebbero delle alternative terapeutiche (i.e. eccezionali, non sostitutive e residuali rispetto alle terapie

[86] Punto 66 della sentenza della Corte.

[87] Art. 5.1 Direttiva 2001/83.

[88] Lo strano caso Avastin-Lucentis. Perché tutti vogliono delle Agenzie regolatorie indipendenti che però quasi nessuno può permettersi? Luca Pani, Edra, 13/07/2017.

autorizzate), una fabbricazione illecita sfuggirebbe per certo da qualsiasi rapporto di sostituibilità o equivalenza, perché nulla ha a che vedere con un prodotto eccezionalmente privo di AIC, come la formulazione magistrale. Ad ulteriore conferma di tale aspetto, occorre ricordare che il principio secondo il quale la fabbricazione standardizzata di quantitativi ingenti di medicinali, ai fini di stoccaggio e relativa vendita all'ingrosso, è tipica di una preparazione industriale, e non magistrale, è stato confermato da ultimo dalla sentenza della Corte del 26 ottobre 2016[89]. In tale fattispecie, la Corte ha chiarito che il numero di confezioni che possono essere allestite in una farmacia in un giorno, nell'ambito della sua normale attività, non può eccedere un quantitativo massimo di 100 confezioni, superato il quale il prodotto è qualificabile come industriale ed esige l'applicazione della Direttiva 2001/83/CE, a partire dall'obbligo di AIC. Il medesimo principio è stato poi confermato anche nella recentissima sentenza del TAR Lombardia[90] che, con particolare riferimento alla mancanza della preventiva ricetta personalizzata in base alle esigenze del singolo paziente, ha affermato che «la prassi di allestire in anticipo un certo quantitativo di preparati galenici da consegnare su presentazione della ricetta non è ammissibile, in quanto, da un lato, introduce un elemento di standardizzazione che, su larga scala, potrebbe arrivare a somigliare alla produzione industriale, e dall'altro attenua le garanzie per la salute del paziente, la quale è pienamente tutelata solo se vi sia un collegamento univoco e individuale tra la ricetta e il preparato galenico».

Ne discenderebbe quindi che, se all'epoca dei fatti in causa una porzione maggioritaria di bevacizumab intraoculare in circolazione in Italia non era conforme «al quadro regolamentare avente ad oggetto la commercializzazione dei farmaci», per dirla come il giudice di rinvio[91], la non conformità dell'offerta di bevacizumab intraoculare con il quadro normativo vigente dovrebbe assumere rilevanza in sede di definizione del mercato rilevante, ovvero dei diversi mercati rilevanti, e di valutazione del preteso rapporto di concorrenza tra Lucentis e bevacizumab intraoculare da parte del Consiglio di Stato.

3. La natura delle informazioni e la restrizione della concorrenza per oggetto (punti 76-95 della sentenza della Corte)

Il secondo tema che si intende commentare è relativo all'effetto del trasferimento delle informazioni ai sensi dell'art. 101 par. 1 TFUE a cui la Corte ha posto grande attenzione, sia nell'elaborazione di specifici quesiti che sono stati oggetto di discussione tra le parti durante l'udienza, sia nella sentenza, lasciando un ampio spazio valutativo in capo al giudice nazionale. Innanzitutto, ha stabilito

[89]Causa C-276/15 caso *Hecht-Pharma/Hohenzollern Apotheke*, punti 31-35, si vedano anche le conclusione dell'Avv. Generale Maciej Szpunar, par. 19; secondo la Corte «le espressioni «preparati industrialmente» e «nella cui fabbricazione interviene un processo industriale» non possono essere oggetto di interpretazione restrittiva [...] e devono includere [...] qualsiasi preparazione o fabbricazione in cui intervenga un processo industriale»; Cfr. anche sentenza del 16 luglio 2015, *Abcur*, C-544/13 e C-545/13, punto 50.

[90]Sentenza TAR Lombardia n. 265 del 7 marzo 2018.

[91] Ordinanza del Consiglio di Stato n. 966/2016.

preliminarmente che la nozione di restrizione della concorrenza "per oggetto" deve essere interpretata restrittivamente e può essere applicata solo a talune forme di coordinamento tra imprese che rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario[92]. A tal proposito, la Corte ha chiarito che per determinare se un'intesa possa essere qualificata come restrizione della concorrenza per oggetto occorre far riferimento, segnatamente, al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi dalla stessa perseguiti nonché al contesto economico e giuridico in cui si colloca[93]. Pertanto, nell'ambito della valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti nonché le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione. Con riferimento al mercato farmaceutico, si deve pertanto prendere in considerazione l'incidenza della normativa dell'Unione relativa ai medicinali, quale appunto quella della farmacovigilanza, sottoposta al controllo dell'EMA al fine di raccogliere informazioni sui rischi dei medicinali stessi in relazione alla salute dei pazienti o alla salute pubblica[94].

Dal punto di vista normativo, relativamente ai medicinali autorizzati secondo la procedura centralizzata, l'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento n. 726/2004 impone al titolare dell'AIC l'obbligo di informare immediatamente l'EMA, la Commissione e gli Stati membri circa ogni nuovo dato che possa implicare variazioni delle informazioni necessarie per il rilascio dell'AIC, comprese quelle contenute nel riassunto delle caratteristiche del prodotto[95].

Per quanto riguarda i fatti, la Corte richiama il provvedimento dell'Autorità in base al quale Roche e Novartis avrebbero adottato una strategia comune volta a contrastare la pressione concorrenziale esercitata sulle vendite del Lucentis dall'uso dell'Avastin per la cura di patologie oftalmiche non oggetto dell'AIC di quest'ultimo, commettendo una violazione dell'articolo 101 TFUE. Secondo tale decisione, l'intesa tra Roche e la Novartis avrebbe avuto l'obiettivo di creare una differenziazione artificiosa tra due medicinali sostanzialmente equivalenti, manipolando la percezione dei rischi legati all'uso di bevacizumab intraoculare per la cura di simili patologie mediante la produzione e la diffusione di informazioni, basate su una lettura "allarmistica" dei dati disponibili, tali da generare preoccupazione in merito alla sicurezza di determinati usi dell'Avastin e da condizionare le scelte terapeutiche dei medici, svalutando le contrarie acquisizioni scientifiche[96]; inoltre, l'intesa avrebbe avuto lo scopo, principalmente attraverso la comunicazione di informazioni all'EMA, di amplificare la percezione dei rischi connessi a detto utilizzo al fine di ottenere una modifica del riassunto delle

[92] Cfr. punto 78 della sentenza della Corte.

[93] Sentenze dell'8 novembre 1983, IAZ International Belgium e a./Commissione, da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, EU:C:1983:310, punto 25, nonché dell'11 settembre 2014, CB/Commissione, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punto 53.

[94] Articolo 101, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2001/83.

[95] Tali obblighi sono stati rafforzati a decorrere dal 2 luglio 2012, data a partire dalla quale si applica la modifica apportata dal regolamento n. 1235/2010 all'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento n. 726/2004.

[96] Punto 89 della sentenza della Corte.

caratteristiche dell'Avastin e l'autorizzazione ad inviare agli operatori sanitari una comunicazione per richiamare la loro attenzione su tali effetti collaterali negativi[97].

In merito al carattere ingannevole delle informazioni, la Corte sostiene in conclusione che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che la restrizione della concorrenza "per oggetto" sussiste solo qualora le informazioni trasmesse all'EMA e alla Commissione siano ingannevoli sugli effetti collaterali negativi dell'uso di uno di tali medicinali per il trattamento di patologie non coperte dall'AIC di quest'ultimo, e tali da indurre in errore i destinatari delle stesse, al fine di ridurre la pressione concorrenziale derivante da tale uso sull'uso dell'altro medicinale. Ed anzi, come sottolineato dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni, la concertazione tramite la quale due imprese si accordino per trasmettere informazioni esatte ed oggettive (e pertanto non ingannevoli o fuorvianti) relative alla minore sicurezza di uno dei medicinali rispetto all'altro, non è nemmeno idonea ad esplicare alcun effetto anticoncorrenziale (né per oggetto né per effetto)[98].

A tal proposito, sia l'Avvocato Generale che la Corte stabiliscono che questa circostanza debba essere verificata dal giudice del rinvio e, pertanto, dal Consiglio di Stato in ultima istanza. Tale ultimo aspetto potrebbe pertanto potenzialmente dirimere l'intera questione nella misura in cui venisse accertato dal Consiglio di Stato che le informazioni trasmesse alle Autorità regolatorie siano state ingannevoli o meno[99].

Partendo dagli aspetti richiamati dalla Corte e per consolidata giurisprudenza della stessa, nella nozione di restrizione per oggetto rientrano esclusivamente le intese che, "*per loro stessa natura*", sono «dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza»[100], vale a dire restrizioni considerate particolarmente gravi, quali i cartelli e l'imposizione di prezzi fissi o minimi di rivendita. In *Groupement des cartes bancaires*[101], la Corte ha avuto modo di ribadire che sussiste una restrizione per oggetto solo quando il coordinamento tra imprese "*presenta, di per sé, un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza*", tale da «esimere … dall'obbligo di provare gli effetti concreti sul mercato»[102]. Proprio per evitare che un'autorità della concorrenza possa sottrarsi all'onere di provare gli effetti anche in caso di «accordi rispetto ai quali non è affatto dimostrato che siano, per loro natura, dannosi per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza», la nozione di restrizione "per oggetto" dev'essere interpretata "*restrittivamente*". Essa si applica «solo ad alcuni tipi di coordinamento tra

[97] Punto 90 della sentenza della Corte.

[98] Conclusioni dell'Avvocato Generale (cfr. punti 177-181).

[99] R. Pardolesi, Farmaco dedicato e farmaco *off label* sostituibile, gruppi farmaceutici coordinati, obblighi di farmacovigilanza e informazioni distorsive: gli intrecci del caso Avastin-Lucentis, Il Foro Italiano, 2018 secondo cui cit. «lo sviluppo a venire della riflessione si affisserà proprio sulla definizione dei margini di legittimità delle condotte informative delle imprese».

[100] Cfr., *ex multis*, Corte giust., sent. 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, EU:C:2013:160, par. 35.

[101] Sentenza C-67/13P, caso *Groupement des cartes bancaires*, punto 58.

[102] Corte giust., sent. 11 settembre 2014, causa C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires/Commissione*, EU:C:2014:2204, §§ 57 e 58.

imprese», che sono gravemente lesivi della concorrenza[103]. Per verificare se accordi tra imprese presentino un «grado sufficiente di dannosità» e siano quindi restrittivi per oggetto, occorre valutare il «tenore delle loro disposizioni», gli «obiettivi che essi mirano a raggiungere» e il «contesto economico e giuridico nel quale essi si collocano», analizzato alla luce della «natura dei beni o dei servizi coinvolti» e delle «condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato»[104], aspetti appunto richiamati dalla Corte nella sentenza.

Nel caso di specie, per quel che concerne il "tenore" dei contatti tra le parti, dal Provvedimento si desume che gli stessi attengono esclusivamente a complesse informazioni scientifiche e regolatorie collegate al doveroso e unilaterale assolvimento di obblighi di farmacovigilanza imposti dalla normativa comunitaria, e tali informazioni non sembrano quindi riconducibili ad un'illecita ripartizione dei mercati.

In merito al "contesto economico e giuridico" si richiama il fatto che gli obblighi di farmacovigilanza, come già chiarito, trovano applicazione anche con riferimento ad eventuali usi non approvati di un farmaco, e che, proprio in applicazione del principio di precauzione, il titolare dell'AIC è tenuto segnalare alle competenti agenzie regolatorie, con la massima trasparenza, eventi avversi e rischi connessi all'uso del farmaco interessato, affinché le stesse possano valutare l'adozione dei provvedimenti di loro competenza[105]; d'altra parte, anche in base al contesto giuridico nazionale, è richiesta alle aziende farmaceutiche una particolare cautela in sede di commercializzazione degli stessi e quindi di adottare "tutte le misure idonee a evitare" possibili danni ai pazienti, anche per ridurre il rischio di responsabilità sul piano civilistico[106].

Per quanto concerne invece gli "obiettivi" delle parti, essi sembrano ascrivibili all'intento di assolvere ad obblighi di farmacovigilanza e di tutelare la salute pubblica, oltre che nella volontà di evitare che su Avastin oncologico ricadessero le ripercussioni negative derivanti dai profili di rischio connessi alla sicurezza di bevacizumab intraoculare[107]. A tal proposito, si segnala che, come già riconosciuto dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di rinvio, il dibattito scientifico circa la minore sicurezza o meno di bevacizumab in ambito oftalmico rispetto a Lucentis era aperto, e forse non è giunto a conclusione neppure oggi. Inoltre, il

[103] *Id.* par. 58.

[104] *Id.*, par. 53.

[105] Cfr. art. 16 par. 3 Regolamento 726/2004/CE come modificato dal Regolamento n. 1235/2010 e s.m.i..

[106] Infatti, la produzione di medicinali integra un'attività pericolosa *ex* art. 2050 c.c., a norma del quale «chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno» (cfr., *ex multis*, Trib. Roma, sentt. 20.6.2002 e 20.4.2002). La correttezza e la completezza delle informazioni contenute nel riassunto delle caratteristiche del prodotto (RCP) e quindi nel foglietto illustrativo di un farmaco, unitamente a un'adeguata azione di informazione scientifica, sono essenziali per dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare effetti dannosi per i pazienti.

[107] In senso difforme: B. Bertan, L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del consiglio di stato nel caso I760, *Roche/Novartis* - Farmaci Avastin-Lucentis: la valutazione concorrenziale degli accordi di licenza e l'uso *off label* del farmaco nella definizione di mercato rilevante, Rivista di diritto industriale, fasc.3, 2017, pag. 402.

fatto che la modifica sia stata inserita nelle avvertenze speciali, come richiamato dalla Corte in sentenza[108], non significa che si tratti di informazioni ingannevoli. Ma quindi, quali sono i profili che definiscono il carattere di ingannevolezza delle informazioni?

Partendo dagli elementi forniti dalla Corte e discussi anche in sede di udienza[109], il Consiglio di Stato sarà chiamato ad accertare nei fatti se le informazioni trasmesse da Roche alle autorità regolatorie siano state ingannevoli, tenendo in considerazione: (i) il carattere di inesattezza delle informazioni, (ii) la consapevolezza dell'inesattezza delle stesse da parte dei soggetti che le trasferiscono e (iii) gli effetti potenziali sul mercato derivanti dalle comunicazioni delle stesse informazioni.

Come indicato dalla Commissione nelle proprie osservazioni[110] nell'ambito del procedimento pregiudiziale, soltanto se le informazioni sono inesatte o fuorvianti, o almeno incomplete, parziali o ambigue, la presunta intesa può essere considerata come avente un oggetto restrittivo della concorrenza o più in generale come ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE. Per contro, se le informazioni sono corrette e non sono fuorvianti, l'intesa non è suscettibile di pregiudicare in alcun modo gli esiti positivi del processo concorrenziale (migliori condizioni di offerta in termini di prezzo, scelta, qualità, innovazione), come sottolineato dall'Avvocato Generale[111]. A ben vedere, fornire alle autorità regolatorie ed eventualmente ai medici tutte le informazioni disponibili sui profili di rischio di un prodotto farmaceutico, non solo non pregiudica il processo concorrenziale, ma anzi ne garantisce lo svolgimento, fornendo alle competenti autorità regolatorie tutti gli strumenti per garantirne appunto un corretto svolgimento. Il mero fatto che fornire queste informazioni possa avere un effetto negativo sull'utilizzo del farmaco oggetto della segnalazione non implica che si possa applicare l'art. 101 TFUE: l'obiettivo delle regole di concorrenza non dovrebbe essere la tutela del singolo concorrente, ma la tutela del processo concorrenziale; processo concorrenziale che potrebbe essere distorto soltanto se le informazioni fornite fossero inesatte, fuorvianti o denigratorie.

D'altro canto è opportuno richiamare che la chiara natura fuorviante (vale a dire incompleta, ambigua, parziale e/o non verificata) delle informazioni diffuse ha rappresentato in realtà l'elemento essenziale delle due sole decisioni[112] in cui

[108] Punto 92 della sentenza della Corte.

[109] C-179/16 - F. Hoffmann-La Roche e a. del 9 marzo 2017.

[110] C-179/16 – Commissione Europea, atto n. 40 registro n. 1028547.

[111] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale (cfr. punti 177-181).

[112] Si tratta delle decisioni della *Autorité de la concurrence* francese nei casi Plavix (maggio 2013) e Subutex (dicembre 2013), in cui la società farmaceutica produttrice del prodotto *originator* sottolineava differenze tra i propri prodotti e le versioni generiche, ingenerando in tal modo dubbi – in assenza di qualsiasi indicazione medico-scientifica in tal senso – sulla efficacia e sicurezza dei prodotti concorrenti e, in particolare, sulla loro bioequivalenza con i farmaci *originator*, bioequivalenza che era stata invece accertata dalle autorità competenti in sede di autorizzazione delle versioni generiche del prodotto. Nel caso Astrazeneca, che non è un caso di denigrazione, ma è il *leading case* in materia di interazione tra imprese e autorità di regolazione, la natura ingannevole o fuorviante delle informazioni comunicate era l'elemento centrale ed essenziale dell'accertamento della violazione delle regole di concorrenza.

un'autorità della concorrenza europea ha ritenuto che una strategia di comunicazione qualificata come denigratoria di un prodotto concorrente costituisse una violazione delle regole di concorrenza, seppure prevalentemente sotto il profilo dell'art. 102. TFUE. Tale accertamento si fondava sulla circostanza che, in quei casi, le imprese avevano fornito informazioni ingannevoli[113] che riguardavano dati di fatto rispetto ai quali le autorità non disponevano di alcun reale margine di valutazione, dovendo sostanzialmente prenderne atto e recepirli in modo automatico, senza alcuna facoltà di discernimento tecnico e critico[114]. Nel caso che ci occupa, invece, il Gruppo Roche ha basato la propria richiesta di modifica unicamente su dati oggettivi e veritieri riportati in due autorevoli studi clinici indipendenti, comparativi delle due molecole ranibizumab e bevacizumab in ambito oftalmico , rilevati tramite accurate rilevazioni di farmacovigilanza, a fronte dei quali l'EMA, autorità dotata evidentemente di tutte le necessarie competenze scientifiche, ha poi svolto un'approfondita valutazione di carattere discrezionale[115].

Ma l'aspetto di maggiore interesse in tal senso è che la mancata comunicazione di dati oggettivi e veritieri non è mai stata contestata nel merito dall'Autorità Garante nel Provvedimento, né – tanto meno – è mai stata contestata dalle autorità regolatorie, come si è già chiarito nel precedente paragrafo.

Come anticipato, per l'applicazione dell'art. 101 TFUE, deve inoltre sussistere la consapevolezza delle parti circa la natura inesatta o fuorviante dell'informazione comunicata, quale elemento ancora più necessario e indispensabile. Con riferimento alla giurisprudenza comunitaria, in alcuni casi di denigrazione[116], sussistevano indizi atti ad indicare che le imprese fossero consapevoli del carattere inesatto e/o fuorviante delle informazioni comunicate e comunque che le proprie dichiarazioni fossero tali da indurre in errore le autorità cui erano rivolte. A tal proposito nel caso Astrazeneca, sia il Tribunale che la Corte

[113] Nel caso *AstraZeneca*, è stato accertato nei confronti di quest'ultima un abuso di posizione dominante consistente nella «comunicazione alle autorità pubbliche di informazioni ingannevoli, idonee a indurle in errore e a permettere di conseguenza il rilascio di un diritto esclusivo come il CPC, cui l'impresa non ha in realtà diritto, o al quale ha diritto soltanto per un periodo più limitato» (Corte di Giustizia, *AstraZeneca*, cit., par. 62, cfr. altresì il par. 85). In particolare, a fronte del regolamento CEE n. 1768/92 che ha istituito i certificati protettivi complementari ("CPC") e che prevedeva che i farmaci già in commercio alla data della sua entrata in vigore potessero ottenere un CPC solo nel caso la prima AIC all'interno dell'Unione Europea fosse stata ottenuta dopo certe determinate date, AstraZeneca, anziché indicare la data in cui il prodotto in questione aveva effettivamente ottenuto la prima AIC, aveva invece comunicato alle autorità competenti di vari Stati Membri una data successiva di quasi un anno rispetto alla prima (e relativa al rilascio di una diversa AIC), ottenendo così dei CPC cui non avrebbe avuto diritto e prolungando in tal modo indebitamente la copertura brevettuale del proprio prodotto (Corte di Giustizia, *AstraZeneca*, cit., parr. 77 ss.). Secondo la Corte, AstraZeneca "*non poteva ragionevolmente ignorare*" che, a fronte delle proprie comunicazioni, le autorità che le ricevevano sarebbero state indotte in errore (vale a dire a rilasciare CPC cui l'impresa non aveva diritto) (*ibidem*, par. 81).

[114] Commissione, *AstraZeneca*, cit., par. 626 and 747; Tribunale, *AstraZeneca*, cit., par. 357; Corte di Giustizia, *AstraZeneca*, cit., par. 105.

[115] D'altra parte la fondatezza della modifica di RCP, decisa da EMA a fronte della doverosa condotta di Roche, è dimostrata anche dal fatto che le stesse avvertenze di eventi avversi figurano anche nel RCP di Avastin approvato negli USA dalla FDA.

[116] Plavix, para. 378, 461 e 514., Subutex, para. 365 e 381.

di Giustizia hanno evidenziato che, data la natura oggettiva della nozione di abuso, non è necessario dimostrare la malafede o la natura deliberata della condotta. Quindi, ciò che è necessario e sufficiente dimostrare è la consapevolezza in capo all'impresa della natura oggettivamente inesatta e fuorviante dell'informazione comunicata. Il che deve voler dire che, nel caso di specie, bisognerebbe quantomeno dimostrare che vi fossero informazioni e/o comportamenti atti ad indicare la natura inesatta o fuorviante delle comunicazioni effettuate. Inoltre, trattandosi di un caso di presunta intesa, si dovrebbe accertare che entrambe le imprese parti della stessa fossero consapevoli della natura inesatta o fuorviante delle informazioni. Infatti, se una o addirittura entrambe le imprese parti di una presunta intesa non sono consapevoli della natura inesatta o fuorviante dell'informazione, l'intesa non può avere un oggetto restrittivo della concorrenza perché tra gli obiettivi dell'intesa viene a mancare quello di restringere la concorrenza.

Infine, l'ultimo elemento necessario per accertare che un'intesa sia qualificata come una restrizione della concorrenza per oggetto è la valutazione degli effetti potenziali sul mercato derivanti dall'intesa e quindi la reazione dei terzi alle informazioni che sono loro comunicate. In particolare, il fatto che gli effetti potenziali dell'intesa dipendano dalla reazione dei terzi alle informazioni comunicate è importante soprattutto alla luce delle caratteristiche di tali terzi e, segnatamente, della loro maggiore o minore capacità di autonoma valutazione delle informazioni in questione. Tali principi sono stati chiariti dalla Corte in alcune decisioni nelle quali è stato distinto una richiesta rivolta ad un'autorità pubblica sprovvista di qualsiasi margine di autonoma valutazione, dal «semplice tentativo di influenzare l'autorità interessata nell'esercizio del margine di discrezionalità ad essa spettante»[117]. Inoltre, nel caso Astrazeneca, ad esempio, sia il Tribunale[118] quanto la Corte[119] hanno ritenuto che «dichiarazioni volte ad ottenere irregolarmente diritti esclusivi» costituiscono un abuso «solo quando sia dimostrato che, alla luce del contesto oggettivo nel quale vengono rese, tali dichiarazioni sono realmente idonee a spingere le autorità pubbliche ad accordare il diritto esclusivo richiesto» e quindi a determinare una restrizione della concorrenza. La capacità di autonoma valutazione dei terzi svolge dunque un ruolo fondamentale nell'analisi[120], sulla base del presupposto ovviamente che le informazioni comunicate siano effettivamente inesatte o fuorvianti.

Il Consiglio di Stato sarà pertanto chiamato ad accertare se, data la natura delle informazioni comunicate da Roche e l'ampio margine di valutazione di cui l'EMA disponeva e che era tenuta ad esercitare e ha effettivamente esercitato, la richiesta di modifica fosse o meno idonea a influenzare indebitamente l'EMA e quindi poi, per tale via e in ipotesi, a scoraggiare i medici dal continuare a

[117] *Compagnie Maritime Belge* (16 marzo 2000, cause C-395-96, par. 82).

[118] Tribunale, *AstraZeneca*, cit., par. 377.

[119] Corte di Giustizia, *AstraZeneca*, cit., par. 106.

[120] Cfr. F. Massimino, *Brevetto nullo di medicinale e concorrenza sleale: quali limiti ed obblighi per il titolare?*, in *Dir. Industriale*, 2016. In questo senso, cfr., A. Musso, *Ditte e insegna. Marchi. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, *Commentario del codice civile e codici collegati* Scialoja-Branca-Galgano, Bologna 2012.

prescrivere bevacizumab intraoculare; circostanza che sembra possa ragionevolmente escludersi alla luce degli elementi sopra evidenziati quali presupposti necessari per poter considerare una informazione effettivamente ingannevole e pertanto idonea a restringere la concorrenza.

Il "caso Lula" tra vicenda processuale e scenari politici

di Anna Ciammariconi

Abstract: ***Lula's case: the trial and political scenarios*** – This paper deals with the main stages of the trial and the political situation of Lula da Silva. Condemned both in the first and second instance, at present he is in prison where he is serving a 12-year and 1 month sentence for the crimes of passive corruption and money laundering in the Triplex case, a branch of the wider anti-corruption investigation known as "Lava Jato Operation" (the Brazilian version of the Italian "Clean Hands"/"Mani pulite" investigation). At the moment, such sentence makes unfeasible – according to the provisions of Complementary Law no. 135/2010 – Lula's candidature for the presidential election scheduled for next October 7th.

Keywords: Brazil; Lula's trial; Ineligibility; Presidential election; Anti-corruption.

1. Premessa

Nello stesso anno in cui il Brasile celebra i trent'anni della Costituzione[1], sono in calendario (7 ottobre) le elezioni dalle quali si attende il nome del 38° Presidente della *República Federativa do Brasil*[2]. Tutt'altro che sereno appare il clima politico dei mesi antecedenti la chiamata alle urne: sullo scacchiere delle candidature e delle future alleanze si avvertono, infatti, i contraccolpi della vicenda processuale dell'ex Presidente Lula. In base al fitto calendario elettorale fissato dal *Tribunal Superior Eleitoral*[3], i nomi dei candidati devono essere ufficializzati il 15 agosto, e alla luce dei più recenti sondaggi[4], l'ex Presidente (benché in flessione) resterebbe il candidato favorito per l'ascesa al *Planalto*[5]. Nel caso di specie, il condizionale è d'obbligo poiché allo stato attuale appare assai probabile l'estromissione di Lula dalla competizione elettorale in forza dell'applicazione della c.d. *Lei da Ficha Limpa*, ossia dell'atto che disciplina le cause di ineleggibilità.

Nelle pagine seguenti, vengono sommariamente ripercorse le tappe principali della vicenda giudiziaria di Luiz Inácio Lula da Silva e tratteggiato il quadro cui il caso in parola è in grado di dar vita sul piano politico.

---

[1] Promulgata il 5 ottobre 1988.

[2] Ai sensi dell'art. 77 Cost., l'elezione di Presidente e Vice-Presidente si tengono la prima e l'ultima domenica di ottobre (primo e secondo turno) dell'anno che precede la fine del mandato presidenziale in carica. Il ballottaggio è richiesto nel caso in cui nessun candidato ottenga la maggioranza assoluta dei voti (§ 3, art. 77 Cost.).

[3] Cfr. la *Resolução* n. 23.555 del 18 dicembre 2017, al seguente indirizzo Internet: www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-calendario-eleitoral-2018-pa-0604263-27.

[4] Si vedano i dati al sito http://datafolha.folha.uol.com.br/.

[5] Precisamente, il *Palácio do Planalto* è la sede ufficiale dell'Esecutivo federale; la residenza ufficiale del Presidente della Repubblica è il *Palácio da Alvorada*. Entrambi si trovano nella città di Brasilia, la capitale federale.

Fondatore e *leader* del *Partido dos Trabalhadores* (PT), Lula vanta una lunga carriera politica e incarichi istituzionali di massimo rilievo che lo rendono tuttora una figura particolarmente popolare tanto in Brasile quanto all'estero. Nella sua pregressa attività politica spiccano la partecipazione all'*Assembleia Nacional Constituinte*, incaricata di redigere il testo costituzionale del 1988, e l'appartenenza al Congresso federale in veste di deputato. Le prime elezioni presidenziali dell'epoca democratica (1989)[6] consentono a Lula di raggiungere il ballottaggio, nel quale, tuttavia, non riesce ad imporsi sul candidato del *Partido da Reconstrução Nacional* Fernando Collor de Mello[7]; ballottaggio che gli è invece favorevole sia alle presidenziali del 2002 che a quelle del 2006. Senza entrare nel dettaglio degli indirizzi politici attuati durante i due mandati presidenziali, è opportuno rimarcare la particolare attenzione prestata dall'amministrazione guidata da Lula nei confronti di ambiti di intervento quali *welfare* e ambiente: a tal riguardo, si possono esemplificativamente citare, sul primo versante, l'implementazione di diversi programmi sociali, dei quali il più noto è "*Bolsa família*" (ossia la previsione di sussidi per consentire scolarizzazione e vaccinazioni ai membri di famiglie in stato di povertà) e, sul secondo, gli interventi per la riduzione del disboscamento della foresta amazzonica.

La notorietà dell'ex Presidente è dimostrata anche dal clamore mediatico suscitato dai fatti in cui è coinvolto e dalla conseguente, profonda spaccatura determinatasi nell'opinione pubblica relativamente alla vicenda giudiziaria a suo carico. Su un versante, i sostenitori di Lula evidenziano i *vúlnera* ai principi costituzionali fondamentali (quali la presunzione di innocenza, l'eguaglianza, il principio del giudice naturale) e, in generale, le molteplici contraddizioni del processo; processo il cui fine precipuo consisterebbe nella neutralizzazione politica di un forte e autorevole candidato. Sull'altro versante, i critici che apprezzano l'azione della procura, in ragione della necessità di eradicare corruzione e impunità, che pervadono istituzioni e ambienti politici nonché il settore produttivo e imprenditoriale del Brasile.

2. *La* Lei da Ficha Limpa

A presidio dello svolgimento di libere elezioni, l'art. 14, § 9 della Costituzione federale (emendato nel 1994) affida alla fonte *Lei Complementar*[8] la definizione delle cause di ineleggibilità (a completamento di quelle già indicate nello stesso testo costituzionale, *ex* § 7, art. 14[9]) e dei termini della loro cessazione[10]. Nel caso in

[6] Nell'occasione, il PT fu artefice della grande mobilitazione sociale nota come *Direta Já*, che rivendicava per l'appunto l'elezione diretta in Brasile.

[7] Uno degli attuali pre-candidati: cfr. *infra* par. 4.

[8] Tipologia di atto che, ai sensi dell'art. 69 Cost., necessita di essere approvato dalla maggioranza assoluta dei membri del Congresso.

[9] Che recita «§ 7 São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição».

[10] Ai sensi del § 9, art. 14: «Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta».

esame, rileva la *Lei Complementar* n. 135/2010[11], comunemente indicata, come accennato, quale *Lei da Ficha Limpa* (ossia "legge della fedina pulita"), il cui art. 1, I, e) sancisce il divieto di eleggibilità per coloro che siano stati condannati da un organo collegiale[12]. La norma in parola colpisce, pertanto, Lula, il quale, alla sentenza avversa pronunciata in primo grado dal magistrato federale S. Moro, della *13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária* di Curitiba, assomma in appello quella dello stesso segno, sempre per i reati di corruzione passiva e riciclaggio di denaro, emessa dall'ottava sezione (*Turma*) del *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* (TRF-4)[13].

3. *La condanna nel processo* Triplex

La vicenda processuale di Lula – giunta alla condanna di secondo grado – è nota con il termine *Triplex*, dalle caratteristiche dell'attico della località balneare di Guarujá-SP che egli avrebbe ricevuto dal gruppo OAS in cambio di *favor* nell'aggiudicazione di appalti.

L'inchiesta sottesa a detta vicenda processuale costituisce un ramo della più ampia indagine denominata "*Operação Lava Jato*" (o anche "*Petrolão*"[14]), avviata dalla procura federale di Curitiba (Stato del Paraná) il 17 marzo 2014[15] ed estesasi in breve tempo ad altri Stati latinoamericani nonché ad ulteriori continenti, in specie all'Africa[16]. Più in particolare, alla base dell'indagine figura l'ipotesi accusatoria di un sistema di corruzione e di tangenti che accompagnerebbe l'aggiudicazione di appalti pubblici, con il coinvolgimento di vertici istituzionali,

[11] Approvata durante il secondo mandato presidenziale di Lula, modifica la *Lei Complementar* n. 64 del 1990 e fissa «de acordo com o § 9 do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato».

[12] Più in dettaglio, la disposizione citata vieta l'eleggibilità a qualsiasi carica per: «e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
8. de redução à condição análoga à de escravo;
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;».

[13] Organo collegiale, composto dai giudici J. Gebran, L. Paulsen e V.L. dos Santos Laus.

[14] Riecheggiando così l'inchiesta "*Mensalão*", che aveva precedentemente colpito l'Esecutivo di Lula; si trattava, cioè, di un sistema di corruzione che coinvolgeva esponenti politici, i quali avrebbero ricevuto compensi mensili in cambio del voto favorevole alle misure del governo.

[15] Per completezza di informazioni, l'*Operação Lava Jato* riunisce quattro diverse inchieste relative a reati di natura finanziaria e uso indebito di risorse pubbliche.

[16] Maggiori dettagli all'indirizzo Internet www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato.

di molteplici esponenti politici, di rappresentanti della compagnia statale petrolifera Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A) e di alcune aziende (tra cui OAS) operanti nel settore immobiliare[17].

La sentenza di primo grado è stata pronunciata il 12 luglio 2017[18] dal giudice federale (sezione penale) S. Moro, il magistrato simbolo delle inchieste anticorruzione in Brasile[19]. In base a una serie di prove indiziarie[20], di intercettazioni telefoniche, di dichiarazioni di alcuni collaboratori di giustizia[21] l'ex Presidente, secondo l'accusa, avrebbe «participado conscientemente do esquema criminoso», costituito da «estratagemas subreptícios para ocultar as transações» e dall'utilizzo improprio di risorse pubbliche, al fine di ottenere il sostegno di parlamentari, il finanziamento delle campagne elettorali del PT e, in generale, l'indebito arricchimento dei soggetti coinvolti nel sistema corruttivo. Motivi per i quali è considerato responsabile dei reati di corruzione passiva aggravata (*ex* art. 317, § 1, c.p.) e riciclaggio di denaro (*ex Lei* n. 9.613/1998)[22] e condannato a una pena di nove anni e sei mesi di reclusione. A sostegno della propria decisione, la procura rimarca come, unitamente ai vantaggi politici ottenuti, Lula avrebbe anche ricevuto l'appartamento denominato "164-A, *Triplex* (SP)", situato nel litorale paulista; per mancanza di prove (*ex* art. 386, VII, c.p.p.), l'ex Presidente è invece scagionato dall'accusa di corruzione e riciclaggio di denaro in relazione alle spese di manutenzione dell'archivio presidenziale.

Contro le accuse, non sono risultate quindi convincenti le argomentazioni della difesa, la quale, in particolare, ha invocato la patente violazione di alcuni principi fondamentali (tra cui la presunzione di innocenza, il principio del giudice naturale[23], l'eguaglianza, la *privacy*) e denunciato l'atteggiamento persecutorio nei confronti di un avversario politico molto popolare. Dal punto di vista della difesa si evidenzia altresì l'inconsistenza delle motivazioni della procura, atteso, ad esempio, che l'appartamento "164-A, *Triplex* (SP)" non risulta formalmente intestato a Lula[24].

[17] La denominazione "*Lava Jato*", ossia "autolavaggio", evoca il luogo in cui sarebbe materialmente avvenuto lo scambio di tangenti e di denaro illecito (una stazione di rifornimento di Brasilia).

[18] L'inchiesta a carico di Lula era stata avviata nel marzo 2016. Il testo della sentenza è reperibile sul sito della procura (*Seção Judiciária do Paraná*) o, volendo, al *link* lula.com.br/sites/default/files/anexos/sentenca_-_12.07.pdf.

[19] Giova dar conto del fatto che molteplici sono le critiche mosse nei confronti dell'operato del magistrato: il motivo ricorrente di disapprovazione attiene alla sovraesposizione mediatica del giudice; non mancano, inoltre, coloro che accostano l'*Operação Lava Jato* all'inchiesta italiana "Mani pulite", evidenziando come proprio da quest'ultima avesse tratto "ispirazione" il giudice brasiliano (autore, non a caso, di un articolo sulla vicenda giudiziaria italiana: cfr. S.F. Moro, *Considerações sobre a operação mani pulite*, in Rev. CEJ, 2004, pp. 56-62, reperibile in s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf).

[20] Spicca il condizionamento delle figure da nominare al vertice dell'azienda petrolifera.

[21] Tra cui José Adelmário Pinheiro Filho (Léo Pinheiro), ex-Presidente di OAS: cfr. par. 34 della sentenza.

[22] Cfr. par. 948 della sentenza in discorso.

[23] Il venir meno del legame tra il processo *Triplex*-SP e l'*Operação Lava Jato* priverebbe il giudice federale del Paraná della competenza giurisdizionale nel processo *de quo*.

[24] Cfr. par. 39 della sentenza, in cui vengono riportati alcuni stralci delle argomentazioni addotte dalla difesa: «o ex-Presidente sofre perseguição política e é vítima de uma "guerra jurídica" ou de "lawfare", "com apoio de setores da mídia tradicional" … os direitos do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foram violados, com um devassa de sua vida privada e de

Come accennato, la condanna è confermata anche in appello, in forza della sentenza votata all'unanimità dai giudici dell'8ª *Turma* del TRF-4 (sentenza pronunciata il 24 gennaio 2018). Nell'occasione, il collegio accoglie l'orientamento della procura di Curitiba, ritenendo Lula responsabile dei reati di corruzione passiva e riciclaggio di denaro. La pena inflitta risulta tuttavia aggravata a dodici anni e un mese di reclusione (rispetto ai nove anni e sei mesi del primo grado)[25]. Sostenuto da riferimenti al diritto comparato[26] e alla giurisprudenza del *Supremo Tribunal Federal* (STF) e dello stesso TRF-4[27] rileva, inoltre, il riferimento della motivazione relativo all'esecuzione della pena: «Não se está aqui a tratar de prisão cautelar» – dichiara il giudice – «cujos requisitos são próprios e não coincidentes com o atual estágio do processo, mas sim de execução de pena em razão de título judicial condenatório, sobre o qual não mais se estabelecerá efeito suspensivo diante da eventual interposição de recursos aos Tribunais Superiores». La pena, dunque, non risulta ulteriormente sospesa in attesa dei ricorsi dinanzi alle giurisdizioni superiori.

L'ultima tappa, in ordine cronologico, dell'intricato percorso processuale che coinvolge Lula è costituita dal rigetto (22 giugno 2018), da parte del giudice del STF (*Ministro* E. Fachin), della richiesta di scarcerazione e concessione degli

seus familiares, buscas e apreensões, quebras de sigilo, condução coercitiva e divulgação de áudios da interceptação … o Juízo é incompetente para julgar a ação penal».

Per un'analisi della decisione e ulteriori approfondimenti, orientati in senso critico rispetto alla ricostruzione della procura, cfr., ad esempio, i contributi presenti nel volume di C. Proner *et al.* (orgs), *Comentários a uma sentença anunciada. O processo Lula*, Bauru-SP, 2017, pp. 482.

[25] Nel par. 4.1.4. della sentenza è specificato quanto segue: «Diante do concurso material entre as condutas [corruzione passiva e riciclaggio di denaro], as sanções resultam em 12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa». Più in particolare, per il reato di corruzione passiva, il collegio giudicante – rammentando che il c.p. prevede una pena da due a dodici anni – stabilisce: «Por essas razões, devem ser computadas como negativas a culpabilidade, as circunstâncias, os motivos e as consequências do crime, majorando-se a pena-base para 7 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão … Incide em favor do réu a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, em face de ter atingido idade superior a 70 anos ao tempo da sentença, motivo pelo qual reduzo a pena em um sexto, quedando-se em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão … Incide a causa especial de aumento de pena prevista no art. 317, § 1º, do Código Penal, vez que o crime fora cometido com infração a dever funcional, na medida em que o réu dava suporte ao esquema de corrupção com a indicação e nomeação de agentes públicos, devendo a pena deve ser exasperada em um terço, elevando-a para *8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão*» (a ciò deve aggiungersi la sanzione pecuniaria equivalente a «230 dias-multa»); in relazione al reato di riciclaggio di denaro «merece provimento o recurso ministerial para considerar como negativas, além da culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do delito, majorando a pena-base para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. No restante, a pena deve ser reduzida em 1/6 pela atenuante do art. 65, I, do CP. Não há causas de aumento ou de diminuição. Não se aplica a causa de aumento do § 4º do art. 1º da Lei n.º 9.613/1998, pois se trata de um único crime de lavagem, sem prática reiterada. Quanto à prática da lavagem por intermédio de organização criminosa, os atos de lavagem ocorreram no âmbito da OAS Empreendimentos e não no âmbito do grupo criminoso organizado para lesar a Petrobras. Desse modo, a pena final para o crime de lavagem de dinheiro resulta em *3 (três) anos e 9 (nove)* meses de reclusão» (a ciò deve aggiungersi la sanzione pecuniaria equivalente a «50 dias-multa»). C.vo aggiunto. Cfr., in special modo, i par. 4.1.2. e 4.1.3. della sentenza (reperibile sul sito del TRF4, con accesso riservato).

[26] Vengono citate, in particolare, le esperienze statunitense e francese: cfr. par. 7 sentenza.

[27] In specie la *Súmula 122*.

arresti domiciliari per l'ex Presidente avanzata dalla difesa. Tale decisione[28], oltre a rendere ancor più remota l'ufficializzazione della candidatura di Lula alle imminenti elezioni presidenziali, accresce il clamore mediatico che ruota attorno alla vicenda. Appena qualche settimana addietro (3 maggio 2018), la seconda sezione (*Segunda Turma*) del STF ha negato (per tre voti a due) il trasferimento dalla procura della giurisdizione federale di Curitiba a quella di San Paolo dell'inchiesta riguardante la ristrutturazione della proprietà immobiliare dell'ex Presidente situata ad Atibaia-SP (e a proposito della quale – secondo la procura federale – Lula avrebbe ricevuto tangenti da alcune imprese costruttrici, tra cui OAS e Odebrecht). La stessa *Segunda Turma* del STF (sempre di stretta maggioranza per tre voti a due[29]) si è orientata in senso opposto solo alcuni giorni prima (24 aprile 2018), ritenendo che le deposizioni rilasciate da alcuni dirigenti della Odebrecht non avessero alcun legame con la vicenda riguardante la compagnia petrolifera statale Petrobras (al centro della più ampia indagine "*Operação Lava Jato*") e che pertanto l'inchiesta fosse suscettibile di essere trasferita alla procura paulista[30].

Le decisioni appena menzionate seguono di poche settimane la consegna di Lula alla polizia federale di Curitiba (7 aprile 2018), in esecuzione del mandato d'arresto spiccato dal giudice S. Moro[31], a sua volta immediatamente successivo al diniego, da parte del STF – per sei voti contro cinque[32] –, del mancato

[28] Il cui testo è reperibile al *link*: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7670.pdf.

[29] Il differente orientamento è da ricondurre al giudice Dias Toffoli, secondo il quale la sospensione del processo non terrebbe conto della portata della decisione, isolata e provvisoria. Nelle parole del *Ministro*: «Dessa feita, determinou-se o encaminhamento isolado de termos de depoimento que originariamente instruíam procedimento em trâmite no Supremo Tribunal Federal à Seção Judiciária de São Paulo, bem como que, em relação a esses termos de depoimento – *e não em relação a ações penais em curso em primeiro grau* – fossem oportunamente observadas as regras de fixação, de modificação e de concentração de competência ... Nesse contexto, por não vislumbrar plausibilidade jurídica para sua concessão, indefiro o pedido de medida liminar». Il documento integrale è reperibile sul sito del STF, al *link* file:///C:/Users/utente/Downloads/texto_314271229.pdf (*Medida Cautelar na Reclamação* n. 30.372).

[30] Quasi contemporaneamente (30 aprile 2018) è stata avviata un'ulteriore inchiesta a carico di Lula: la procuratrice generale R. Dodge contesta all'ex Presidente (unitamente alla senatrice e presidente del PT G. Hoffmann, agli ex Ministri A. Palocci e P. Bernardo, all'imprenditore M. Odebrecht) i reati di corruzione e riciclaggio di denaro. Secondo la procura, la società Odebrecht avrebbe versato al PT, nel 2010, la somma di 40 milioni di dollari USA in cambio di agevolazioni, tra cui un credito presso il *Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social* (BNDES) da impiegare in opere da svolgere nello Stato dell'Angola. Sul punto v. A. de Souza, A. Talento, *PGR denuncia Lula, Gleisi e mais 4 por corrupção e lavagem de dinheiro*, in https://oglobo.globo.com (30 aprile 2018), e R. Brito, *PGR denuncia Lula, Gleisi e ex-ministros Palocci e Paulo Bernardo por favorecerem Odebrecht*, in www.terra.com.br (30 aprile 2018).

[31] Nel documento, datato 5 aprile 2018, si legge, in particolare, che in forza del prestigio della carica ricoperta da Lula viene concessa «a oportunidade de apresentar-se voluntariamente à Polícia Federal em Curitiba até as 17:00 do dia 06/04/2018, quando deverá ser cumprido o mandado de prisão»; si precisa, inoltre, «que, em razão da dignidade do cargo ocupado, foi previamente preparada uma sala reservada, espécie de Sala de Estado Maior, na própria Superintência da Polícia Federal, para o início do cumprimento da pena, e na qual o ex-Presidente ficará separado dos demais presos, sem qualquer risco para a integridade moral ou física».

[32] Hanno votato contro la concessione dell'HC i giudici: Fachin, Moraes, Barroso, Rosa Weber, Fux, la presidente del STF Cármen Lúcia; si sono espressi in favore: Mendes, Toffoli, Lewandowsky, Marco Aurélio, Celso de Mello.

accertamento delle condizioni necessarie per la concessione dell'*habeas corpus preventivo*[33]. A quest'ultimo riguardo, con la decisione da ultimo richiamata (assunta il 4 aprile scorso[34]), il STF ha vanificato il tentativo della difesa di Lula di impedire l'esecuzione della pena irrogata in secondo grado dal *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. La motivazione del diniego del giudice relatore del STF, *Ministro* Fachin, per un verso, si inserisce nel solco di un constante orientamento giurisprudenziale del STF: dall'entrata in vigore del testo costituzionale del 1988, l'organo giurisdizionale ha considerato legittima l'esecutività della sentenza penale a partire dal secondo grado di giudizio (tale orientamento è stato riconfermato nel 2016[35], dopo una giurisprudenza in senso contrario durante il periodo[36]). Per altro verso, fa leva sull'opportunità di non aprire la via a difformità di giudicato fra le Corti di vertice del sistema (STF e *Superior Tribunal de Justiça*-STJ) in ordine alla medesima questione (infatti anche il STJ, chiamato a pronunciarsi sull'istanza di *habeas corpus preventivo*, ha unanimemente deciso non ricorressero gli estremi per l'applicazione dell'istituto in parola[37]). Più in particolare, invocando la dottrina del precedente giudiziario e l'operatività in senso orizzontale dello *stare decisis*, il *Ministro* Fachin ha modo di precisare come l'esecutività della misura non arrechi pregiudizio alcuno al principio di presunzione di innocenza (sancito nell'art. 5, inciso LVII, Cost. 1988) puntellando le proprie argomentazioni con il richiamo alle numerose censure subite dal Brasile ad opera della Corte interamericana dei diritti umani circa la garanzia della certezza della pena. Dal canto suo, la parte minoritaria del collegio giudicante, orientata alla concessione dell'*habeas corpus preventivo*, nel ribadire l'indefettibilità della salvaguardia dello Stato di diritto e, più specificatamente della presunzione di innocenza, almeno fino al terzo grado di giudizio esorta il STF ad assumere un atteggiamento di apertura nei confronti di una possibile revisione della propria decisione (come, del resto, già accaduto nel 2009)[38].

[33] Ai sensi dell'art. 5, LXVIII, Cost., l'istituto dell'*habeas corpus* è concesso «sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder». Relativamente all'istanza di HC al STF, cfr., in particolare, l'art. 101, I, g), Cost. (secondo cui compete al STF giudicare «processar e julgar originariamente … o *habeas corpus*, quando for paciente, ou coator, Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição do Tribunal, ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e, ainda, se houver perigo de consumar-se a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido») nonché, relativamente ai profili più specifici, gli artt. 647-67, *Código de Processo Penal* (*Decreto-Lei* n. 3.689, del 3-10-1941).

[34] La cui documentazione è disponibile sul sito del STF: processo HC, n. 152752.

[35] HC 126292.

[36] HC 84078.

[37] HC n. 443941. ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82129367&num_registro=201800776135&data=20180409&tipo=0&formato=PDF.

[38] Si deve incidentalmente dar conto che la spaccatura in seno al STF ha rinvigorito le ricorrenti preoccupazioni circa l'eccessiva politicizzazione del *Supremo*, dovuta alla matrice politica della designazione dei suoi membri (i quali, ai sensi dell'art. 101, *Parágrafo único*, Cost., sono nominati dal Presidente della Repubblica, dopo l'approvazione, a maggioranza assoluta, del Senato federale).

4. *Lo scenario politico in vista delle prossime elezioni presidenziali*

In una prospettiva di taglio squisitamente politico, l'ineleggibilità di Lula condiziona fortemente il dibattito e il procedimento elettorale per la chiamata alle urne finalizzata alla scelta del nuovo Presidente.

Anzitutto, le prossime scadenze elettorali appaiono influenzate dall'evolvere di almeno due elementi: in primo luogo, la candidatura di Lula, per quanto improbabile, non è ancora completamente impraticabile, per via della possibilità di azionare (in relazione al processo *Triplex*) ulteriori due gradi di giudizio (dinanzi al STJ e al STF)[39]; secondariamente, come accennato, la partita delle candidature e delle alleanze è ancora in via di definizione, poiché sono state formalizzate le sole pre-candidature: oltre a quello di Lula, circolano almeno altri diciassette nomi per l'ascesa a *Planalto*, tra cui quelli del deputato federale J. Bolsonaro (*Partido Social Liberal* – PSL), dell'ex giudice del STF J. Barbosa (*Partido Socialista Brasileiro* – PSB), del governatore di San Paolo G. Alckmin, (*Partido da Social Democracia Brasileira* – PSDB), del Presidente in carica Michel Temer[40] (*Movimento Democrático* Brasileiro – MDB), dell'ex Presidente e attuale senatore Collor de Mello (*Partido Trabalhista Cristão* – PTC)[41], e, sul versante femminile, di M. Silva (*Rede*), già senatrice e ministro dell'ambiente, di M. d'Ávila (*Partido Comunista do* Brasil – PCdoB), attuale deputata nello Stato del Rio Grande do Sul ed ex deputata federale, e della sindacalista V. Lúcia (*Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado* – PSTU).

In questo contesto, segnato da più ombre che luci, l'ufficializzazione della candidatura di Lula potrebbe legittimamente maturare solo in seguito al realizzarsi di almeno una delle seguenti situazioni: la riforma della decisione di condanna da parte delle istanze giurisdizionali superiori; l'eventuale accoglimento di un'ulteriore, possibile richiesta di *habeas corpus*; il *revirement* del STF riguardo il proprio orientamento circa l'immediata esecuzione della pena, dopo il secondo grado di giudizio. Va da sé che il verificarsi di una di queste (scarsamente probabili) eventualità, oltre a consentirgli di concorrere alla competizione elettorale, offrirebbe a Lula anche le argomentazioni critiche da spendere in campagna elettorale (che, come accennato, conosce già toni particolarmente accesi, in un clima generale segnato, tra l'altro, da una forte recessione economica).

[39] Nel contempo, si rammenti che l'ex Presidente è coinvolto in ulteriori inchieste (due avviate dalla procura di Curitiba – processi nn. 5006617-29.2016.4.04.7000 e 5063130-17.2016.4.04.7000 – e quattro da quella di Brasilia – processi nn. 0042543-76.2016.4.01.3400, 0016093-96.2016.4.01.3400, 0076573-40.2016.4.01.3400, 37544-46.2017.4.01.3400 –) e, di recente, come anticipato (cfr. *supra* nt. 30), figura un'ulteriore denuncia a suo carico proveniente dalla *Procuradora-Geral da República* R. Dodge.

[40] Già Vice-Presidente durante il mandato di Dilma Rousseff, ha assunto la carica di Presidente nel 2016 dopo la destituzione di quest'ultima per *impeachment* (accusata di aver manipolato il bilancio statale).

[41] Gli altri pre-candidati sono: l'ex-ministro ed ex-governatore dello Stato di Ceará C. Gomes (*Partido Democrático Trabalhista* – PDT), l'ex presidente della Camera dei deputati e Ministro nei governi Lula e Dilma A. Rebelo (*Solidariedade*), il Presidente della Camera dei deputati R. Maia (*Democratas* – DEM), il senatore Á. Dias (*Podemos*), il ministro dell'economia e finanze H. Meirelles (*Movimento Democrático Brasileiro* – MDB), G. Boulos (*Partido Socialismo e Liberdade* – PSOL), J. Amoêdo (*Novo*), il deputato costituente F. Rocha (*Partido Republicano Brasileiro* – PRB), P. Rabello De Castro (*Partido Social Cristão* – PSC).

The Lula da Silva Case: background and the effects of his conviction

di Luiz Guilherme Arcaro Conci

Abstract: ***Il caso Lula: contesto ed effetti della sua condanna*** – This article presents an analysis of the case from which the first conviction of Lula da Silva was derived in Brazil, and points out that, despite the importance of Operation Lava-Jato, Brazilian version of the Italian Mani Pulite operation, the results obtained in the Lula case indicate for the erosion of the Constitution in favor of other legal goods, contributing to the feeling that it is a process whose treatment by the justice system is different from the others and that the illegalities of this procedure contaminate it.

Keywords: Fight against corruption; Legality; Erosion of the Constitution; Lula da Silva; Conviction.

1. Introduction

The purpose of this article is to establish an analysis of the famous "Lula Case", which keeps him imprisoned in the present days due to accusations that he received, through acts of corruption, an apartment of the Construction Company OAS, one of the largest Brazilian in this market, repaying this benefit with acts that facilitated the commercial life of that company and, afterwards, will analyse the repercussion of the condemnation for eventual candidacy to President of the Republic.

In this sense and order I'll, firstly, present the Operation "Lava Jato". Secondly, discuss the cult and the profile of the judge responsible for the case, Moro. Lastly, explain the effects of the condemnation of Lula da Silva. For that, I´ll focus only on the Criminal Action No. 5046512-94.2016.4.04.7000, sentenced by the 13ts Federal Justice Court in Curitiba and maintained by the 4th Regional Federal Court.

2. The Operation "Lava Jato"

Initiated in 2014, The Operation "Lava Jato" (OPL) became one of the biggest investigations regarding corruption and public money larceny of the history of Brazil. The Operation turned into a purging and centralising process of a lot of different cases of corruption in the occurred in the whole country, concentrating it in a more peripherical state-capital, Paraná, on the south of Brazil.

ISSN: 2037-6677

The OLJ initiated with the specific purpose of dismantling a corruption scheme which involved gas stations and car washers - hence the name "lava jato", which is the translated noun in Portuguese for the place where cars are washed. There were suspicions that large sums of money were being illegally moved by "doleiros" – parallel exchange market operators. The most notorious of those, Alberto Yousef, responsible for the movement of billions of reais, was convicted in affiliation with a former executive of Petrobras (the State national company of oil), Paulo Roberto da Costa. After their arrest, they became relevant informers on the case.

From the excessive and illegal use, as we will see, of precautionary prisons and the institute of plea bargain (delações premiadas[1]), characteristic of the modus operandi of OLJ in Curitiba, a gigantic scheme of Corruption was discovered. It involved the main parties of the former political base of support of Federal Government which, didn't only involve the political parties (PT, PMDB and PP, mainly), but also several contractors, among them Odebrecht, OAS , Camargo Correia and Andrade Gutierrez.

As time passed by and investigations advanced, beneficial collaboration agreements and precautionary prisons helped to point out that, the corruption scheme was not only related to PETROBRAS. Several contracts with the State, such as the construction of hydroelectric power plants, infrastructure deals for the World Cup, construction of the underground in several capitals, among others, were affected. It reached practically all political parties at the national, state and municipal level.

It is relevant to recall that an investigation that began, on suspicions of money laundering connected with gas stations, became a *locus* for fighting corruption in multiple sectors, in several crimes, practiced in various states of the federation. On one hand, this shows the magnitude of the objectives meanwhile, also representing clear violations of constitutional and procedural rules, such as territoriality, natural judge, presumption of innocence, right to stay in silence, prohibition of illegal home search, among several other rules.

What interests, in this case, is the outcome of this unlawful epic tale, which the conviction of former President Lula da Silva on level of appeal, by the Federal Regional Court of the 4th Region, and his subsequent arrest.

3. OLJ, Judge Sérgio Moro and the legal inconsistencies perpetrated in a defected process

In 2004, judge Moro, a than unknown judge and former professor of a Federal University wrote an article in which he demonstrated his admiration for the Italian

[1] "(...) a special investigative technique that stimulates the contribution made by a co-author or participant of crime in relation to the others, by the benefit, as a rule, of immunity or guarantee of reduction of the sentence or grant of freedom. This type of collaboration is highly important in the investigation of some kinds of crimes, such as those by criminal organizations, money laundering and corruption, always committed under the cloak of silence " as stated by Cibele. B. G. Fonseca et. al. A Colaboração Premiada Compensa? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Available in www.senado. leg.br/estudos.

Operation Mani Pulite, foreseeing his decisions[2].

Based on the opinions expressed in the mentioned article, we understand the repeated use of (a) precautionary prisons as strategy for this process (instrumental means); (b) the media as a mean of nourishing the support of public opinion, to legitimize the actions of the justice system (political timing); c) the fragility of a non-legal discourse, supposedly legitimized by morality and bad politics; d) violation of fundamental rights and criminal procedure law.

There're two important moments, in which the concerns presented are challenged. The first is related to the illegal leak of a recorded conversation between Dilma Rousseff, at the time President of Brazil, and Lula da Silva. The recording occurred after judge Moro ordered to suspend telephonic wires. It´s necessary to point that, as affirmed by the Brazilian Constitution (article 102, I, b), he didn't have competence to analyse conversations in which the President was involved because the only Court that could investigate the President was the Supreme Court. Nonetheless, the recordings were leaked to the press, two days before the plenary decision of the Federal Senate on articles of impeachment against Ms. Rousseff, demonstrating the political timing of the actions taken by the investigation.

As expected, the lawyers of Lula da Silva argued the legal violation in the 4th Federal Regional Court. On justifying their decision not to uphold the law, on ground this of being "an unprecedent case (unique, exceptional) on the Brazilian law". It was also mentioned that in such cases "there'll be unprecedent situations, which'll escape the common boundaries of the law, reserved for common cases". Furthermore, the same decision affirmed the existence of a "judicial state of exception", by implying that:

> "It is correct to understand that the secrecy of telephone communications (constitution, article 5, xii) may, in exceptional cases, be overridden by general interest in the administration of justice and in the application of the criminal law. The permanent threat to the continuity of the investigations of Operation Lava-Jato , even though suggestions of changes in the legislation, undoubtedly constitutes an unprecedented situation, deserving an exceptional treatment[3] ".

Such statements would make any public servant blush in the exercise a function if the Rule of Law, the one affirmed at the Article 1 of the Constitution was respected, constituting a clear deviation from the minimum rules for the application of criminal law[4].

---

[2] Moro, S. *Considerações sobre a operação mani pulite*. Revista CEJ, Brasília, v. 8, n. 26, p. 56-62, set. 2004.

[3] Administratice Procedure. Special Court, Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, Federal Judge Rômulo Pizzolatti. Available at www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf

[4] It is hard not to remember the lesson of Carl Schmitt, for whom "the existence of the state maintains here an undoubted supremacy over the validity of the legal norm. The decision frees itself from any normative link and becomes absolute in the real sense", complementing that" the autonomous moment of the decision can be repelled to a minimum; in the exceptional case, the (legal) norm is annihilated" (Schmitt, Carl. *Political Theology*, Del Rey, p.13)

The notoriety of the case and also of the judge, fomented by the media, in cases as the one analysed, become a source of "legal legitimation" of lawlessness, and also to capture the support of public opinion[5], even if it is expressing a clear violation of the functional duties of the judge is overwhelming.

The justification, for the disclosure of the illegally recorded conversation, coincidentally occurred two days before the impeachment trial of Ms. Rousseff, states that "the intercepted (Lula da Silva) was the one that was being investigated and not the authority (President of the Republic)" and that "not even the supreme agent of the Republic has an absolute privilege in the safeguard of his communications, here harvested only fortuitously[67]".

This is a clear case of condemnation by the media prior to the delimitation of the judicial process, which reinforces the perception that such media spectacles serve purposes different to the protection of fundamental rights[8], as we shall see[9].

The third point raised by me concerns the use of moral arguments and administrative morality to justify in which cases the law should apply. It justifies the presumption of innocence as a "pragmatic instrument intended to prevent the arrest of innocents[10]" and points to the requirement that there should be no "moral obstacle to decisions of arrest, especially in cases of great magnitude and in which there has been no public money, especially in a country with scarce resources. "

It is hard to believe that unequal treatment for cases of "large magnitude" has legal provisions. There is a disregard for the Constitution and the presumption of innocence, provided in the constitutional text itself, when it states that "semantic games aside, there is no way to equate the procedural situation of the accused before the judgment with that after the conviction, although this be definitive."[11]. A moral argument against the Constitution and the civilizational advance that the double degree of jurisdiction has presented to us, since the

[5] Such an occurrence is striking in this process and is justified in Moros' article previously analysed on the Italian Operation, by saying that the publicity given to the investigations was healthy and favoured the magistrates. Fomented more confessions and that "more importantly", would have guaranteed "the support of the public opinion to the judicial actions, preventing that the public figures investigated obstructed the acts and mesures of the magistrates". Risks to his honour are said to be secondary, provided "care is taken in the disclosure of facts relating to the investigation, not the abstract ban on disclosure, since publicity has legitimate objectives and cannot be achieved by other means." Cf. MORO, *supra*, P. 59.

[6] Sentence of the Criminal Action No. 5046512-94.2016.4.04.7000.

[7] It closes up based on the precedent of the US Supreme Court (US v. Nixon, 1974), which is a misunderstanding, for one is talking about a constitutional system that, unlike Brazilian or Italian, does not admit the prosecution of authorities by ordinary courts rather than by higher courts, as provided for in the constitutions of these countries.

[8] Casara, Rubens R.R. *Processo Penal do Espetáculo* – Ensaios sobre o poder penal, a dogmáticos e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2015. p. 11-12

[9] Paffarini, Jacopo. Il presidenzialismo brasiliano alla prova delle inchieste e della crisi del bilancio statale: osservazioni sull'impeachment contro Dilma Rousseff.DPCE Online, [S.l.], v. 31, n. 3, oct. 2017. P. 553. ISSN 2037-6677. Available at: <www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/426>. Date accessed: 02 may 2018.

[10] [10] Moro, Sergio. *supra*, p. 61.

[11] [11] Moro, Sergio, Supra, p. 61;

subjectivation of interpretation according to the personal ideas of a judge and of the judicial persecution can't be taken as secondary.

But there is another alarming moral judgment when stated that "there is no moral obstacle in trying to obtain an acknowledged confession or accusation from the investigated or the accused" considering that "the investigator's own isolation is only done to the extent permitted by law". The problem is that the argument used is forbidden by the art. 132 of the Code of Criminal Procedure. The only reasons to impose or maintain someone arrested in cases like the one is to:

> "the guarantee of public order, the economic order, for the convenience of the instruction of the criminal law, or to ensure the application of criminal law, where there is proof of the existence of the offense and sufficient evidence of authorship".

Become clear that stressing the precautionary arrest to obtain a confession is forbidden. Even when the legal terms laid down in a clearly open normative statement allows the interpreter to choose some meaning to decide, especially the one who has the responsibility to decide, interpret the law against its goals is an act of malice or bad faith.

4. The Lula da Silva Case and the clear procedure irregularities promoted by OLJ

Firstly, it´s important to point again that the case analysed concerns to Criminal Action No. 5046512-94.2016.4.04.7000, in which former President Lula da Silva was convicted of committing two crimes: money laundering and passive corruption. In that case, after the decision on degree of appeal, rendered by the Federal Regional Court of the 4th Region (TRF4), against the decision of the 13th Lower Federal Court (13ª Vara Federal) of Curitiba, his arrest was determined by Judge Moro. I will not discuss other situations and processes, because they are beyond the scope of this article.

The succession of lawlessness occurred in such a discussed case, as we shall see, has different reasons. The first of these concerns the profile of the court judge who subsequently violates the duties of magistrates, provided in Complementary Federal Law 35/1979, which not only requires "serenity" (article 35, I) in the exercise of their duties, but also requires "irreproachable conduct in public and private life" (Article 35, X). These duties are not complied with in several national and foreign media, photos of the referred judge with authorities who have their conducts[12] analysed and also participating in events sponsored by groups of people

[12] There're several photos of Judge Moro's at public events, some sponsored by defendant companies in OLJ. The persons in these photos include the defendants Aécio Neves and President Michel Temer. Available at oglobo.globo.com/brasil/lula-publica-fotos-de-moro-com-aecio-temer-21355071.

also investigated in Operation Lava-Jato, some of them, with claims received before the courts[13].

If this were not enough, it violates the prohibition of "expressing, by any means of communication, an opinion on a pending trial of his or another person, or a derogatory judgment, on preliminary decisions, votes or sentences", of judicial institutions, except for academic purposes or in the exercise of teaching. Interviews by magazines and newspapers, and use of the press are usual for Judge Moro, as pointed by his article and seen on his behaviours, commented above. In doing so, it stresses his impartiality and hamper the role of the defence that has to fight against someone who should be more prudent on the exercise of his role, and limit himself to speaking in the records, as is required, instead of reverberating into a judicial populism[14].

It fulfils a strategy designed to (a) satisfy the dominant group, for whom such characters are prestigious with newspaper weekly covers, commendations, large acess to media communication[15], which (b) strengthens them to the point of, even disrespecting the Law, to have the temporary approval of the higher courts, those with their freedom of judgement undermined by the media that captures the public opinion with its speech.

In this scenario, the state justice system end up gaining strength because there is no interest in confronting public opinion specially in moments where political crisis undermines democratic checks and balances. The Judiciary itself becomes a mentor and hostage of the media, for which only few of its members are brave enough. The ones who apply the law not to contain authoritative advances but the actors who support their authoritative decisions by the papers and magazines are the lead of a crusade against the Rule of Law using Lawfare tactics[16], used abusively in the case in question. As written by Camaroff, the Lula

[13] The weekly newspaper Veja, the best seller in Brazil, has the participation followed by the judge. In his latest appearance, he said: "It was not for the Judiciary to be a guardian of dark secrets," and that the people needed to know about their "non-republican conversations." "I did not expect that [this decision] would have such repercussion and bring so much excitement. I did what I thought was necessary and I thought the contents of those dialogues should be made public, "he commented, comparing the case, given their differences, to that of Watergate in the United States, which resulted in the resignation of President Richard Nixon in the decade of 70 ". Available at veja.abril.com.br/brasil/moro-sobre-politicos-oque-se-ve-e-quase-uma-completa-omissao/.

[14] About criminal populism see G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, Criminalia, 2011.

[15] Casara, Rubens R.R. *supra*. p. 11.

[16] "The designation of Lawfare lies in an environment in which legal institutions are abusively used for the persecution of a political adversary. It was originally conceived by John Carlson and Neville Yeomans, in 1975, who considered it a peace tactic, in which the war gave place to the dispute by laws where one had "a duel of words instead of swords". The statement was disseminated by US Air Force Colonel Charles Dunlap in 2001 as a misuse of the law to achieve an operational goal as an alternative to traditional military means. In the political sphere, according to Jean Camaroff and John Camaroff, it translates into the process of using violence and the inherent power of law to produce political results. One of the most frequent forms of its use is the removal of an adversary by the abusive use of the legal system in substitution for the electoral processes constitutionally in force ". Cf. RIBEIRO, Ricardo Lodi. Ribeiro, Ricardo Lodi. A condenação de Lula: o maior caso de lawfare do brasil In: Proner,

da Silva case clearly shows the use of the media to shake the presumption of innocence, a strategy used in the procedures by both, the prosecutor of the republic and the judge of the dispute[17].

The situations described are so overwhelming that the professor of the University of Coimbra, the most notorious foreign constitutionalist known in Brazil, José Joaquim Gomes Canotilho[18], who was assisted by Prof. Nuno Brandão, affirmed the iliac behaviours practiced in the OLJ. It was pointed out the violation of the"principle of legality in criminal law, the principle of jurisdiction, the principle of the natural judge or the principle of legality of procedural promotion - and fundamental rights of persons. "

From now on I´ll analyse: a) the question of the natural judge and evidence; b) non-compliance with the principle of presumption of innocence; c) illegality of the sentence, the court judgement and coercive conduction decision, and; d) the effects of the conviction for possible candidacy of Lula da Silva.

4.1 The clear violation of the principle of the natural judge and the absence of evidence to condemn Lula da Silva

The Brazilian law establishes strict rules of jurisdiction in criminal matters, starting with the Federal Constitution, which states that the principle of the natural judge is a constitutional guarantee (article 5, XXXVII and LIII).

In the Brazilian federal architecture, procedural rules are necessarily enforced in federal laws but the Courts itself can adjust the competence of their judges to apply the law. The 13th Federal Court of Curitiba has a history of expanding its competencies by the orders of the Federal Regional Court of the 4th Region, which got Gustavo Badaró, in a detailed article[19], to say that one would not be talking about a natural judge, but rather a "supernatural judge" given the

Carol et. al. (Org). Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017, p. 436.

[17] As mentioned at his interview to the daily Folha de São Paulo. www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829175-professor-de-harvard-ve-presuncao-deculpa-contra-lula-na-lava-jato.shtml.

[18] To whom was requested an opinion, by the Portuguese Public Prosecutor's Office, to analyse the legality of a request for international cooperation made by the Brazilian Public Ministry on the OLJ. The complete section says that "The public order clause must integrate the ideology of the fundamentality postulated by the rule of law principle (article 2 of the Criminal Procedure Code). It would therefore be incomprehensible for anyone of the Portuguese judicial system, unlike the Attorney General's Office, to admit that to "turn a blind eye" to disloyal and misleading practices that violate fundamental principles of the juridical-constitutional order national law - such as the principle of legality of the criminal law, the principle of jurisdictionally, the principle of the natural judge or the principle of legality of procedural promotion - and fundamental rights of persons pursuing criminal proceedings in a foreign State for which their cooperation is sought . Providing assistance in this case would mean, finally, to deny the state law protection of foundamental rights that must constitute the watermark of the actions of the Portuguese public authorities. Cf. CANOTILHO, José Joaquim e BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal*: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. Revista de Legislação e Jurisprudência. Ano 146. N. 4000, 2016, p. 20.

[19] Avaliable at: portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/358591929/a-garantia-do-juiz-natural-a-13-vara-federal-de-curitiba-e-o-juiz-sergio-moro

ISSN: 2037-6677

extension of its powers by procedural rules since 2003. To have an idea when created through Resolution 20, dated 05.25.2003, of the Federal Regional Court of the 4th Region, it was specialized in crimes against the national financial system and the laundering of assets, rights or values. Thirteen years later, after seven more court rulings, its assignments became:

> "(a) crimes against the National Financial System and (b) the laundering or concealment of assets, rights and values; (c) crimes committed by criminal organizations; (d) the crimes with trial by jury; (e) request, s for passive legal cooperation in criminal matters, both by means of a letter rogatory and by means of direct cooperation with judicial intervention, sent to the Federal Court of the 4th Region, within the scope of the Judicial Branch of Paraná; and, (f) finally, the execution of the sentence of the prisoners who are in maximum security prison[20] ".

In synthesis, there´s an open competence for cases in a region the is maintained in the 13th Federal Court of Curitiba that besides of concretizing the specialization of the crimes referred became the all-in-one court for those crimes.

However, more than that, we must pay attention to the rules of territorial jurisdiction of the court for the processing of Lula da Silva.

An argument, used by the judge[21] to justify its competence, is that there would be a criminal scheme in Petrobras S.A and that the first case would have been distributed to the 13th Federal Branch of Curitiba. This argument is not very consistent since we are talking about a company that operates in more than 20 countries, in all Brazilian states, in various fields (mining, fuel production, distribution and sale of fuels, etc.). To carry forward such an argument would be to believe that any and all acts of corruption in a company of such magnitude would have as pre-defined that Federal Branch.

With regard to the crime of passive corruption, according to the article 70 of the Code of Criminal Procedure (CPC), the place of consummation of a possible crime establishes the jurisdiction of the court[22]. Lula da Silva exercised throughout his term of office, a function in Brasília, where the federal court submits the Federal Regional Court of the 1st Region and not of the 4th Region, such in Curitiba. The same can be said about the money laundering crime that, according to the accusation, would have generated benefit to the defendant in the city of Guarujá, in the State of São Paulo, where the apartment that would be of Lula da Silva is located. That is, it would be submitted to the Federal Regional Court of the 3rd Region, another jurisdiction division of the federal courts.

In both cases, the judge of Curitiba was not competent. Recently, in another lawsuit, in which Lula da Silva is accused of receiving a property in Atibaia, also in the State of São Paulo, the Supreme Federal Court itself removed the

[20] Badaró, *supra*.

[21] "Was distributed the first process that had as object crimes related to the criminal scheme of Petrobras, the first ones, incidentally, consummated in Londrina/PR, making it foreseeable for all the others." *Defence of Incompetence*

[22] "Jurisdiction shall, as a rule, be determined by the place where the offense is committed, or, in the case of an attempt, by the place where the last act of execution is practiced."

jurisdiction of the 13th Circuit Court of Curitiba and referred the evidence to the federal court of the State of São Paulo, where "in theory, most of the facts narrated by the collaborators would have occurred[23]."

It seems to me clearly that the mediatic turbulence of the case has weakened, and nowadays the judicial authorities, for so long hounded by the ostensive media, start to return to their usual understandings based on the law and not on the will of the media or on the morality of this or that judge protected by the media.

A more disturbing matter concerns the duty to annul the acts practiced, since one is speaking of absolute incompetence, according to article 564 of the Code of Criminal Procedure[24]. The clarity of the device is absolute. This is a case of absolute nullity, which, consequently, must be decided by the higher courts, remaining to know if there will be enough autonomy to apply the law in, given the pressure exercised by the media.

Another alarming issue concerns the participation of Lula da Silva in the crimes attributed to him prove that there is a relationship between such apartment (Triplex) and Petrobras S.A. The sentence itself states that Lula da Silva's counterpart would be through "indefinite acts of office, to be practiced as soon as opportunities appear[25]". It was not proven what actions or acts Lula da Silva would have practised to facilitate the life of the contractor.

And the only one to testify about the participation of Lula da Silva in the scheme of corruption is the same one that obtained with the plea bargain the benefits of reducing his own condemnation. Restating, the defendant's proof of practice is based on "INDETERMINATED legal acts", which are not known and did not happen, because they could happen at any moment, "as soon as opportunities appeared" and the only one to testify about that was the same person who obtained benefits in his sentence.

It means that the sentence is not based on evidence of Lula da Silva's participation in the acts of corruption practiced by the directors of Petrobras SA. On one hand, it can't be proven that he'd have given orders or that he'd have indicated the directors of the company. On the other, it is not proven that the acts practiced by him benefited the defendants, because they lack determination.

This is not to say that the defendant's the absence of participation has been proven. We want to show that the way in which the process develop itself, with excessive speed, the evidence produced, the characters involved, among others,

[23] As stated by the judge Dias Toffoli from the Supreme Court(Emb.Decl. no Quarto Ag.Reg. na Petição 6.780).

[24] "Article 564. "Nullity shall occur in the following cases: I - for incompetence, suspicion or bribery of the judge".

[25] Item 865 reads as follows, once more, founded on US precedents: "It is enough for the configuration that the payments are made by reason of the position even in exchange for indefinite official acts, to be practiced as soon as the opportunities appear. Citing comparative law, "it is sufficient that the public agent understands that he or she was expected to exercise some influence in favour of the payer as soon as the opportunities arose" ("v. DiMasi", No. 11-2163, 1st Cir. 2013, in the same sense, eg, "US v. Abbey", 6th Cir. 2009, "US v. Terry", 6th Cir. 2013, "US v. Jefferson", 4th Cir. 2012, all US Courts of Appeal)". Available in lula.com.br/sites/default/files/anexos/sentenca_-_12.07.pdf

present a lot of situations of excessive deviation from normality, little proof and many ways of seeing a reality that is not proven in the sentence.

In similar terms, it is also surprisingly that Lula da Silva has been convicted for an apartment that he never owned or had any document in his name, neither was never in possession of such a property, which continued of the company that would have provided the apartment as bribe[26].

4.2 The disrespect to the presumption of innocence and the principle of equality

The Brazilian Constitution, influenced in this aspect by the Portuguese Constitution, established a system for the realization of the presumption of innocence that deserves to be discussed. The guilt of someone for the constitutional text depends on the exhaustion of all available resources[27], when the arrest can thus be decreed, apart from precautionary cases. It is a guarantor system, built in a country where approximately 40% of the entire prison population, the third largest in the world, is imprisoned without a final sentence.

About the matter, José Afonso da Silva[28], in a pro bono legal opinion, pointed many of the illegalities reffered in this paper. About the presumption of innocence, Professor José Afonso da Silva stated:

> "It is necessary to recognize that the Constitution has established an express limit for the principle of presumption of innocence, which is the res judicata of the conviction. This goes beyond any argument based on the suppressive effect of the resources. (...).
> Apart from this, with due respect, there are no arguments regarding criminal jurisdiction that must meet important values not only to the[29] accused but also to society, facing the reality of our intricate and complex criminal system "

Regarding the subject of the imprisonment of the sentenced, in 2016, the Supreme Court, decided in the Habeas Corpus 126,292 the permission of the anticipation of the execution of the sentence from the decision of second degree, by a score of 6 in favour and 5 against. It overruled the guarantor position from the court in 2009, in the Habeas Corpus 84.078.

---

[26] Item 810 of the sentence.

[27] *"Article 5. Everyone is equal before the law, without distinction of any kind, guaranteeing to Brazilians and foreigners residing in the country the inviolability of the right to life, liberty, equality, security and property, in the following terms. Constitutional Amendment 45/2004)*: LVII - no one will be guilty until the *res judicata* of a criminal conviction "; LXI - no one shall be arrested except in flagrant or by written and reasoned order of competent judicial authority, except in cases of military transgression or properly military crime, as defined by law;

[2828] The most mentioned professor of Constitutional Law Professor mentioned by the Supreme Court as mentioned in the research of Bruno Lorenzetto and Ricardo Kenicke, available in www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis.

[29] José Afonso da Silva, Pro Bono Legal Opinion for Lula da Silva, available in www.conjur.com.br/2018-abr-02/jurista-afonso-silva-critica-prisao-antecipada-parecer-stf .

Before his arrest, Lula da Silva filed Habeas Corpus (HC 152,752), and the days that preceded the trial were worthy of films. The press, public opinion, the military[30], the parties, all aware that one of the ministers had changed positions, anticipated a new change of position of the court, the third in 9 years, generating a 6 X 5 in the direction of prohibition of imprisonment before all available remedies have been exhausted, when the judicial decision has become final.

That day, the country stopped to watch the session of the STF, which is daily televised - another Brazilian soap novel, and the legal community surprised, saw a show of movements that didn't reflect the importance of the court. Beginning with the judgment of the Habeas Corpus of Lula da Silva by the court plenary (11 ministers), and not by one of the STF organs (2 fractional organizations, with 5 ministers each) as usual, who until then had been judging all HCs of the OLJ defendants. And the reason for this was that the judge Edson Fachin, seeing himself defeated, which would lead to the release of Lula da Silva, eventually led to the plenary, instead of treating the defendant in the same way as the others, in a cleae violation of the principle of equality stated on the article 5, *caput*, of the Constitution.

As expected, Minister Rosa Weber had the deciding vote. In 2016, when the Court stated its new jurisprudence, she decided contrary to the majority and many times maintained its position contrary to the anticipation of the arrest before the *res judicata*. However, surprisingly in that session, her confused vote was casted, saying that she continued with the position to prohibit the arrest before the *res judicata*, but that the subject-matter:

> "(...) must be revisited in the exercise of the abstract control of constitutionality, that is to say, in the Declaratory Actions of Constitutionality, reported by Min. Marco Aurelio, in which this Supreme Court, in accordance with the principle of legal certainty, IN PROL OF THE BRAZILIAN SOCIETY shall express, as a collective voice, as guardian of the Constitution, if the case, another reading of art. 5, LVII, of the Fundamental Law. Such a precept, with meridian clarity, consecrated the principle of the presumption of innocence, no one denies it, situated in its final term - the moment of *res judicata* - meaning and scope, points of burning disagreements, hermeneutical disputes "(emphasis added)

That is, she would judge by prohibition in other pending cases of concentrated or abstract constitutional jurisdiction but, in Habeas Corpus, would

[30] On the day before the trial, a political demonstration of the country's highest military was seen, in a clear political manifestation, without any reprimand to date. He claimed to be "worried" about the situation, being followed by other military personnel who, in support, affirmed to be ready to the apply use of force. Cf. Twitter, April 3, General Villas Boas: "In this situation that Brazil is living, it only remains to ask the institutions and the people, who are really thinking about the good of the country and future generations and who is concerned only with personal interests?" followed shortly after by "I assure the Nation that the Brazilian Army believes that it shares the desire of all citizens to repudiate impunity and respect for the Constitution, social peace and democracy, as well as being attentive to its institutional missions" . At this moment, the past promptly came to memory, generating a fear of the return of a military dictatorship by a coup d'état, as it happened on March 31, 1964.

not do so. Incidentally, such actions of abstract control, are more of year awaiting judgment by lack of interest of the president of the court in put them into discussion.

This is a situation in which the freedom of a citizen is worth less if analysed in Habeas Corpus than in the form of abstract jurisdiction. This decision authorized the issuance of an arrest warrant for Lula da Silva, going against the Constitution.

It is confirmed that the reservations and treatment that violate the principle of equality are evident in the case under discussion.

4.3 The beneficial collaboration agreements(plea bargain), coercive conducts and other illegalities that point out to the principle of the Democratic Rule of Law

The reading of the statements reveal moments in which it's hard to legally assume the rule of Law. The main witnesses heard by the accusation to incriminate the accused Lula da Silva, Mrs. Léo Pinheiro and one of his employees are heard in the process as witnesses, as such, they may not lie. However, it's mentioned in the proceedings[31] that, while providing the information to the court, they are negotiating a deal with the Public Prosecutor. It means that there would be an instrumental way of constructing the truth, according to which, depending on what they said, they would come to plea deals with their own processes.

It would depend, therefore, on what they would say to the court so that the Public Prosecutor's Office which could grant a beneficial agreement, promising to diminish their future penalties. Otherwise, such "negotiation" would not materialize. Of course, these negotiations came to fruition, as they achieved results in court that granted them what was promised. This is clearly a *modus operandi* that is unethical, illegal and encourages partiality not only of the informers, the prosecution and, perhaps, even of the court.

The illegalities and violations to the principle of the legality and legal reserve in this case are so clear that Canotilho and Brandão[32] affirmed:

> "On the legal perspective, the most worrying aspect is the overstepping of boundaries by collaboration agreements into normative innovation tools, *praetor* and *contra legem*, violating the law of the parliament on the definition of crimes and penalties. Thus, in the pre-sentencing moment, one may not agree to a benefit only possible after a moment after the sentencing (i.e. the progression of execution regimes of liberty restriction sanctions). It´s also forbidden to grant a benefit only admitted after the ruling of the sentence (i.e. judicial pardon)".

[31] Submission of Lula da Silva, his defense, p.40, when the public prosecutor admitted that they were negociating a plea bargain with the ons who were testifying: "Yes, there are ongoing negotiations, there is no formalized agreement and the guidance to speak the truth and to collaborate initiates comes from defence that I am assuming now, not only in this case but in others, is her right". Available in lula.com.br/sites/default/files/anexos/937_alegacoes11.pdf

[32] Canotilho; Brandão. *supra*. p. 30.

The analysis of the Portuguese professors is perfect: "everything" is promised to the informers, including what hasn't legal provisions or is beyond the determined, if there're. For example, the execution regime of the legal sanction, even before the conviction, if in the interest of the Criminal Law. Only a process perturbated by the press and public opinion allows such illegality or the courts to close their eyes to what has been happening.

Another unusual moment of such process is revered in the use of the coercive conduction of Lula to give testimony. Article 201, §1. of the CPP stipulates that if he is "summoned for that purpose, to cease to appear without a just cause, the offended person may be brought before the authority". That is, there must be not only the subpoena, but also the absence of a just reason to stop appearing. This was not the case, again, with Lula da Silva, who was taken one morning, without being subpoenaed previously, to give testimony at the Congonhas airport, in the city of São Paulo, with a wide exposure of all Brazilian media[33], to testify, for 6 hours[34].

The violation of the Code of Criminal Procedure is not only clear, but the use of coercive conduction, as referred to, creates a new situation of precautionary detention without legal provision. Due to this practice, a citizen may be "trapped" for hours at the pleasure of the police, ministerial and judicial authorities, under the justification of the risk of losing evidence or protecting the defendant's physical integrity without a judicial guarantee to defend his right. Abuses that unlike prisons, can't find any constitutional remedy, because habeas corpus or other remedies can't be filed, given the rapidity and surprise of coercive conduction as used for its demarcation.

The appointed illegality made Judge Gilmar Mendes[35], of the Supreme Court, to affirm that:

> "I do not understand it, it one's only coercively conducted, or, as said in the past, under a stick, the citizen who resists and does not appear to testify." And Lula was not subpoenaed. I believe that this argument was actually given to justify an act of force (...) This implies a setback, not an advance .... We magistrates are not legislators, we are not vigilantes".

Afterwards the Supreme Court, by decision of Judge Gilmar Mendes, prohibited the use of such coercive conducts, given the abuse they had been creating[36].

[33] The situation of illegalities is such that an actor from the Lava-Jato film (Ary Fontoura), whose sponsors are unknown, reported to the press that he had access to the videos recorded by the Federal Police (!) Of Lula da Silva's coercive conduction. Lava Jato's movie costed 15 million reais, has a secret investor and debuts in July "In: www1.folha.uol.com.br/ilustrada/ 2017/ 02/ 1857844-filmeda-lava-jato-custa-r-15-mi-teminvestidor-secreto-e-estréia-em-julho.shtml.

[34] g1.globo.com/sao-paulo/ noticia/ 2016/ 03/ termina-o-depoimento-de-lula-na-policia-federal-em-sao-paulo.html.

[35] www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2016/03/1746433-ministro-dostf-diz-que-decisao-de-moro-foi-ato-de-forca-que-atropela-regras.shtml

[36] In which the rapporteur, Min Gilmar Mendes, states that "coercive conduction for interrogation represents a restriction of freedom of movement and presumption of non-

5. The political future of Lula

The conviction of Lula da Silva by the Federal Regional Court of the 4th Region affects, unequivocally his political future. This is due to the approval of Complementary Law 135/2010 that states the conviction by tribunals turns the convicted unelectable, which, in the studied case, may reach about 20 years.

This law, sanctioned by Lula da Silva himself, as President of the Republic, in Article 1, "e", that those convicted by decision "(...) issued by a collegiate judicial body, from the conviction until the lapse of eight (8) years after the execution of the sentence" are unelectable.

Despite the divergences in its appearance, the decisions of the STF, in the joint trial of three actions, in 2012 (Declaratory Actions of Constitutionality 29 and 30 and in the Direct Action of Unconstitutionality 4578) for the constitutionality of the Complementary Law 135/2010 [37] ended up diminishing some of the debates. In the case of Lula da Silva, it should be noted that its application does not occur automatically, which would allow Lula da Silva to present his candidacy even if arrested, to campaign, for example, and, in the meantime, seek a preliminary decision from the higher courts (Supreme Electoral Court or Supreme Federal Court), if the impossibility of his candidacy is confirmed and his registrations denied.

But all this does not elude some unconstitutionalities and unconventionalities of the Clean Slade Act. A brief reference is deserved, in regard to the decree of ineligibility in the light of a collegial decision, without res judicata there is a controversy with the American Convention on Human Rights, which, in Article 23.2, defines that only "conviction, by a competent judge, in criminal matters "may lead to ineligibility. A legitimate reading of such a device requires that the suspension of political rights requires, in addition to a criminal sentence, that it respect the rules of guilt, which in Brazil, as we have seen, requires a final decision[38]. But this was not the Supreme Courts position.

Regarding the decision of the STF, it is worth highlighting the position of Min. Celso de Mello, who pointed out[39] in 2012, that the path followed by Supreme

culpability, to force presence in an act to which the accused is not obliged to appear. Hence its incompatibility with the Federal Constitution, "cf. Claim of Non-compliance with Fundamental Precept 444. Judge Gilmar Mendes bu the Supreme Court.

[37] redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342

[38] In the same sense, vf. Bastos Júnior, Luiz Magno Pinto; Santos, Rodrigo Mioto dos. *Levando a sério os direitos políticos fundamentais*: inelegibilidade e controle de convencionalidade. Revista Direito GV, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 223-255, jan. 2015. ISSN 2317-6172. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/56807/55344. Access in: May 03, 2018.

[39] "How many freedoms guaranteed by the Constitution will have to be jeopardized to legitimize the judgement by the totality of the Supreme Court members, which, by instituting an artificial anticipation of the final and unappealable decision, completely frustrated the constitutional presumption of innocence?

How many essential values established by the constitutional statute that governs us must be denied in order to prevail reasons based on the public outcry and inescapable criminal pragmatism?

Court leaded towards the collapse of the Constitution, for compromising fundamental rights, in spite of numbers and pragmatism the in criminal order, something that we have seen repeatedly in recent years.

This populist path of jurisprudence, as observed, leads to the collapse of the principle of the Democratic Rule of Law, on a path towards the rupture of what, in our constitutional history, imbued with authoritarian moments, means a new moment in which the authorities judicial - and others in the justice system - end up assuming the role played by the military in the more recent past. It is never too much to remember that moral arguments were also used by the military to substantiate their atrocities against the protection of the human person.

6. Summary

The paradoxes of the case against Lula da Silva, specifically the one being analysed, shows that at various moments we have seen surprising occurrences. Different treatments, spectacularising of procedures and other illegalities that have taken a process in which one considers himself to be such a well-known personality.

The set of illegalities committed can not be supported for the protection of other legal assets such as control of corruption, the will of the people or the protection of society. Perpetuating such deviations will undoubtedly lead us to more moments in which acts of exception under the hungry eyes of society are tolerated, even if we confront the Constitution.

The stated facts are mentioned in documents that deserve analysis and that will show the need to revisit concepts, procedures, legislation, among others.

Until when, will merely statistical data authorize this unacceptable hermeneutic of submission, whose results, as a perverse effect, damage very serious and constitute a frontal violation of the fundamental right to be presumed innocent?

Finally, Madam President, is it possible for a free society, based on a genuinely democratic basis, to subsist without securing the fundamental rights so hard won by the citizens in their historic and permanent struggle against the oppression of power, such as the one which guarantees anyone the irrevocable prerogative of always being considered innocent until a convicted criminal conviction is res judicata?" (www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf).

The Lula Case

di Márcio Cammarosano

Abstract: ***Il caso Lula*** – Brazil is undergoing a troubled phase of radicalization of political discourse, aggravated by the conviction and arrest of former president Luís Ignácio Lula da Silva and the proximity of the elections. But it is not possible to qualify this period, initiated with the impeachment of the then president Dilma, like state of exception, as well as the ex-president Lula like political prisoner. The powers of the Republic are functioning regularly, under the aegis of the democratic Constitution of 1988.

Keywords: Anti-corruption; Jet washer operation; Condemnation of former President Lula; Democratic rule of law; Due process of law.

The former president of the Federative Republic of Brazil, Luiz Inacio Lula da Silva, was convicted of corruption, for passive corruption and money laundering, by a court of first instance, a decision confirmed by the Federal Regional Court, and by unanimous vote.

As a result of this conviction, which may still be contested on the superior courts in case of violation of the law or the constitution, and once denied habeas corpus petitions filed before the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, the former president was arrested, commencing the execution of the sentence in dependencies of the headquarters of the federal police of Curitiba. Not in a cell common to the other prisoners, and without contact with them, in the face of his status as former Head of State.

As one of the most popular presidents in Brazilian history, who held the presidency for two consecutive terms, for a total of eight years, and with a high approval rate, his conviction and commencement, especially in the election year, caused national and international repercussions.

Jurists of renown, from Brazil and abroad, have manifested themselves, and several of them in the sense that Lula has been the victim of exceptional measures, and can be considered, strictly speaking, political prisoner.

The discussions and controversies regarding the conviction and imprisonment of the former president have occurred in an atmosphere of outcropping of political-partisan passions that are, in our view, harming the desirable rationality and exemption of the contenders. The radicalization between those who defend and accuse the former president is compromising the argument, tainted by politics and ideology.

We, particularly, as scholars of law, and committed to the search for truth, are only interested in rational arguments, and in terms of the legal order in force.

According to this attitude, we agree, for example, with criticisms of some abuses committed, especially regarding the coercive conduct imposed on Lula without a first regular invitation to appear before a competent police authority, and without prior notice with the designation of the day, place and time to be heard.

On the other hand, it is also certain that these coercive conduct types has been determined as a general rule, not only in relation to the former president, and, well or ill-justified, these acts have not merited censorship from the Judiciary.

In our opinion, there are also fair criticisms of the starting the execution phase of a deprivation of liberty sentence after a conviction in second instance, without having exhausted the appropriate remedies. Before the final and unappealable decision of a criminal conviction, innocence shall be presumed. Presumption of innocence jure et de jure, absolute, in face of the provisions of art. 5th, LVII, of the Brazilian Constitution.

But the legality of the imprisonment, as a stage of execution of the sentence, after a conviction in second instance, before, therefore, a final decision, is the guidance, still in force, established by the Federal Supreme Court in 2016 by a majority of votes. From this orientation we disagree, in the light of positive law. But it is not a measure of exception. It is an orientation set by the Federal Supreme Court, with general repercussions.

It has also been stated that Lula's conviction occurred without having been proved the crimes charged on him. However, this has been refuted by the prosecution and the court of first and second instance. Lula responded to the proceedings before the competent judicial authority, there was the probative phase, observing the contradictory and ample defense, and the Judiciary considered, until now, that what has been proved was enough for conclusions regarding the materiality of the facts, the authorship and the adequacy criminal law, considering the normative elements of the type.

Defense lawyers are not satisfied with the decision, which they claim is contrary to the evidence in the case, and that there are procedural nullities. However, that was not the view of the Court that judged Lula's appeal.

Another argument that has been developed by supporters of the former president is that Lula has been the victim of political persecution. Federal police, public prosecutors and magistrates, all under irresistible pressure from the media in general, committed to the reactionary right, would be set against the former president.

It is also said that public demonstrations in favor of the so-called jet wash operation, which was launched just over four years ago to combat corruption, would reflect, in fact, not the sentiment of the Brazilian people, but of the middle class, especially the higher middle class, as a reaction contrary to the social inclusion policies of the Lula and Dilma governments. Both former presidents would have deeply troubled the middle class by promoting the social ascent of three or four tens of millions of poor and miserable.

In fact, Lula has held for eight consecutive years, from 2003 to 2010, the Presidency of the Republic. His election and re-election, like that of Dilma for her first term, was possible only with alliances with parties also center and right, such as the party of the current President Michel Temer. Thanks to the support of significant sectors of the middle class, which number more than sixty percent of the Brazilian population, Lula and Dilma were elected and re-elected.

Lula, since the first year of his first term, developed broad policies of social inclusion. He completed his two terms with high approval of the Brazilian people. So much so that he elected and reelected his successor, who had never before held an elective office. Therefore, they did not fall into disgrace due to their policies of social inclusion, even because they were carried out with a significant general increase in profits, including the economic and financial elite.

In fact, what happened was the discovery, at the end of Dilma's first term, of a fantastic system of institutionalized corruption, especially in Brazil's largest state-owned company, and one of the world's oil giants Petrobras. Other sources of corruption and spurious relations with contractors and other economic groups were also discovered, which confessed the practice of corruption of billions of reais.

All this scandal, added to the inflation with economic recession, gigantic public deficit and unemployment of more than twelve million people, made up the picture that led the middle class, and not only it, to the disenchantment and disappointment with the government. The deception gave way to outrage and revolt, with grandiose street demonstrations.

This state of affairs - damage to the public patrimony and compromise of the social advances of the recent past - resulted in the impeachment of Dilma for crimes of responsibility, decreed by the Senate after regular process, and in a judgment presided over by the then President of the Supreme Federal Court, that arrived at the Supreme Court named exactly by Lula.

The fight against corruption has intensified, culminating in the filing of numerous criminal actions, including against Lula, already convicted, as we know, in the first and second instances.

Due process of law has been observed, with the demands of the natural judgment, the contradictory and ample defense, with the means and resources inherent to it.

It should be noted that the Supreme Court itself denied a request for habeas corpus in Lula's favor. And it is worth mentioning that seven of the eleven ministers who make up the Federal Supreme Court, with all the constitutional guarantees, were nominated by Lula and Dilma, among them the Minister Rapporteur of the proceedings arising from the jet wash operation, which resulted in the conviction of Lula, and the actual president of the Supreme Federal Court, Carmen Lúcia Antunes Rocha. And both, among others, unassailable, thanks to their proficiency and honorability, as well as deep democratic convictions.

Therefore, notwithstanding the existing controversies, the fact is that we are not, in Brazil, in a state of exception.

Our institutions function regularly and the democratic Constitution of 1988 is in full force.

Definitely, Lula is not a political prisoner, and criminal prosecution has reached the mandates of public administrators of various political parties, left, center and right.

Representatives of the country's economic elite have also been reached by the Justice which, since the beginning of the so-called "jet wash operation", has already condemned more than 150 (one hundred and fifty) defendants.

We live in a troubled phase of our history, marked by radicalism and the spread of hatred, but within a democratic order that more radical sectors have no interest in preserving, even for unconfessable reasons.

But democracy among us, conquered by a high price, will triumph.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, le assenze dal luogo di lavoro e la discriminazione connessa alla disabilità

di Paolo Addis

Title: CJEU, Absenteeism and Disability Discrimination

Keywords: Disability; Dismissal; Discrimination.

1. – La Corte di giustizia dell'Unione europea è spesso chiamata a tracciare i limiti di operatività della disciplina antidiscriminatoria dettata dalla direttiva 2000/78/CE. In particolare, essa si è trovata più volte a definire i concetti di 'handicap' e 'disabilità non presenti nel testo della direttiva appena citata: la decisione del 18 gennaio 2018, *Ruiz Conejero contro Ferroser Servicios Auxiliares SA e Ministerio Fiscal* (C-270/16, EU:C:2018:17) è quindi solo l'ultima di una serie di pronunce.

2. – A partire dal 1993 il signor Carlos Enrique Ruiz Conejero lavora come addetto alle pulizie nell'ospedale 'Virgen de la Luz' di Cuenca, nella provincia di Castilla-La Mancha, in Spagna. Da ultimo, lavora come dipendente di un'impresa del settore, la Ferroser servicios auxiliares S.A.

Come precisato dalla Corte di giustizia, il signor Ruiz Conejero non ha mai avuto incidenti, né ha avuto problemi lavorativi o sanzioni disciplinari. Nel 2014 le autorità sanitarie spagnole rilevano che il sig. Ruiz Conejero è affetto da disabilità. Il suo grado di invalidità è fissato al 37%. Esso è dovuto per il 32% a una disabilità fisica (obesità derivante da una malattia del sistema endocrino-metabolico, oltre a una limitazione funzionale della colonna vertebrale), mentre per il restante 5% è configurato «come disabilità derivante da fattori sociali complementari» (punto 14 della decisione in commento). I problemi di salute del sig. Ruiz Conejero gli hanno reso impossibile lavorare per alcuni periodi fra il 2014 e il 2015.

Secondo la diagnosi dei medici spagnoli, alla base del malessere del protagonista di questa vicenda c'erano un'artrite degenerativa e una poliartrosi, aggravate dall'obesità.

Nel luglio del 2015 la Ferroser servicios auxiliares decide di licenziare il sig. Ruiz Conejero. Ciò perché le sue assenze, pur giustificate, superano il limite minimo fissato dall'art. 52, lett. d), dello Statuto dei lavoratori per la cessazione del contratto di lavoro per cause oggettive. Ma il sig. Ruiz Conejero presenta ricorso contro la decisione di licenziamento, rivolgendosi al Tribunale del lavoro n. 1 di Cuenca. A essere contestata dal sig. Ruiz Conejero non è la veridicità o l'esattezza del computo dei suoi periodi di assenza dal lavoro, ma il nesso sussistente fra le proprie assenze e la sua condizione di persona con disabilità; egli chiede che il Tribunale dichiari la nullità del suo licenziamento, in quanto discriminatorio. Innanzitutto, il Tribunale del lavoro n. 1 di Cuenca rileva che il sig. Ruiz Conejero ha rinunciato spontaneamente alle visite mediche organizzate dalla mutua a cui

fa riferimento la Ferroser servicios; quindi la parte datoriale, al momento del licenziamento, non è a conoscenza della condizione di disabilità del proprio dipendente. Di seguito, il giudice spagnolo sottolinea che i lavoratori con disabilità sono più esposti degli altri lavoratori al rischio di vedersi applicare quanto previsto dall'art. 52, lett. d), dello Statuto dei lavoratori, a prescindere dal fatto che il datore di lavoro sia a conoscenza o meno della condizione di disabilità. Ciò comporterebbe quindi una disparità di trattamento.

Quest'ultima, se che la disciplina nazionale è oggettivamente giustificata «da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» (così l'art. 2, § 2, lett. b), punto i) della direttiva 2000/78), può costituire una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità, sulla base di quanto previsto dal diritto dell'Unione. Il Tribunale del lavoro di Cuenca ha quindi deciso di sospendere la propria decisione e di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE: la disciplina nazionale, nei casi in cui siano coinvolte persone con disabilità ai sensi della direttiva 2000/78, è applicabile o no? In altri termini, l'art. 2, § 2, lett. b) della direttiva 2000/78, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare, della sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335-11 e C-337/11 EU:C:2013:222) deve essere interpretato nel senso che osti a una disciplina nazionale in base alla quale sia possibile il licenziamento di un lavoratore a motivo di assenze intermittenti dal lavoro, anche giustificate, nel caso in cui tali assenze siano dovute «a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre tale lavoratore»?

3. – La III sezione della Corte di giustizia, per rispondere alla domanda formulata dal giudice nazionale, prende le mosse da alcune considerazioni preliminari sulla natura e la portata della direttiva 2000/78, quale strumento destinato a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni sui luoghi di lavoro, anche per motivi connessi alla disabilità, tanto nel settore pubblico quanto nel settore privato. Con riguardo alla nozione di «handicap» rilevante ai fini dell'applicazione della direttiva, la Corte sottolinea che essa, secondo la sua stessa giurisprudenza, deve essere intesa come riguardante una limitazione di capacità, risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori (si vedano i punti 27-28; la Corte rimanda alla sentenza del 9 marzo 2017, Milkova, C-406/2015, e alla giurisprudenza ivi citata). Poi viene richiamato il fatto che la condizione di obesità – come la Corte ha chiarito nella sentenza del 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13 (nota anche come decisione *Kaltoft*) – può, in certe circostanze, comportare una limitazione delle capacità come quella appena richiamata e quindi essere considerata un «handicap». Secondo il diritto nazionale, il signor Ruiz Conejero è una persona con disabilità; ciò non implica che questi sia automaticamente una persona con disabilità ai fini dell'applicazione della direttiva 2000/78. Spetta al giudice del rinvio appurare se la limitazione delle capacità del signor Ruiz Conejero ricada nella nozione di disabilità che è stata via via elaborata dalla Corte di giustizia (punto 33), tenendo presente che la Corte ha escluso la pura e semplice assimilazione della nozione di «handicap» a quella di «malattia» (punto 38; vengono richiamate la sentenza dell'11 luglio 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, EU:C: 2006:456 e il punto 75 della già citata *HK Danmark*).

La Corte deve poi stabilire se la disciplina nazionale spagnola possa comportare una discriminazione ai danni delle persone con disabilità. Occorre cioè verificare se la disparità di trattamento tra lavoratori con disabilità e lavoratori senza disabilità sia giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e non vadano oltre quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo fissato dallo stesso legislatore (punto 40). Le finalità dell'art. 52 dello Statuto dei lavoratori, in particolare, sarebbero l'aumento della produttività e dell'efficienza del lavoro. Al raggiungimento di tali scopi sarebbe d'ostacolo l'assenteismo sul lavoro, che si manifesta

spesso – secondo il governo spagnolo – con congedi di malattia di breve durata. Sempre secondo quanto argomentato dall'esecutivo spagnolo dinanzi alla Corte, le imprese sostengono costi diretti e indiretti per tali assenze. Ai costi diretti (pagamento della prestazione previdenziale per invalidità temporanea per i primi 15 giorni di assenza dal lavoro, senza il rimborso da parte del sistema previdenziale, oltre al costo della sostituzione), andrebbero poi ad aggiungersi i costi indiretti rappresentati dalla particolare difficoltà di trovare personale adatto a supplenze di breve o brevissima durata (punti 41-42).

Una volta chiarito che la lotta all'assenteismo può essere riconosciuta quale finalità legittima ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. b, i, della direttiva 2000/78, la Corte giustizia afferma che occorre verificare se i mezzi utilizzati dalla normativa siano adeguati e non vadano al di là di quanto è necessario. Tale valutazione spetta però al giudice del rinvio. Questi dovrà decidere tenendo presenti tutti gli elementi pertinenti, compresi quelli relativi ai costi diretti e indiretti dovuti all'assenteismo (punti 47).

Nel valutare la ragionevolezza e la proporzionalità delle misure adottate dal legislatore spagnolo si dovrà fare particolare attenzione agli svantaggi di cui già soffrono le persone con disabilità all'interno del mercato del lavoro. Inoltre, la Corte rileva come il governo spagnolo abbia previsto un regime particolare per i congedi per malattia o infortunio non verificatisi sul lavoro, se il congedo sia stato accordato dai servizi sanitari ufficiali e abbia una durata superiore ai 20 giorni; non rientrano nel computo delle assenze quelle a terapie per il cancro o per altre gravi patologie.

Secondo il governo spagnolo il legislatore nazionale intendeva quindi mantenere un equilibrio fra gli interessi delle imprese e le esigenze di protezione e di sicurezza dei lavoratori. Alcune assenze, dovute a particolari cause, come quelle appena ricordate, non possono costituire motivo di licenziamento: i lavoratori con disabilità si potrebbero trovare in alcune di queste ipotesi e non sarebbero perciò licenziabili per le loro assenze dal posto di lavoro (punto 53). Il giudice del rinvio, nel valutare se quanto previsto dall'art. 52 dello Statuto dei lavoratori sia eccedente rispetto alla finalità perseguita, dovrebbe poi valutare l'esistenza, nell'ordinamento spagnolo, di disposizioni tese a proteggere in maniera specifica i diritti delle persone con disabilità (in particolare, la Corte di giustizia richiama l'art. 40 del *Real Decreto Legislativo* 1/2013).

La risposta alla domanda pregiudiziale del Tribunale del lavoro di Cuenca è, quindi, che la direttiva 2000/78 deve essere interpretata «nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, non va al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare».

4. – Questa, quindi, la risposta della Corte di giustizia. Ma qual è stata la reazione del giudice del rinvio? La decisione del *Juzgado de lo Social* n. 1 di Cuenca (*sentencia* 00171/2018) ha tenuto debitamente conto delle indicazioni emergenti dalla pronuncia in commento. In particolare, la disciplina dettata dall'art. 52 dello Statuto dei lavoratori è stata analizzata alla luce della disciplina legislativa spagnola sui diritti delle persone con disabilità. Sono state richiamate fonti di rango legislativo, dalla *Ley* 62/2003 (che vieta le discriminazioni legata alla condizione di disabilità), alla *Ley* 13/1982 (il primo atto legislativo, nell'ordinamento spagnolo, destinato all'integrazione sociale delle persone con disabilità), alla *Ley* 51/2003 (dedicata alla *igualidad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*).

Soprattutto, quale «*norma especifica de unificación […] que intenta dar cobertura jurídica plena a las personas con discapacidad, con manifiesta intencionalidad de remover los*

obstáculos que impidan la equiparación y facilitación del acceso social y laboral de dichas personas […]», è evocato il *Real Decreto Legislativo* 1/2013.

Poi, ribadita la sussistenza, nell'ordinamento spagnolo, della distinzione fra malattia («*enfermedad*») e disabilità («*discapacidad*»), attestata anche da una corposa giurisprudenza, il Tribunale spagnolo si concentra sulla proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate; le misure adottate dal legislatore spagnolo vengono ritenute, nel caso di specie, non adeguate e proporzionate al fine perseguito (ovvero, alla lotta all'assenteismo lavorativo).

Inoltre, viene in considerazione la sentenza del *Tribunal Supremo* (rcud. 2397/2015) del 21 settembre 2017, che ha dettato alcuni criteri ermeneutici rilevanti per il caso di specie. In particolare, nell'interpretare l'art. 52 dello Statuto dei lavoratori si deve tenere presente l'equiparabilità a una disabilità delle malattie che, interagendo con barriere di diversa natura, possano impedire alle persone con disabilità una partecipazione piena, eguale ed effettiva alla vita lavorativa, purché essa sia di lunga durata (i profili qui richiamati sono tutti esposti del secondo dei *fundamentos de derecho* della decisione del giudice spagnolo).

In ultima analisi, il Tribunale del lavoro di Cuenca, nel rivalutare la disciplina spagnola alla luce delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, rileva come essa si ponga in rotta di collisione con la disciplina comunitaria; il sig. Ruiz Conejero è stato licenziato sulla base di una disciplina legislativa che – secondo la normativa dell'Unione europea e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità – è indirettamente discriminatoria. Il licenziamento è quindi nullo.

5. – I profili di interesse della vicenda giudiziale qui esposta sono molteplici. Prima di tornare sulla decisione della Corte di giustizia, vale la pena soffermarsi, pur sinteticamente, sulla sentenza del Tribunale del lavoro n. 1 di Cuenca, successiva alla decisione della Corte di giustizia. In particolare, la dottrina spagnola ha rilevato come siano ormai numerosi i casi in cui i magistrati iberici, nutrendo poca fiducia nella sensibilità del *Tribunal Constitucional* circa la tutela dei diritti sociali, abbiano preferito sollevare una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE cfr. M. Á. Martínez-Gijón Machuca, *Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) et pasa "rozando" el filtro de la directiva 2000/78* (*Comentario a la STJUE de 18 de Enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)*, in *Revista de Derecho Social*, n.° 81, 2018, 141 ss.; sul punto l'Autore in questione cita a sua volta A. Baylos Grau, *La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela*, in *Revista de Derecho Social*, n. ° 69, 2015, 17 ss.).

Per quanto concerne i diritti delle persone con disabilità, in particolare, ciò ha consentito loro di conferire effettività al principio d'eguaglianza, così come sancito dall'art. 14 della Costituzione spagnola del 1978, ove si prevede che «Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza che prevalga alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale.». Inoltre, ciò ha consentito di meglio allineare la nozione di disabilità adottata nell'ordinamento spagnolo a quanto previsto da fonti di rango internazionale, orientandola verso una più compiuta aderenza al modello sociale della disabilità come declinato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, conclusa a New York nel 2006. Infine, ciò ha consentito di affermare il dovere, in capo ai datori di lavoro, di adottare accomodamenti ragionevoli a favore del lavoratore con disabilità (cfr. M. Á. Martínez-Gijón Machuca, *Obesidad/discapacidad, absentismo y despido*, cit.). E ciò è particolarmente rilevante alla luce delle profonde riforme del lavoro che hanno avuto luogo in Spagna nel corso degli ultimi anni, con un progressivo rafforzamento del potere di licenziamento in capo al datore di lavoro (cfr. J. L. Gil y Gil, *Strengthening the Power of Dismissal in Recent Labor Reforms in Spain*, Comp. in *Lab. L. & Pol'y J.*, 2014, pp. 413 ss.; M. L. Rodriguez, *Labour Rights in Crisis in the Eurozone: the Spanish Case*, in C.

Kilpatrick - B. de Witte (eds.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI *Working Paper Law*, 2014/05, pp. 104-113; per una comparazione fra le riforme del mercato del lavoro in Italia e in Spagna, cfr. T. Treu, *Gli sviluppi delle relazioni di lavoro nell'esperienza internazionale e comparata Le riforme del lavoro: Spagna e Italia*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2015, pp. 601 ss.).

6. – Se si torna invece alla decisione della Corte di giustizia, sono possibili alcune brevi considerazioni di sintesi. In primo luogo, come detto in apertura, la decisione del caso Ruiz Carbonero è l'ultimo episodio di una serie di decisioni della Corte di giustizia relative ai diritti delle persone con disabilità alla luce della direttiva 2000/78 (per una rassegna cfr. M. Pastore, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in RDSS, XVI, 1, 2016, pp. 199 ss.). Si tratta di una giurisprudenza non priva di conseguenze per l'ordinamento italiano: una delle pronunce della Corte di giustizia, che ha condannato l'Italia per l'imperfetto recepimento della nozione di accomodamento ragionevole come delineato dall'art. 5 della direttiva 2000/78, è alla base di alcune delle previsioni legislative contenute nei decreti legislativi conseguenti al c.d. *Jobs act* (sul punto si vedano D. Garofalo, *Jobs act e disabili*, in RDSS, XVI, 1, 2016, pp. 89-115; F. Limena, *Il* restyling *della L. n. 68/1999 sul collocamento dei disabili*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 5, 2016, pp. 429 ss. Il concetto di accomodamento ragionevole, già oggetto di un'attenta analisi dottrinale (cfr. D. Ferri, *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da* Transatlantic Borrowing *alla* Cross-Fertilization, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2017, 381 ss.) non ha trovato spazio nella decisione qui commentata; va però sottolineato come esso sia stato toccato nell'opinione dell'Avvocato generale, Eleanor Sharpston, ai punti 34 e ss.

L'Avvocato generale ha messo in luce infatti come il dovere dei datori di lavoro di predisporre degli accomodamenti ragionevoli, nei limiti definiti dall'art. 5 della direttiva 2000/78, non possa trovare applicazione nel caso in cui il datore di lavoro non sia a conoscenza della condizione di disabilità del proprio dipendente (punto 35 e ss.); quindi, a rilevare, per l'Avvocato generale, è la 'ragionevole possibilità di riconoscere la condizione di disabilità' da parte del datore di lavoro. Nel caso di specie, come evidenziato dalla Corte stessa, il sig. Ruiz Conejero non ha comunicato al datore di lavoro la propria condizione, né si è sottoposto a visita medica presso la mutua a cui fa riferimento la Ferroser Servicios. Però, come rilevato in dottrina, il punto in questione, solo sfiorato nel caso in commento, potrebbe trovare ulteriore spazio in altre decisioni della Corte di giustizia, così come nelle valutazioni dei giudici degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea che si trovino dinanzi a questioni relative all'art. 5 della direttiva 2000/78 (si veda M. Bell, *Pitfalls and Progress: Reasonable Accommodation for Workers with Disabilities in Ireland*, in *Dublin University Law Journal*, 41, 2018, in corso di pubblicazione).

Un ulteriore profilo che merita di essere posto in luce è quello relativo alla definizione del concetto di disabilità, che ha richiesto alla Corte di giustizia un certo sforzo interpretativo, non sempre seguito da risultati soddisfacenti ma approdato, negli ultimi anni, a un progressivo allargamento *ratione personae* della nozione di disabilità e all'elaborazione di una definizione basata non più sul modello medico, ma su quello sociale, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite (cfr. sul punto S. Favalli – D. Ferri, *Tracing the Boundaries between Disability and Sickness in the European Union: Squaring the Circle?*, *Eur J Health Law*. Mar; 2016, 23, 1, 5 ss.; L. Waddington, *Saying All the Right Things and Still Getting it Wrong. The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22, 4, 2015, 576 ss.). Il rapporto fra la condizione di malattia e quella di disabilità pare comunque, nelle pronunce della Corte, piuttosto fluido e la Corte medesima, in futuro, dovrà confrontarsi con «il mutare del cambiamento del paradigma giuridico nei confronti dei soggetti con malattie croniche» (così S. Varva, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, 2018, pp. 109 ss; si

veda anche, per un'analisi di alcuni dei possibili profili problematici, S. Fernández Martínez, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1, 2017, 74 ss.)

Nel caso di specie, la Corte di giustizia sembra fare affidamento sul consolidarsi della definizione di disabilità da essa via via plasmata, come da ultimo declinata nella sentenza Milkova; decisione, quella appena citata, interessante per il virtuoso intrecciarsi, nelle argomentazioni della Corte, di fonti del diritto internazionale (la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, già più volte evocata) e del diritto eurounitario (la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con particolare riferimento agli artt. 21 e 26; sulla sentenza Milkova si vedano i commenti di G. Bronzini, *Corte di giustizia, parità di trattamento nelle condizioni di lavoro, persone affette di disabilità, Carta dei diritti fondamentali*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 5 aprile 2017, e di F. Limena, *Parità di trattamento: disabilità nel pubblico impiego e nel settore privato*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 8-9/2017, 777 ss.). Degno di rilievo è il fatto che, secondo quanto deciso dalla Corte, l'accertamento della condizione di disabilità, in casi simili a quello del sig. Ruiz Conejero, non sia rimesso alla valutazione della autorità amministrative e sanitarie, ma al giudice del rinvio, a cui spetta quindi verificare se la condizione della singola persona con disabilità rientri nel perimetro tracciato dalla Corte per lo scattare della copertura antidiscriminatoria garantita dal diritto eurounitario (in questo senso anche M. Á. Martínez-Gijón Machuca, *Obesidad/discapacidad, absentismo y despido*, cit.).

Nel caso del sig. Ruiz Conejero la condizione di disabilità è connessa all'obesità, dovuta – come detto poc'anzi – a una malattia del sistema endocrino. Come la stessa Corte ha avuto modo di sottolineare, essa si era trovata a dovere affrontare una questione simile, nel caso *Kaltoft* (fra i commenti alla sentenza in questione si vedano F. Cannata, *Nuovi sviluppi del diritto antidiscriminatorio europeo dopo il riconoscimento "condizionato" dell'obesità come disabilità da parte dei giudici del Lussemburgo*, in *Rivista AIC*, 2, 2015; G. De Luca, *La Corte di Giustizia UE prende posizione sul licenziamento a causa dell'obesità*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 2, 2016, 139 ss). La sentenza *Kaltoft* ha chiarito che la condizione della persona discriminata per motivi connessi alla sua obesità non riceve una tutela immediata da parte del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea, ma può ben rientrare, a certe condizioni, sotto l'ombrello protettivo della direttiva 2000/78 se viene qualificata come «handicap». Il caso del sig. Ruiz Conejero può quindi essere ricondotto a questa eventualità. Sul punto la giurisprudenza della Corte del Lussemburgo pare essere consolidata. Tuttavia, decisioni come quella in commento consentono di osservare come il diritto antidiscriminatorio dell'UE, sulla base di quanto previsto dai Trattati, non possa fare a meno dell'azione degli Stati membri dell'Unione; per renderlo più incisivo sarebbe stata forse proficua l'approvazione di una direttiva antidiscriminatoria ad ampio spettro (come previsto dalla proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2008, a oggi non ancora approvata) o – come affermato in dottrina – una maggiore integrazione fra gli strumenti di protezione messi a punto in seno all'Unione europea e quelli previsti nell'ambito del Consiglio d'Europa (cfr. G.de Beco, *Is Obesity a Disability: The Definition of Disability by the Court of Justice of the European Union and Its Consequences for the Application of EU Anti-Discrimination Law*, 22 Colum. J. Eur. L., 2016, 381 ss.). Sotto il primo profilo, va sottolineato come il rilancio della tutela antidiscriminatoria dell'Unione europea sia in cima alla lista dei buoni propositi della presidenza del Consiglio dell'Unione europea di Estonia, Bulgaria e Austria, fra l'estate del 2017 e il dicembre del 2018. Questioni come quelle affrontate nella sentenza qui commentate continueranno a proporsi in futuro, salvo l'emergere di definizioni legislative di «handicap» e «disabilità» più precise; e sarà interessante vedere se e in che misura le indicazioni che sono emerse, in questi anni, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, troveranno riscontro nelle pronunce dei giudici del lavoro dei singoli Stati membri (si veda al riguardo, nella giurisprudenza italiana, la decisione del Tribunale di Milano del 28 ottobre 2016, citata da S. Varva, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, cit., nota 92). In conclusione, si può rilevare come i diritti delle persone con disabilità trovino spazio all'interno del Pilastro europeo dei diritti

sociali, proclamato dalla Commissione, dal Consiglio dell'UE e dal Parlamento europeo nel mese di novembre 2017, durante il vertice sociale per l'occupazione equa e la crescita di Göteborg. Il terzo dei 20 principi che costituiscono il pilastro in questione afferma infatti che «ogni persona ha diritto alla parità di trattamento e di opportunità in materia di occupazione, protezione sociale, istruzione e accesso a beni e servizi disponibili al pubblico», a prescindere da sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale; e, ancora, il diciassettesimo principio afferma che «Le persone con disabilità hanno diritto a un sostegno al reddito che garantisca una vita dignitosa, a servizi che consentano loro di partecipare al mercato del lavoro e alla società e a un ambiente di lavoro adeguato alle loro esigenze.» (in dottrina, però, si è di recente sottolineato come l'approvazione del Pilastro dei diritti sociali possa comportare un indebolimento dei diritti sociali contenuti nella Carta dei diritti fondamentali; cfr. A.-O. Cozzi, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2, 2018, 516 ss.).

Soccorso istruttorio a pagamento in materia di appalti: contraria ai principi di proporzionalità e massima concorrenza la sanzione pecuniaria manifestamente esorbitante

di Francesca Ballore

Title: Paid assistance in public procurement: the manifestly exorbitant pecuniary sanction is contrary to the principles of proportionality and maximum competition

Keywords: Paid assistance, Principle of proportionality, Financial penalty..

1. – La sentenza in epigrafe, che traccia i confini di legittimità dell'istituto del vecchio «soccorso istruttorio a pagamento» (art. 38 comma 2 *bis* d.lgs 163/2006), giunge all'indomani delle novelle legislative che hanno introdotto il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs 50/2016), nell'ambito del quale l'istituto *de quo* si presenta significativamente modificato.

Occasione della pronuncia sono due questioni pregiudiziali sottoposte all'attenzione della Corte di Giustizia Europea dal Tribunale amministrativo per il Lazio riguardanti la legittimità, sotto il profilo del rispetto delle norme europee e segnatamente degli articoli 45 e 51 della direttiva 2004/18/CE, del predetto istituto.

La decisione, pur riguardante un istituto che, nelle sue precedenti vesti, è destinato a trovare residua applicazione alle controversie sorte sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici, si rivela di significativa importanza nella misura in cui richiama l'attenzione degli Stati membri, in questo caso dell'Italia, al rispetto dei principi europei di «proporzionalità», «trasparenza» e «massima concorrenza» nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici.

Più precisamente la Corte, con cautela e sottolineando i vari profili di discrezionalità di cui godono i singoli stati nel realizzare gli obiettivi dell'Unione, non esita, tuttavia, a prendere posizione in ordine alla compatibilità con il diritto europeo del soccorso istruttorio italiano sia sotto il profilo dell'onerosità del medesimo che della misura della relativa sanzione.

2. – Due le controversie alla base della pronuncia.

La prima, tra MA.TI. SUD S.p.a. e Centostazioni s.p.a., riguarda un appalto avente ad oggetto le attività integrate di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché del servizio energia presso i complessi immobiliari delle stazioni ferroviarie.

La seconda, tra Duemme SGR S.p.a. e CNPR (Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e periti commerciali), attiene ad una procedura aperta indetta dal CNPR per la sottoscrizione di un accordo quadro da assegnare a cinque distinti soggetti imprenditoriali cui affidare la gestione del proprio

patrimonio mobiliare.

I bandi di gara di ambedue le procedure disponevano espressamente l'operatività dell'istituto del soccorso istruttorio a pagamento come metodo di regolarizzazione gli eventuali vizi delle offerte presentate.

In particolare, il bando di gara pubblicato da Centostazioni s.p.a. prevedeva, al punto VI.3 lettera w), la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di chiedere la regolarizzazione, pena l'esclusione dalla procedura, di ogni offerta incompleta o irregolare, previo pagamento da parte dell'offerente di una sanzione pecuniaria pari ad € 35.000.

Il bando della procedura indetta da CNPR, allo stesso modo, richiamava la possibilità per l'offerente di integrare e/o regolarizzare l'offerta previo pagamento di sanzione pecuniaria, fissata stavolta nella somma di 50.000 euro.

In entrambe le procedure, le concorrenti (MA.TI SUD S.p.a. per Centostazioni s.p.a. e Duemme SGR S.p.a. per CNPR) presentavano offerte che, secondo l'amministrazione aggiudicatrice, risultavano carenti di alcuni elementi espressamente richiesti dal disciplinare di gara e, pertanto, venivano invitate a regolarizzarle previo pagamento delle relative sanzioni previste dal bando.

Nel caso di MA.TI SUD S.p.a., essendo questa stata nominata capogruppo dalle imprese facenti parte di un raggruppamento temporaneo d'imprese, l'irregolarità consisteva nella mancata sottoscrizione, da parte del suo legale rappresentante, della dichiarazione effettuata da tutte le imprese del raggruppamento e contenente l'impegno, in caso di affidamento del lotto, a conferirle mandato speciale collettivo con rappresentanza.

La Duemme SGR S.p.a., invece, aveva omesso di allegare all'offerta le dichiarazioni sull'onore attestanti che il suo vicepresidente e il suo ammnistratore delegato non erano stati oggetto di alcuna sentenza definitiva di condanna.

Le concorrenti, tuttavia, pur provvedendo a regolarizzare le rispettive offerte come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice, contestavano la debenza della sanzione pecuniaria nonché il suo elevato importo e presentavano ricorso al Tribunale amministrativo per il Lazio chiedendo l'annullamento della sanzione.

Nella sostanza, dunque, si finisce per disquisire intorno alla legittimità di sanzioni economiche, peraltro elevate, che non prevedano una graduazione delle irregolarità poste in essere dalle concorrenti, anche commisurata all'effettivo aggravio procedimentale provocato sull'attività dell'amministrazione.

3. – In considerazione di ciò, il Giudice *a quo* ritiene di dover rimettere alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali identiche per ambedue le controversie.

L'una interroga la Corte sulla compatibilità dell'istituto del soccorso istruttorio a pagamento con la disciplina europea (articoli da 45 a 51 della direttiva 2004/18/CE e art. 59, paragrafo 4, comma secondo, della direttiva 2014/24/UE) nella misura in cui la somma richiesta dall'amministrazione a titolo di sanzione abbia un importo eccessivamente elevato e venga applicata automaticamente ad ogni fattispecie di irregolarità essenziale accertata, senza poter essere graduata in ragione dell'aggravio procedimentale che l'irregolarità dell'offerta comporta.

Sottolinea, infatti, il T.a.r. Lazio che, sebbene l'istituto del soccorso istruttorio contenuto nel Codice dei contratti pubblici italiano costituisca una declinazione di quanto previsto dall'art. 51 della direttiva 2004/18, che consente di integrare o chiarire i certificati che accompagnano le offerte nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, la disciplina europea non prevede alcuna sanzione pecuniaria a carico degli operatori economici sollecitati a regolarizzare le proprie offerte.

Inoltre, l'importo delle sanzioni previste dai bandi di gara oggetto delle controversie (50.000 e 35.000 euro) apparirebbe manifestamente sproporzionato rispetto all'aggravio procedimentale che l'amministrazione aggiudicatrice si trova ad affrontare nel caso di regolarizzazione delle offerte; aggravio che in genere consiste in un ritardo di

qualche giorno sulla procedura.

Così strutturata, allora, la normativa italiana si rivelerebbe, non solo in contrasto con il principio di proporzionalità, ma anche lesiva della parità di trattamento, atteso che la sanzione non varia in funzione della gravità dell'irregolarità contenuta nell'offerta.

Con l'altra questione sottoposta alla Corte, il T.a.r. Lazio si domanda, poi, se la stessa onerosità del soccorso istruttorio non sia conforme al diritto europeo nella misura in cui può contrastare con il principio di massima apertura del mercato alla concorrenza.

Condivisibilmente il giudice *a quo* sottolinea, infatti, che la previsione di una sanzione pecuniaria, peraltro di importo così elevato, potrebbe esercitare (soprattutto) sulle piccole e medie imprese un effetto dissuasivo dalla partecipazione alle gare pubbliche, con conseguente restringimento della concorrenza.

4. – Prima di procedere alla trattazione del ricorso nel merito, la Corte in via preliminare provvede a ricostruire la disciplina europea che trova effettiva applicazione ai casi di specie.

Afferma, infatti, che le norme invocate dal giudice del rinvio, ossia l'art. 51 della direttiva 2004/18 e l'art. 59, paragrafo 4, comma secondo della direttiva 2014/24/UE, con le quali sarebbe stato in contrasto l'art. 38 comma 2 *bis* del vecchio codice appalti italiano, non trovano applicazione *ratione temporis* ai casi di specie.

In particolare, non è applicabile la direttiva 2014/24/UE poiché il termine di recepimento della medesima era fissato in aprile 2016 ed entrambi i bandi di gara oggetto della controversia sono precedenti a tale data.

A trovare applicazione, al contrario, è invece la direttiva 2004/17.

La Corte evidenzia quindi che, pur non contenendo la direttiva 2004/17 dispozioni equivalenti a quelle dell'art. 51 direttiva 2004/18, che espressamente prevedono un intervento della pubblica amministrazione in funzione correttiva delle irregolarità delle offerte presentate dai concorrenti, tale *modus operandi* in altre occasioni è stato riconosciuto come legittimo dalla Corte, a condizione che venisse esercitato rispettando il principio della parità di trattamento e che non si risolvesse nella presentazione di una nuova offerta (sul punto, si vedano la recente sentenza 11.05.2017, *Archus* e *Gama*, C-131/16 e l'ulteriore pronuncia del 29.03.2012, *SAG ELV Slovensko* e a., C-599/10).

La questione, dunque, colta nella sua essenzialità dalla Corte, in definitiva attiene più generalmente alla compatibilità del soccorso istruttorio a pagamento con i principi europei in materia di appalti, in particolare il principio della parità di trattamento, della proporzionalità, della trasparenza e della massima concorrenza.

5. – Dapprima, i giudici di Lussemburgo chiariscono che il diritto europeo non osta a che uno Stato membro preveda la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito di una procedura di gara, di invitare gli offerenti a regolarizzare le offerte viziate da irregolarità essenziali.

Allo stesso modo, astrattamente non contrasta con il diritto europeo subordinare l'esercizio del soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria, alla stregua di quanto prevedeva il previgente art. 38, comma 2 *bis* del dlgs n. 163/2006.

Il soccorso istruttorio è precluso, invece, come più volte evidenziato anche in precedenza dalla Corte (sul punto, si vedano le citate sentenze *Archus e Gama* e *SAG ELV Slovensko*), quando conduca di fatto alla presentazione di una nuova offerta oppure quando sia volto ad integrare l'offerta di elementi richiesti a pena di esclusione ai sensi del bando.

Chiariti questi punti, la Corte giunge al cuore del problema e mette in evidenza il ruolo dei principi dell'Unione nel delimitare i confini di legittimità dell'istituto.

Quanto al principio di proporzionalità, valorizza il ruolo dei giudici di merito nazionali i quali per primi sono deputati a valutare se la sanzione pecuniaria prevista per l'operatività del soccorso istruttorio e posta a carico dell'offerente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sia effettivamente proporzionata al vizio riscontrato

ed all'aggravio procedimentale che la regolarizzazione dell'offerta ha comportato nell'economia della procedura.

Tuttavia, la Corte lussemburghese non trascura di fornire indicazioni utili alla valutazione della proporzionalità della sanzione.

Preso atto del fatto che l'art. 38 comma 2 *bis* prevede che l'esercizio del soccorso istruttorio sia accompagnato da una sanzione pecuniaria il cui importo deve essere fissato dall'amministrazione rispettando i limiti minimi e massimi stabiliti dalla norma, la Corte rileva un primo profilo di criticità.

In effetti, accogliendo quanto già rilevato dal T.a.r. Lazio in sede di rimessione delle questioni pregiudiziali, i giudici europei evidenziano che non appare conforme al principio di proporzionalità la previsione, nell'ambito del soccorso istruttorio, di una sanzione predeterminata il cui importo non possa variare in funzione della gravità del vizio dell'offerta.

Condivisibilmente la Corte evidenzia che, se la sanzione pecuniaria ha il duplice fine di responsabilizzare i partecipanti alla gara i quali, per non incorrere nella sanzione stessa, saranno presumibilmente indotti a predisporre con cura e diligenza le loro offerte, e di compensare l'aggravio procedimentale causato dall'operatività del soccorso istruttorio, tali obiettivi devono essere comunque realizzati utilizzando mezzi idonei e tali da non pregiudicare il principio di proporzionalità e gli altri principi europei.

Al fine di garantire la serietà delle offerte e la celerità della procedura di aggiudicazione, sarà allora sufficiente che gli importi delle sanzioni siano congrui al vizio dell'offerta ed al tipo di aggravio arrecato alla procedura.

Eccedere con importi troppo alti e non rapportati al vizio in concreto riscontrato significherebbe violare il principio di proporzionalità e - anche se tale concetto non è esplicitato, pare potersi leggere tra le righe - gli altri principi europei, quali la parità di trattamento, che impone di trattare situazioni diverse in modo differente, e il principio della massima concorrenza.

Non vi è dubbio, infatti, che l'imposizione di una sanzione troppo onerosa possa indurre le imprese, soprattutto quelle medie e piccole che hanno uno scarso potere economico ed a favore delle quali più volte l'Unione europea ha previsto dispozioni volte a favorirne la partecipazione (si pensi alla suddivisione in lotti degli appalti, ove possibile), a non partecipare alla gara onde non rischiare di incorrere nel pagamento della sanzione a causa di un'eventuale irregolarità dell'offerta (sul punto v. A. Romano, *Il soccorso istruttorio oneroso: breve parabola di un istituto*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, 2017, 5)

Si finirebbe così per privilegiare, almeno indirettamente, imprese più grandi, che potrebbero aggiudicarsi la gara con maggiore facilità e magari senza dover neppure presentare offerte particolarmente vantaggiose. Con ulteriore detrimento - verrebbe da aggiungere - della qualità delle prestazioni che, come il mercato insegna, peggiora con il diminuire della concorrenza.

Pur senza procedere a tali ultime deduzioni, che tuttavia sembrano potersi intravedere abbastanza chiaramente nella pronuncia e che si è inteso richiamare in questa sede, la Corte, passando più precisamente alla valutazione delle sanzioni previste dai bandi di gara oggetto di controversia, afferma che queste «appaiono di per sè manifestamente esorbitanti, tenuto conto dei limiti entro i quali devono mantenersi sia la regolarizzazione di un'offerta a titolo dell'art. 51 della direttiva 2004/18 sia il chiarimento di un'offerta nell'ambito della direttiva 2004/17».

Definitivamente pronunciandosi sulle questioni pregiudiziali sottoposte alla sua attenzione, la Corte afferma allora che i principi dell'Unione in materia di appalti e, in particolare, quelli di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, non ostano a una normativa nazionale che, a fronte dell'esercizio del soccorso istruttorio, preveda il pagamento a carico dell'offerente di una sanzione pecuniaria, «purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare».

Di contro, la Corte afferma che quegli stessi principi e disposizioni europee ostano

a una normativa nazionale che preveda l'esercizio del soccorso istruttorio a pagamento per sanare la mancanza di un documento che, secondo il bando di gara, dovrebbe portare all'esclusione dell'offerente oppure per porre rimedio a irregolarità che, una volta sanate, finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta.

In altri termini, dunque, si esclude che il soccorso istruttorio giunga ad alterare ingiustificatamente la libera competizione tra imprese per l'aggiudicazione dell'appalto.

6. – Quanto affermato dai giudici europei in ordine alle criticità del vecchio soccorso istruttorio a pagamento sembra in linea con le tendenze che andavano già registrandosi sul piano nazionale e che si sono concretizzate con il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs 50/2016) ed anzi, più precisamente, con il correttivo successivamente approvato (d.lgs 56/2017).

La previsione di una sanzione pecuniaria, peraltro predeterminata e non graduabile, che accompagnasse l'esercizio del soccorso istruttorio è stata, infatti, talvolta valutata poco conforme alla *ratio* stessa dell'istituto che, come noto, proprio in un'ottica di valorizzazione dei principi europei in materia di appalti, era stato introdotto al fine di garantire il *favor partecipationis* delle imprese alle procedure di aggiudicazione pubbliche (sull'opportunità della sanzione pecuniaria in tema di soccorso istruttorio, cfr. G. Pesce, *Il processo amministrativo alla luce del d.l. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Nuovo Dir. Amm.*, 2014, 166; E. Cerasaro, *Il difficile approdo alla non onerosità del soccorso istruttorio*, in *italiappalti.it*, 2017, 1-13).

La sanzione pecuniaria appariva come un ulteriore onere che, unito ai molti già previsti dal Codice dei contratti pubblici, anziché rivelarsi utile a responsabilizzare il concorrente nel curare tutti gli elementi della propria offerta, lo scoraggiava dalla partecipazione stessa alla gara, soprattutto quando la sanzione fosse sensibilmente elevata ed il partecipante debole dal punto di vista economico.

Tuttavia, non si mancava di evidenziare anche come la sanzione fosse, in effetti, l'unico e solo strumento predisposto per tutelare l'interesse pubblico alla celerità della procedura di aggiudicazione ed alla serietà delle offerte (sul punto, vedi T.a.r. Parma, sent. n. 66/2016, dove si afferma che la sanzione ha «l'obiettivo di indurre i concorrenti alla presentazione di offerte serie e ponderate evitando inutili aggravi procedimentali»; v. anche T.a.r. Palermo, sent. n. 1043/2016; T.a.r. L'Aquila, sent. n. 784/2015).

Il T.a.r. Lazio, pur richiamando anche tale ultimo aspetto, ha condiviso le osservazioni sopra citate, contestando l'importo e l'onerosità stessa dell'istituto in punto di compatibilità con il diritto europeo, ed ha appunto sollevato le questioni pregiudiziali che hanno dato origine alla pronuncia della Corte esaminata in questa sede.

Nelle more del ricorso pregiudiziale e prima della pubblicazione della sentenza in commento, a seguito di legge delega n. 11 del 2016 il legislatore italiano, al fine di conformarsi al diritto europeo e in particolare alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, provvedeva a riscrivere la disciplina dei contratti pubblici e, con essa, quella del soccorso istruttorio.

Nella sua prima nuova versione, l'istituto, disciplinato dall'art. 83, comma 9 del nuovo Codice (dlgs 50/2016) manteneva la caratteristica dell'onerosità, pur essendo stata notevolmente abbassata la soglia massima dell'importo che l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto addebitare all'offerente (cfr. P. Provenzano, *Il soccorso istruttorio nel nuovo codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2017, 817 ss.).

Tuttavia, il Consiglio di Stato, poco prima della pubblicazione del nuovo codice, condividendo le perplessità già espresse in merito, rilasciava il parere n. 855/2016 sullo schema del decreto delegato, auspicando l'eliminazione dell'onerosità del soccorso istruttorio.

Eliminazione, poi, in effetti avvenuta ad opera del correttivo al Codice (sul punto, M. Gagliega, *Soccorso istruttorio, le novità del correttivo al Codice Appalti*, in *www.altalex.com*,

2017; F. Aperio Bella, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, in M. A. Sandulli, Marco Lipari, Francesco Cardarelli (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017).

Ad oggi, pertanto, l'operatività del soccorso istruttorio non comporta più alcun onere economico per il concorrente tenuto a regolarizzare la propria offerta.

Tuttavia, sebbene la sentenza della Corte di Giustizia sia intervenuta sulla vecchia versione dell'istituto, quanto dalla stessa affermato in ordine soprattutto ai principi europei in tema di appalti è interessante non solo sotto il profilo intertemporale, atteso che l'art. 38 comma 2 *bis* del precedente codice continuerà a trovare residua applicazione *ratione temporis* alle controversie ricadenti in quella disciplina, ma anche al fine di valutare, a posteriori, le scelte compiute in materia di contratti pubblici dal legislatore delegato, *in primis* rispetto all'istituto del soccorso istruttorio.

In effetti, a ben vedere, stante l'interpretazione data dalla Corte, il legislatore italiano sembra essere andato anche oltre ciò che è richiesto all'istituo *de quo* per risultare conforme alle direttive ed ai principi europei. La Corte ha, infatti, affermato che l'onerosità in sè del soccorso istruttorio non contrasta con il diritto europeo, a patto che l'importo della sanzione sia conforme al principio di proporzionalità con riguardo al tipo di vizio riscontrato ed all'aggravio procedimentale che la regolarizzazione comporta.

In teoria, dunque, il legislatore italiano si sarebbe potuto limitare a dettare norme più precise in termini di determinazione e congruità della sanzione, anzichè eliminarla del tutto. Così salvando l'unico strumento, la sanzione pecuniaria, capace di rappresentare un deterrente alla proposizione di offerte palesemente incomplete, viziate ed irregolari.

Il Consiglio di Stato, proprio esaminando quest'aspetto, anche all'esito del correttivo appalti ha comunque valutato favorevolmente l'eliminazione dell'onerosità del soccorso istruttorio, suggerendo che, in funzione deterrente di condotte negligenti, possa essere addossato al concorrente il costo del servizio (parere n. 782/2017).

La correttezza e soprattutto la convenienza delle scelte legislative compiute non potrà che essere valutata all'esito dell'applicazione della nuova norma. Se, certamente, così strutturato, il soccorso istruttorio sembra favorire concretamente la massima partecipazione alle gare pubbliche, contribuendo a creare la massima concorrenza auspicata a livello europeo, dall'altro non può non nutrirsi qualche perplessità in ordine ai possibili effetti negativi che potranno seguire alla «deresponsabilizzazione» degli offerenti attuata mediante l'eliminazione della sanzione. Deresponsabilizzazione che pare lievemente attenuata soltanto dall'introduzione, al comma 10 dell'art. 83 del Codice, di un sistema di *rating* d'impresa nell'ambito del quale, ai fini della valutazione positiva dell'operatore economico, si terrà conto del mancato utilizzo del soccorso istruttorio (non sono mancate, peraltro, perplessità anche in ordine alla bontà di tale strumento. vedi sul punto F. Aperio Bella, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, cit., 234, «In un simile contesto desta perplessità il collegamento instaurato dal correttivo tra la completezza delle produzioni documentali e la reputazione dell'impresa in quanto tale meccanismo premiale rischia di pregiudicare le imprese di piccole dimensioni, dotate di minori risorse da destinare alla assistenza nella predisposizione delle offerte, generando, in ultima analisi, un contrasto con l'intento di promozione delle PMI perseguito dalla normativa»).

Le eventuali conseguenze infelici, in termini di efficienza della procedura di aggiudicazione, che potrebbero derivare dalla totale gratuità del nuovo soccorso istruttorio, potrebbero condurre il legislatore nazionale, nel prossimo futuro, ad un nuovo ripensamento, e ciò anche all'esito della sentenza della Corte europea in commento, attraverso la quale la Corte di Giustizia si mostra non ostile *a priori* all'ipotesi di un soccorso istruttorio a pagamento costruito in maniera conforme ai principi del diritto europeo.

SNCF, illegittimo l'aiuto di Stato alla ristrutturazione e ricapitalizzazione della controllata Sernam

di Guido Befani

Title: Société nationale des chemins de fer français, unlawful the State aid for the restructuring and recapitalization of the subsidiary Sernam

Keywords: State Aid; Recapitalization; Selling.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia è intervenuta nella causa C 127/16 P avente ad oggetto l'impugnazione proposta dalla *SNCF Mobilités*, già *Société nationale des chemins de fer français* (SNCF), avverso la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 17 dicembre 2015, SNCF/Commissione, con la quale era stato respinto il ricorso diretto all'annullamento della decisione 2012/398/UE della Commissione, del 9 marzo 2012, c.d. decisione Sernam 3, che aveva sancito l'illegittimità dell'aiuto di Stato SA.12522 (C 37/08).

Nello specifico, con tale decisione, la Commissione aveva censurato in via definitiva la condotta della Repubblica Francese per la riscontrata contrarietà del pacchetto di misure finanziarie adottato dalla società pubblica ferroviaria SNCF nei confronti della controllata Sernam SA trovatasi in istato fortemente deficitario. Tale operazione, infatti, sarebbe stata attuata in difformità a quanto precedente autorizzato dalla stessa Commissione con la decisione del 23 maggio 2001, la c.d. Sernam 1, sull'aiuto di 503 milioni di euro a titolo di ristrutturazione della *Sernam*, prevista inizialmente nell'ambito di un progetto di riacquisto di quest'ultima da parte di una terza società.

La Commissione tuttavia, una volta riscontrato che gli aiuti approvati dalla decisione Sernam 1 erano stati eseguiti con modalità differenti, ha riscontrato un illegittimo versamento supplementare di un aiuto pari a oltre 41 milioni di euro destinato a coprire delle perdite di esercizio registrate successive all'adozione della decisione Sernam 1, ed ha ordinato il rimborso di tale somma. Ad ogni modo, dopo aver constatato come le autorità francesi avessero comunque realizzato molti dei loro obiettivi in osservanza della decisione Sernam 1 e come l'aiuto esaminato soddisfacesse i criteri di modifica di un piano di ristrutturazione previsti dal punto 3.2.4 degli "Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà", con la successiva decisione Sernam 2, la Commissione ha subordinato la compatibilità con il mercato interno dell'ulteriore aiuto al rispetto di due condizioni, vale a dire, da un lato, la rifocalizzazione della Sernam sulle proprie attività di inoltro ferroviario e, dall'altro, la sostituzione delle sue attività di inoltro mediante trasporto su gomma tramite il ricorso a servizi di imprese indipendenti. In alternativa, era prevista la possibilità per la SNCF di una vendita dell'intera impresa Sernam o di alcune sue parti, da effettuare al prezzo di mercato e all'esito di una procedura trasparente ed aperta a tutti i suoi concorrenti.

2. – All'esito delle iniziali operazioni di risanamento, la SNCF si è avvalsa dell'opzione di cessione degli attivi in blocco perché la situazione economica della Sernam non consentiva alcuna proposta di valorizzazione positiva nell'ambito della gara indetta da una banca per conto della SNCF, laddove infatti, tutte le offerte presentate nel quadro di tale procedura avrebbero prospettato in conclusione un valore estremamente negativo. Non essendo stata presentata alcuna offerta vincolante, la SNCF ha preso la decisione di proseguire le discussioni unicamente con il consorzio formato dal candidato associato al gruppo dirigente della Sernam, e formato dalla stessa Sernam, dalla di lei controllata Sernam Xpress SAS e dall'ulteriore controllata Financière Sernam SAS, all'esito delle quali la SNCF ha preso la decisione di concludere la "vendita" con la Financière Sernam SAS.

Nello specifico, l'*iter* della cessione controversa si è svolto secondo quattro fasi distinte e progressive. In primo luogo, la SNCF ha ricapitalizzato la Sernam nella misura di 57 milioni di euro. In secondo luogo, la Sernam ha effettuato, a beneficio della Sernam Xpress, un conferimento parziale di attivi. Tale conferimento riguardava tutti gli elementi dell'attivo – compresa la somma di 57 milioni della ricapitalizzazione – e del passivo della Sernam, ad eccezione di alcune passività finanziarie corrispondenti ad un importo complessivo di 38,5 milioni di euro. Quale contropartita, la Sernam ha ricevuto una quota della Sernam Xpress del valore nominale di cento euro. In terzo luogo, immediatamente dopo la realizzazione del conferimento, la Sernam Xpress ha proceduto ad un aumento di capitale di due milioni di euro, che è stato interamente sottoscritto dalla SNCF. A seguito di tale operazione, la SNCF deteneva la maggioranza delle quote della Sernam Xpress. In quarto luogo, la Sernam e la SNCF hanno ceduto la totalità delle loro quote di partecipazione nella Sernam Xpress alla Financière Sernam per un prezzo di due milioni.

All'esito di tale cessione, la Sernam è stata quindi sottoposta ad una liquidazione giudiziaria, e il credito di 41 milioni di euro, corrispondente all'aiuto di Stato che doveva essere rimborsato in forza della decisione Sernam 2, è stato iscritto nel passivo della liquidazione della Sernam. Di tale importo la SNCF ha potuto in concreto recuperare una somma di circa 2,75 milioni all'esito della procedura di liquidazione.

A fronte dell'abusiva applicazione della decisione Sernam 2, la Commissione ha quindi avviato il procedimento di indagine formale previsto dall'articolo 108, paragrafo 2, TFUE, che ha portato all'adozione dell'impugnata decisione Sernam 3, la quale ha ritenuto incompatibile con il mercato interno il mancato recupero dell'aiuto di 41 milioni di euro. Essa ha altresì affermato che l'*iter* di cessione non aveva rispettato le condizioni enunciate all'articolo 3, paragrafo 2, della decisione Sernam 2 ed ha da ciò concluso che l'aiuto alla ristrutturazione di 503 milioni a suo tempo autorizzato a determinate condizioni, era stato nei fatti attuato in maniera abusiva. La Commissione ha inoltre dichiarato che le misure messe in atto dalla SNCF al fine di realizzare tale cessione costituivano aiuti di Stato nuovi incompatibili con il mercato interno. Tali aiuti nuovi comprendevano la ricapitalizzazione della Sernam nella misura di 57 milioni operata dalla SNCF, la rinuncia a crediti vantati dalla SNCF nei confronti della Sernam per un importo di 38,5 milioni, nonché le garanzie concesse dalla SNCF in occasione della trasmissione delle attività della Sernam alla Financière Sernam.

3. – Premessa la sommaria ricostruzione fattuale della vicenda, occorre rilevare come i profili giuridici controversi oggetto della pronuncia quivi in commento, siano sostanzialmente cinque. Il primo è dato dall'asserita erronea interpretazione della nozione di «vendita» menzionata all'articolo 3, paragrafo 2, della decisione Sernam 2; il secondo è rappresentato dal riscontrato mancato ricorso ad una gara aperta e trasparente per la cessione degli attivi in blocco della Sernam; il terzo, è dato dall'asserita confusione operata dalla Commissione tra "l'oggetto" e il "prezzo" della vendita degli attivi in blocco; il quarto è rappresentato dall'asserito errore di diritto commesso dalla Commissione per aver ritenuto che l'obbligo di recupero dell'aiuto di Stato di 41 milioni, fosse stato trasferito alla Financière Sernam e alle sue controllate; infine, in un errore di diritto asseritamente

commesso dalla Commissione sull'applicazione del principio dell'investitore privato ad una cessione degli attivi in blocco.

Quanto al primo, la Corte di Giustizia, ha avuto modo di fare oggettiva chiarezza sulla portata applicativa della nozione di vendita. Infatti, il Tribunale in primo grado aveva sì respinto il ricorso nella sua totalità, ma aveva accolto l'argomento della SNCF secondo cui la Commissione aveva erroneamente affermato che la cessione degli attivi in blocco della Sernam ad un prezzo negativo non costituiva una vendita. In particolare, come risulterebbe dai punti da 100 a 108 della sentenza impugnata, il Tribunale ha dichiarato in primo grado che la nozione di «vendita» non esclude necessariamente che la cessione prevista venga realizzata ad un prezzo negativo.

Ciò premesso, appare condivisibile l'interpretazione teleologica fornita dalla Corte sulla vendita imposta alla Sernam. La finalità della vendita degli attivi in blocco della Sernam, infatti, così come prevista dall'articolo 3, paragrafo 2, della decisione Sernam 2, non aveva altro scopo che interrompere l'attività economica della Sernam e la scomparsa di quest'ultima dal relativo mercato caratterizzato ormai da eccesso di capacità, nonché di prevenire e scongiurare qualsiasi distorsione della concorrenza connessa alla concessione dell'aiuto alla ristrutturazione di 503 milioni di euro, imponendo altresì che le attività di trasporto su strada della Sernam venissero rilevate da altre imprese e che le restanti attività della Sernam venissero diversificate verso il trasporto su ferrovia.

Inoltre, è parimenti condivisibile l'assunto della Corte secondo il quale sarebbe del tutto infondato il motivo di ricorso volto a dimostrare l'errore di diritto del Tribunale nell'interpretazione della nozione di «vendita» menzionata all'articolo 3, paragrafo 2, della decisione Sernam 2 come facente riferimento ad una "trasmissione effettiva" degli attivi. Infatti, proprio sul requisito dell'effettività della trasmissione, né l'articolo 3, paragrafo 2, né il punto 217 della decisione Sernam 2 farebbero riferimento ad una siffatta trasmissione in termini di effettività. Così come anche secondo il diritto francese, e in particolare ai sensi dell'articolo 1583 del *code civil*, una vendita risulterebbe dall'accordo tra l'acquirente e il venditore, qualora costoro si siano accordati sulla cosa e sul prezzo, e ciò anche quando la cosa venduta non sia stata ancora consegnata ed il prezzo non sia stato pagato. Per la Corte, pertanto, non risulta affatto snaturata da parte del Tribunale la nozione di «vendita» rispetto al significato che tale termine riveste negli ordinamenti giuridici nazionali.

Quanto al secondo profilo, concernente il mancato esperimento di una gara aperta e trasparente per la cessione degli attivi in blocco, appare definitivamente corretta la ricostruzione logico giuridica effettuata dalla Corte sul punto. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, il carattere aperto e trasparente di una procedura di gara viene valutato in funzione di "un complesso di indizi inerenti alle specifiche circostanze di ciascun caso di specie" (v., in tal senso, sentenza del 29 aprile 2004, Germania/Commissione, C 277/00, EU:C:2004:238, punto 95).

Pertanto, alla luce dei fatti caratterizzanti il caso di specie, correttamente la Corte ha ritenuto di uniformarsi alla costante interpretazione dei principi di apertura e di trasparenza in materia di appalti pubblici, applicabili per analogia anche alle procedure di cessione di attivi, e in forza dei quali, come è noto, il diritto dell'Unione consente l'affidamento di tali contratti ad un operatore economico, senza pubblicità né messa in concorrenza preventiva, a seguito del fallimento di una prima procedura di gara, malgrado l'operatore non abbia partecipato a questa prima procedura e senza che ciò costituisca una violazione dei principi di apertura e di trasparenza. Coerentemente, quindi, secondo l'assunto della Corte, tali principi dovrebbero considerarsi a fortiori rispettati qualora gli attivi siano stati ceduti all'ultimo soggetto interessato e all'unico che abbia fatto un'offerta vincolante, malgrado che tale soggetto abbia partecipato all'intera procedura, in un primo momento come socio di un consorzio l'altra parte del quale abbia rinunciato in corso di procedura, di modo che, il Tribunale, avendo constatato in primo grado che l'offerta prescelta non proveniva da un candidato che avesse partecipato in maniera autonoma alla procedura di gara sin dall'inizio della stessa, ha potuto giustamente affermare che il

requisito relativo al carattere aperto e trasparente della procedura non era stato rispettato, pregiudicando irrimediabilmente la legalità dell'intera operazione di vendita.

Quanto al terzo punto problematico, sull'asserita confusione operata dalla commissione tra l'oggetto e il prezzo della vendita degli attivi in blocco, la Corte ha correttamente rilevato la fondatezza delle statuizioni della sentenza di primo grado sul riscontrato il mancato rispetto dell'obbligo imposto dalla decisione Sernam 2 per avere le parti incluso anche i passivi nell'operazione di vendita degli attivi in blocco della Sernam.

Infatti, correttamente la Corte ha constatato come il prezzo negativo pagato per gli attivi della Sernam sarebbe sicuramente stato positivo o nullo se fossero stati venduti soltanto gli attivi, laddove, viceversa, attraverso le ricapitalizzazioni della Sernam e della Sernam Xpress, sarebbe stato surrettiziamente aggiunto un importo netto pari a 57 milioni di euro agli attivi della Sernam, e che tale aggiunta non fosse minimamente stata autorizzata dalla decisione Sernam 2. Coerentemente, da ciò risulterebbero lampanti le ragioni per le quali la Commissione non avrebbe confuso l'oggetto della vendita con il prezzo della vendita.

Quanto al quarto profilo giuridico controverso, relativo al trasferimento dell'obbligo di recupero dell'aiuto di Stato di 41 milioni alla Financière Sernam e alle sue controllate, l'*iter* logico giuridico della Corte appare pienamente condivisibile e in linea con quella consolidata giurisprudenza secondo la quale il principale obiettivo cui è finalizzato il rimborso di un aiuto di Stato illegittimamente versato sarebbe quello di eliminare la distorsione della concorrenza causata dal vantaggio concorrenziale procurato dall'aiuto illegittimo (v., in particolare, sentenza del 1o ottobre 2015, *Electrabel e Dunamenti Erőmű*/Commissione, C 357/14 P, EU:C:2015:642, punto 111 nonché la giurisprudenza ivi citata). Infatti, il ripristino della situazione precedente all'erogazione di un aiuto illegittimo o incompatibile con il mercato interno costituisce un requisito necessario al fine di preservare l'effetto utile delle disposizioni dei Trattati in materia di aiuti di Stato (in termini, cfr. sentenza del 20 settembre 2001, *Banks*, C 390/98, EU:C:2001:456, punto 75).

Ciò premesso, poiché a dispetto delle indicazioni contenute nella decisione Sernam 2, la Sernam aveva continuato ad esistere dal punto di vista economico in seno alla Sernam Xpress, prima, ed alla Financière Sernam, poi, l'iscrizione del credito relativo al recupero dell'aiuto di 41 milioni nel passivo della liquidazione della Sernam violava il menzionato articolo 4 della decisione.

L'assunto della Corte, in particolare, si pone in linea di continuità con i precedenti giurisprudenziali incentrati sulla lettura dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, che, salvo deroghe contemplate dai Trattati, ritiengono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (come espressamente richiamato dalla Corte, si v., in particolare, la sentenza del 21 dicembre 2016, Commissione/Aer Lingus e Ryanair Designated Activity, C 164/15 P e C 165/15 P, punto 39, su questa rivista con nota di G. BEFANI su DPCE on line, 2017/2).

Pertanto, e coerentemente, gli aiuti illegittimi devono essere recuperati nei confronti della società che prosegue l'attività economica dell'impresa che ha beneficiato di tali aiuti, qualora venga accertato che tale società mantiene il godimento effettivo del vantaggio concorrenziale connesso al beneficio degli aiuti in questione (v., in tal senso, sentenza del 24 gennaio 2013, Commissione/Spagna, C 529/09, EU:C:2013:31, punto 109 e la giurisprudenza ivi citata).

Pertanto la prosecuzione dell'esistenza della Sernam, di cui fa menzione l'articolo 4 della decisione Sernam 2, in capo ad altro soggetto comporta la piena sussistenza della continuità economica tra le società parti di un trasferimento in linea di continuità e in piena coerenza con l'impianto generale dei principi in materia, che vuole che la continuità economica di attivi sia valutata in funzione dell'oggetto del trasferimento – ossia gli attivi e i passivi, la forza lavoro mantenuta, gli attivi aggregati –, del prezzo del trasferimento,

dell'identità degli azionisti o dei proprietari dell'impresa acquirente e dell'impresa di origine, del momento in cui il trasferimento è realizzato – ossia dopo l'inizio dell'indagine, l'avvio del procedimento o la decisione finale – od anche della logica economica dell'operazione (v., in particolare, sentenza dell'8 maggio 2003, Italia e *SIM 2 Multimedia*/Commissione, C 328/99 e C 399/00, EU:C:2003:252, spec. punto 78).

Quanto al quinto e ultimo profilo controverso, concernente l'errore di diritto asseritamente imputabile dalla Commissione nell'applicazione del principio dell'investitore privato ad una cessione degli attivi in blocco, occorre rilevare come la Corte abbia ritenuto erroneo l'assunto della ricorrente volto a sostenere come l'obbligo di una vendita al prezzo di mercato al termine di una procedura di gara aperta e trasparente corrispondesse all'applicazione del criterio dell'investitore privato avveduto.

Infatti, con riguardo a tale criterio, la questione della sua applicabilità deve essere distinta da quella della sua concreta applicazione (v., in particolare, sentenza del 3 aprile 2014, Commissione/Paesi Bassi e ING Groep, C 224/12 P, EU:C:2014:213, punti 29 e 33), perché come giustamente dichiarato dal Tribunale, l'applicabilità del criterio dell'investitore privato dipende, in definitiva, dal fatto che lo Stato membro interessato conceda nella sua qualità di azionista, e non nella sua qualità di potere pubblico, un vantaggio economico ad un'impresa ad esso appartenente (v., in particolare, sentenza del 5 giugno 2012, Commissione/EDF, C 124/10 P, EU:C:2012:318, punto 81, con nota di G.M. Caruso, *Caratteri evolutivi del criterio dell'investitore di mercato. La contrapposizione fra Stato azionista e stato autorità negli incerti parametri europei*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.* 1/2014).

Pertanto, una volta constatato l'intervento del soggetto pubblico nella sua qualità di azionista, e stabilita così l'applicabilità del criterio dell'investitore privato, l'applicazione di tale criterio mira, in un secondo momento, a stabilire se il vantaggio economico concesso, in qualsivoglia forma, ad un'impresa pubblica per mezzo di risorse statali sia idoneo, in ragione dei suoi effetti, a falsare o a rischiare di falsare la concorrenza e a incidere sugli scambi tra gli Stati membri (sentenza del 5 giugno 2012, Commissione/EDF, C 124/10 P, EU:C:2012:318, spec. punto 89). Senza dubbio, infatti, per quanto riguarda l'applicazione del criterio dell'investitore privato, risulta da una costante giurisprudenza della Corte che il prezzo di mercato è notoriamente il prezzo più elevato che un investitore privato operante in normali condizioni di concorrenza sarebbe disposto a pagare per una società nella situazione in cui essa si trova, e che, qualora una pubblica autorità proceda alla vendita di un'impresa che le appartiene tramite una procedura di gara aperta, trasparente e non condizionata, si può presumere che il prezzo di mercato corrisponda all'offerta più elevata (v., in particolare, sentenze del 24 ottobre 2013, Land Burgenland e a./Commissione, C 214/12 P, C 215/12 P e C 223/12 P, EU:C:2013:682, punti 92 e 94, nonché del 16 luglio 2015, BVVG, C 39/14, EU:C:2015:470, punto 32).

Tuttavia, e contrariamente a quanto pretende la ricorrente, la Corte ha rilevato come l'applicabilità del criterio dell'investitore privato avveduto non possa essere desunta da una condizione che attiene abitualmente all'applicazione del criterio stesso. Pertanto, non si può concludere che una cessione ad un prezzo di mercato e mediante una procedura di gara aperta e trasparente costituisca necessariamente l'attuazione di detto criterio laddove l'esigere che delle misure compensative siano attuate in condizioni intese a ripristinare una concorrenza sana rientrerebbe nell'essenza stessa della compensazione, ma lascia impregiudicato il ruolo rivestito dallo Stato al momento della loro attuazione.

4. – In conclusione, alla luce di queste premesse, occorre rilevare come, nel complesso dell'*iter* logico-giuridico seguito, la Corte di giustizia abbia correttamente bilanciato le contrapposte esigenze di salvaguardia della stabilità del mercato ferroviario con la garanzia della libera concorrenza all'interno dello stesso, da un lato, rispetto alle esigenze "salvifiche" di intervento pubblico, dall'altro. Infatti, appare coerente con *l'aquis* europeo

tanto la configurazione in termini di aiuto illegittimo della operazione societaria portata a termine a dispetto delle indicazioni della Commissione, quanto la considerazione secondo la quale, in virtù del criterio dell'investitore privato, le condizioni cui una misura deve rispondere per rientrare nella nozione di «aiuto», ai sensi dell'articolo 107 TFUE, non sono soddisfatte qualora l'impresa pubblica beneficiaria avrebbe potuto ottenere un vantaggio identico a quello che è stato messo a sua disposizione mediante risorse statali in circostanze che corrispondono alle normali condizioni di mercato.

Pertanto, appare condivisibile l'assunto secondo il quale il criterio dell'investitore privato presuppone che il comportamento del soggetto pubblico possa essere confrontato a quello di un investitore operante in normali condizioni di mercato, così come appare lampante come, nel caso di specie, le misure previste all'articolo 3, paragrafo 2, della decisione Sernam 2 non corrispondevano alle normali condizioni di mercato e che dunque la logica compensativa della vendita degli attivi in blocco della Sernam "si discosta dalla logica di un operatore privato che tenti di massimizzare i propri profitti o, nella specie, di minimizzare le proprie perdite", non potendosi censurare l'operato della Commissione per avere escluso, l'operatività del criterio dell'investitore privato.

In ultima analisi, pertanto, appare definitivamente corretto, puntuale e coerente il rilievo secondo il quale gli obblighi che configurano normali condizioni di mercato non possono essere confusi con quelli intesi a prevenire la distorsione della concorrenza in seno a tale mercato.

Sulla incompatibilità della "clausola ISDS" degli "intra-EU" BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea

di Maria Rosaria Calamita

Title: The ISDS clause in "intra-EU" BITs is contrary to EU law: Case C-284/16 Achmea

Keywords: Achmea, Bilateral Investment Treaties (BITs); Investor-State Dispute Settlement (ISDS).

1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) nel caso Achmea ha offerto ai giudici di Lussemburgo la possibilità di esprimersi circa la compatibilità della c.d. "clausola ISDS" (*Investor State Dispute Settlement*) con il diritto dell'Unione. Tale clausola, di solito contemplata nei trattati bilaterali di investimento (BITs, acronimo inglese di *Bilateral Investment Treaties*), abilita un privato investitore che ritenga leso un proprio diritto previsto in uno di tali trattati a citare in causa l'*host State*, cioè lo Stato che ospita l'investimento. La pronuncia *de qua* si riferisce agli accordi sottoscritti tra Stati membri dell'UE, escludendo invece la valutazione relativa alla compatibilità delle clausole compromissorie inserite negli accordi conclusi con i Paesi terzi, attualmente oggetto di una apposita richiesta di parere (Opinion 1/17), formulata dal Belgio il 7 settembre 2017, pendente dinanzi alla Corte.

La questione analizzata nel caso Achmea è di notevole importanza alla luce, da un lato, dell'attuale vigenza di circa 190 trattati bilaterali di investimento sottoscritti tra gli Stati membri e, dall'altro, dei numerosi procedimenti arbitrali sorti in base a tali trattati. Non va peraltro sottaciuto come la presenza all'interno dei BITs della clausola compromissoria sia considerata pressoché unanimemente come un elemento imprescindibile degli accordi sugli investimenti (v., per tutti, G. Vallar, *L'arbitralità delle controversie tra l'investitore di uno Stato membro ed un altro Stato membro. Alcune considerazioni a margine del caso Eureko/Achmea v. the Slovak Republic*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2014, 850).

2. - Il BIT concluso nel 1991 tra Paesi Bassi e Cecoslovacchia (da qui in poi, il BIT), oggetto della pronuncia in esame, prevede, all'art. 8, una clausola in base alla quale ogni controversia insorgente tra le Parti deve essere risolta amichevolmente, ovvero, laddove non si raggiunga una soluzione concordata entro sei mesi, attraverso il ricorso ad un arbitrato basato sul regolamento UNCITRAL.

Nel 1992, all'indomani dell'accordo di Bratislava, che sancì il pacifico smembramento della Cecoslovacchia e la conseguente fine del vecchio Stato bi-nazionale, la Slovacchia dichiarò, in uno scambio di lettere con i Paesi Bassi del 9 dicembre 1994, di voler succedere alla Cecoslovacchia negli obblighi derivanti dal BIT siglato nel 1991 (cfr., per maggiori approfondimenti sulla successione della Repubblica Ceca e della Slovacchia

negli accordi sottoscritti dalla Cecoslovacchia, V. Mikulka, *The Dissolution of Czechoslovakia and Succes sion in Respect of Treaties*, in *Development and International Co-operation*, 1996, 45 ss.).

Nel 1994 la Slovacchia avviò un processo di trasformazione del proprio sistema assicurativo, aprendo il mercato anche agli operatori privati e inaugurando un modello pluralistico degli enti abilitati alla fornitura di servizi di assicurazione. Seguirono una serie di provvedimenti legislativi, tra i quali anche le leggi n. 580 e 581 del 2004, entrate in vigore nel 2005, finalizzate all'apertura del mercato delle assicurazioni in conseguenza dell'ingresso della Slovacchia nell'UE. Si tratta di norme che hanno trasformato le regole relative alla redistribuzione dei contributi di assicurazione sanitaria riscossi e che hanno modificato la forma giuridica di tutte le compagnie di assicurazione (statali o private) in società per azioni. Il quadro della copertura assicurativa sanitaria in Slovacchia ebbe così quali protagoniste tre compagnie autonome e concorrenti: la Všeobecná zdravotná poisťovňa, cioè la società assicurativa con socio unico lo Stato slovacco (con 3.5 milioni di assicurati), Dôvera (con 1.4 milioni di assicurati) e la Union zdravotna poist'ovna (con 400 mila assicurati); quest'ultima era una filiale dell'Achmea, società appartenente ad un gruppo assicurativo olandese.

Nel 2006 il neo eletto Primo ministro Robert Fico decise di imprimere una direzione diversa alla politica slovacca: fu così che vennero approvati alcuni provvedimenti volti ad evitare che le compagnie di assicurazione attive nel settore sanitario distribuissero gli utili tra i soci, obbligandole a reinvestirli nello stesso sistema sanitario. Questa decisione fu oggetto di numerose critiche e ricorsi: innanzitutto, la Commissione europea avviò una procedura d'infrazione (n. 2008/4268) nei confronti della Slovacchia, ritenendo che il divieto di distribuzione degli utili imposto alle compagnie di assicurazione, in base all'articolo 15, paragrafo 6, della legge n. 581/2004, costituisse una limitazione ingiustificata alla libera circolazione dei capitali garantita dall'articolo 63 del TFUE. La Corte Costituzionale Slovacca, successivamente, con la sentenza del 26 gennaio 2011, dichiarò l'incostituzionalità della previsione, costringendo, così, il Governo a modificare nuovamente la normativa, attraverso la legge n. 250/2011, al fine di consentire alle compagnie assicurative di tornare a dividere gli utili.

3. – Il 1 ottobre 2008 l'Achmea aveva nel frattempo avviato un ricorso dinanzi all'UNCITRAL contro tali misure (v. PCA Case No. 2008-13, cosiddetto "Achmea I"), sulla base dell'art. 8 par. 3 del BIT e dell'art. 3 del Regolamento UNCITRAL (relativo alle modalità di notifica di avvio del procedimento). La società olandese aveva infatti ritenuto che il repentino *revirement* nella politica attuata dal Primo Ministro Fico costituisse una violazione del trattamento giusto ed equo degli investimenti esteri (art. 3 del BIT), e del diritto di trasferimento dei capitali (art. 4 del BIT). L'Achmea aveva altresì sostenuto che i provvedimenti attuativi di siffatta politica fossero causa di un'espropriazione indiretta, ai sensi dell'art. 5 del BIT, in quanto in grado di vanificare gli investimenti intrapresi dalla società nel sistema assicurativo slovacco (si parla, in questo caso, di espropriazione indiretta per indicare la circostanza in cui, pur in assenza di un provvedimento esplicitamente ablativo, l'investitore viene privato, in tutto o anche solo parzialmente, del capitale remunerativo dell'attività imprenditoriale svolta sul territorio dello Stato ospitante. Ciò soprattutto quando tale risultato è il frutto dell'applicazione di norme dichiaratamente volte a regolare l'attività economica nel Paese. V., sul tema e per ulteriori approfondimenti, S.H. Nikièma, *L'espropriation indirecte en droit international des investissements*, Ginevra, 2012, F.M. Palombino, *Il trattamento giusto ed equo degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012; nonché J. Hepburn, *Domestic Law in International Investment arbitration*, Oxford, 2017).

Lo Stato slovacco, invece, aveva chiesto al collegio arbitrale UNCITRAL di dichiararsi incompetente a esprimersi sulla vicenda *ratione matieriae*, in quanto gli investimenti della società olandese non rientravano tra quelli previsti all'art. 1, lett. a) del

BIT (comprendente beni mobili e immobili e relativi diritti, investimenti di portafoglio, diritti in materia di proprietà intellettuale e concessioni in materia di sfruttamento di risorse naturali) ed erano stati effettuati in violazione delle norme interne dello Stato ospitante. Sempre in merito alla competenza, la Slovacchia aveva poi sollevato un'ulteriore obiezione, ritenendo che, sebbene con l'ingresso nell'UE gli accordi bilaterali da essa sottoscritti fossero rimasti in vigore, ciò non poteva pregiudicare la supremazia del diritto dell'Unione e, di conseguenza, non spettava al tribunale arbitrale pronunciarsi su una sua eventuale violazione (il riferimento era all'art. 344 TFUE, il quale prevede che gli Stati membri si impegnino a «non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione delle controversie diverso da quelli previsti dal trattato stesso»).

Nel lodo emanato in data 7 dicembre 2012 gli arbitri chiamati a decidere la controversia rigettarono tutte le obiezioni presentate dalla Slovacchia non solo affermando la propria competenza a decidere sul caso, ma rilevando l'effettiva violazione del BIT da parte della resistente con conseguente pregiudizio dei diritti dell'Achmea. Pertanto, il collegio condannò lo Stato slovacco a versare, in favore della società assicurativa olandese, un importo pari a 22.1 milioni di euro a titolo di risarcimento.

Come noto, le sentenze arbitrali sono definitive, quindi vincolanti e non soggette ad appello. L'unico rimedio esperibile dalla Slovacchia per sottrarsi all'obbligo di risarcimento a favore dell'Achmea, era pertanto quello di depositare richiesta di annullamento del lodo presso il Tribunale competente dello Stato nel cui territorio aveva avuto luogo l'arbitrato: Francoforte sul Meno.

È il caso di osservare come il codice di procedura civile tedesco, all'art. 1059, preveda solo un controllo limitato dei lodi arbitrali, che riguarda, in particolare, la validità dello stesso alla luce della legge o della convenzione arbitrale applicabile e il rispetto dell'ordine pubblico. L'*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, l'Alta Corte Regionale tedesca competente, rigettò il ricorso della Slovacchia, cosicché a quest'ultima non restò che rivolgersi al *Bundesgerichtshof*, la Corte Suprema Federale, che, a sua volta, depositò una richiesta di parere alla Corte di Giustizia, affinché si esprimesse sulla compatibilità della clausola compromissoria con il diritto dell'Unione. Più nello specifico, il remittente domandava se il caso di specie implicasse, da parte del collegio arbitrale istituito, l'interpretazione del diritto dell'Unione, spettante unicamente agli organi giurisdizionali indicati all'art. 344 TFUE. Conseguentemente, si chiedeva se il collegio arbitrale potesse essere considerato alla stregua di un organo giurisdizionale dell'Unione ai sensi dell'art. 267, § 2 TFUE e, dunque, abilitato a proporre ricorso incidentale alla CGUE. Infine, se l'art. 18 TFUE, che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità, dovesse essere interpretato nel senso che il meccanismo previsto all'art. 8 del BIT, permettendo ai soli investitori olandesi e slovacchi di ricorrere all'arbitrato, fosse causa di discriminazione nei confronti degli investitori degli altri Stati membri.

4. – Come noto, il ricorso al rinvio pregiudiziale consente ai giudici degli Stati membri, nell'ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte di Giustizia in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione. Durante il procedimento, gli Stati e la Commissione sono abilitati a presentare osservazioni a favore o contro le argomentazioni addotte dall'organo giurisdizionale remittente. Va osservato come Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Spagna e Ungheria abbiano presentato, insieme alla Commissione, osservazioni a sostegno della tesi della Slovacchia, volte a dimostrare l'incompatibilità della clausola ISDS presente negli "intra-EU" BITs con il diritto dell'UE. Si tratta di Paesi che spesse volte sono stati citati in giudizio da imprese straniere dinanzi a collegi arbitrali. Di contro, Stati come Finlandia e Paesi Bassi (che non sono mai stati citati in giudizio in cause di questo tipo), la Francia e l'Austria (citate una volta soltanto) e la Germania (citata in soli tre casi), ritengono tale clausola coerente con il sistema di diritto dell'Unione. Gli orientamenti di questi due

gruppi di Stati non sono legati unicamente alle loro diverse esperienze in sede contenziosa, ma sono anche determinati da ragioni economico-politiche più sostanziali. I Paesi assertori dell'incompatibilità della clausola ISDS, infatti, sono quelli che, tendenzialmente, versano in difficoltà economiche e stentano la ripresa dopo il trascorso decennio di crisi. Essi costituiscono altresì il gruppo dei c.d. *capital-importing States*, cioè, quegli Stati sui quali si concentra la maggior parte del flusso di investimenti "intra-europeo". È allora evidente come, per essi, il rischio di reiterate condanne in sede arbitrale e i conseguenti obblighi di corrispondere risarcimenti alle imprese straniere potrebbero ripercuotersi sull'equilibrio del bilancio statale. Si pensi, solo per citare uno tra gli esempi più eclatanti, al caso della Spagna, condannata il 4 maggio 2017 dal Tribunale ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Dispute*), al pagamento di un risarcimento del danno pari a 128 milioni di euro a favore dell'impresa Eiser Infrastructur e della sua controllata, Energia Solar Luxemburg, per violazione dell'*Energy Charter Treaty* (v. Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36. Per approfondimenti si rimanda a E. Bonafé, A. Piebalgs, *The New International Energy Charter: Sustainable Energy Transition, Investment Dispute Resolution and Market Regulation*, in *Policy Brief – Florence School of Regulation*, n. 33/2017, 6 ss.). Al contrario, gli Stati membri favorevoli all'applicazione del Sistema ISDS sono per lo più *capital-exporting States*. Questi ultimi, pertanto, non corrono rischi particolarmente gravi nell'applicazione della clausola compromissoria così come oggi concepita: da un lato, infatti, essendo dotati di una forte solidità finanziaria sarebbero meglio in grado di affrontare eventuali condanne in sede arbitrale, e del resto si è già constatato lo scarso numero di volte in cui essi vengono citati in giudizio. Ciò è dovuto anche ad una maggior stabilità della loro attività legislativa, che consente agli investitori stranieri di operare all'interno di un quadro giuridico chiaro e coerente, difficilmente impugnabile dinanzi alle corti abilitate per lesione del legittimo affidamento.

5. - Nelle conclusioni depositate il 19 settembre 2017 nel caso Achmea, l'avvocato generale Melchior Wathelet ha affermato che il ricorso all'arbitrato internazionale costituisce l'unico mezzo per attribuire piena efficacia e utilità ai BITs, poiché istituisce un foro specializzato in cui gli investitori possono invocare i diritti ad essi attribuiti da tali accordi (v. par. 266). Egli, pertanto, ha ritenuto il meccanismo di soluzione delle controversie istituto dall'art. 8 del BIT compatibile sia con l'art. 344 TFUE che con l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e con l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione (v. par. 272). Questa presa di posizione ha destato forte dissenso da parte di una serie di Stati (ci riferiamo, in particolare, a Repubblica Ceca, Ungheria e Polonia) che, in seguito alla lettura di dette conclusioni, hanno chiesto una riapertura della fase orale del procedimento, al fine di depositare le loro osservazioni contrarie. Giova a questo punto ricordare come né lo Statuto della CGUE, né il suo Regolamento di procedura prevedono la possibilità, per gli Stati membri che prendono parte alle procedure avviate in seguito all'instaurazione di un giudizio incidentale, di formulare osservazioni in risposta alle conclusioni presentate dall'avvocato generale. La Corte, però, ai sensi dell'art. 83 del suo Regolamento di procedura, sentito l'avvocato generale, può comunque decidere di riaprire la fase orale, ma solo nel momento in cui i giudici ritengano di non essere stati sufficientemente istruiti o quando le osservazioni che vogliono proporsi riguardino un argomento che, fino a quel momento, non è stato oggetto di discussione tra le parti. Orbene, poiché, in questo caso, la richiesta di riapertura del procedimento era volta unicamente a manifestare il disaccordo dei Governi ceco, ungherese e polacco con le conclusioni dell'avvocato Wathelet, la Corte ha rigettato la domanda (una situazione similare si è da poco verificata anche nel corso della causa C-126/16, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a.*, sentenza del 22 giugno 2017, punto 30, nonché in diversi altri precedenti, come, giusto per citare qualche esempio, causa C-162/13, *Vnuk*, sentenza del 04 settembre 2014, punto 30; causa C-33/14, *Mory e a./Commissione*, sentenza del 17

settembre 2015, punto 26. La CGUE ha comunque respinto le suddette domande di riapertura della fase orale). Nel merito, poi, i giudici hanno ricordato di non essere vincolati né alle conclusioni dell'avvocato generale né alle motivazioni in base alle quali questi giunge a formularle. E, infatti, se ne distaccano completamente, decretando l'incompatibilità della clausola ISDS contenuta negli accordi bilaterali di investimento sottoscritti tra Stati membri.

6. – La CGUE prende le mosse dall'analisi congiunta della compatibilità dell'art. 8 del BIT Paesi Bassi/Cecoslovacchia con gli artt. 344 e 267 TFUE. Questa circostanza è fondamentale perché lascia intendere come, implicitamente, la Corte rigetti l'argomento del giudice remittente in base al quale l'art. 344 TFUE non avrebbe trovato applicazione nelle controversie in cui una delle parti sia un privato. Essa, inoltre, non affronta l'ulteriore questione relativa alla compatibilità della clausola compromissoria con l'art. 18 TFUE: tale analisi appare infatti superflua, non avendo il test sulla compatibilità dato esito positivo con riferimento ai primi due quesiti. Riprendendo il ragionamento già condotto nel Parere 2/13 18 dicembre 2014, relativo all'Adesione dell'Unione alla CEDU, al fine di ricostruire le tappe giurisprudenziali che hanno portato all'affermazione del principio di autonomia del diritto dell'Unione (v., in particolare, i punti 32 e 33), la Corte analizza l'art. 344 TFUE, secondo cui un accordo internazionale (nel caso di specie un BIT sottoscritto tra due Stati membri) non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai trattati europei. Dalla norma, cioè, si evince chiaramente una clausola di giurisdizione esclusiva, per cui il regolamento giudiziario dinanzi alla CGUE risulta il solo procedimento esperibile per risolvere le controversie relative al diritto dell'Unione (v. *Art. 344 TFUE*, a cura di M. Forzan, in *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012). Quello dell'UE, infatti, si atteggia a sistema costituzionale, dunque abilitato ad elaborare principi che valgono sia al suo interno che per gli Stati membri. Molti di questi principi sono enucleati all'art. 2 del TUE, ma la Corte prende in considerazione quello di leale collaborazione tra Stati membri, di cui all'articolo 4, par. 3, co. 1 TUE che, alla luce di tale disposizione, sono tenuti ad assicurare, nei rispettivi territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'UE e ad adottare, a tal fine, «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» (punto 34).

La piena e coerente applicazione del sistema è garantita, a norma dell'art. 19 TUE, dai giudici interni e dalla CGUE; cosicché la "chiave di volta" (punto 37) del sistema giurisdizionale concepito nell'ordinamento giuridico unionale è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267, che consente al giudice nazionale, ove sia sollevata una questione relativa all'interpretazione dei trattati, di sospendere il giudizio in attesa che la Corte si esprima sulla stessa. Poiché l'art. 8, par. 6 del BIT prevede che la controversia sia decisa tenendo conto, tra le altre disposizioni, del diritto vigente delle parti contraenti interessate, Slovacchia e Paesi Bassi, ne deriva che il collegio arbitrale è chiamato ad interpretare e applicare il diritto dell'Unione, con particolare riferimento alle disposizioni concernenti la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali (punti 32-42). Affinché ciò sia possibile è necessario verificare se il collegio *de quo* possa essere considerato alla stregua di un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, ai sensi dell'art. 267 TFUE, cioè, un organo in grado di adire la CGUE in via incidentale quando si manifesti un contrasto rispetto all'interpretazione del diritto dell'UE. Non solo, ma poiché il lodo è definitivo e non soggetto ad appello, esso non può essere sottoposto al vaglio delle Corti dei Paesi membri. Il compromesso arbitrale, dunque, prevede la devoluzione delle controversie sorte tra questi ultimi e gli investitori stranieri ad un sistema esterno a quello di cui all'art. 19 TUE. Risulta allora evidente la natura derogatoria della clausola ISDS, che finisce col pregiudicare il ruolo di garanzia della Corte di Giustizia rispetto alla piena efficacia del diritto dell'Unione. L'art. 8 del BIT, pertanto, mette in discussione la salvaguardia dell'ordinamento giuridico dell'UE e,

conseguentemente, la fiducia reciproca tra gli Stati membri (punto 59). Sempre nel merito, i giudici di Lussemburgo hanno poi distinto gli arbitrati sul commercio da quelli relativi agli investimenti: contrariamente a quanto appena stabilito nel caso in esame, essi hanno ritenuto le esigenze di efficacia dei procedimenti arbitrali in materia commerciale in grado di giustificare il carattere limitato del controllo dei lodi da parte dei giudici degli Stati membri (v., in tal senso, sentenze del 1o giugno 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, punti 35, 36 e 40, nonché del 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, punti da 34 a 39), purché le disposizioni dell'UE possano essere esaminate nell'ambito di tale controllo ed essere eventualmente oggetto di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte. È evidente come questa diversità di approccio della CGUE si basa sul fatto che, mentre l'arbitrato commerciale prevede che le parti in causa siano dei privati, persone fisiche o giuridiche; quello sugli investimenti vede la partecipazione di un privato e di uno Stato, sulla base di un trattato mediante il quale quest'ultimo ha acconsentito a sottrarre la competenza giurisdizionale ai propri organi interni con riferimento alle controversie sorte nell'applicazione del medesimo trattato, mettendo così a rischio l'autonomia e la coerenza del diritto dell'Unione (punto 54).

7. – La Corte si sofferma anche sulla distinzione tra BITs conclusi tra Paesi membri e BITs firmati con i Paesi terzi. In particolare la Corte sottolinea come il principio di leale cooperazione trovi applicazione tra Stati membri ma non tra UE e Paesi terzi, lasciando intendere che, nella valutazione sulla compatibilità della clausola compromissoria inserita nei BITs sottoscritti con Paesi extra-UE, non troverebbe applicazione il ragionamento sin qui condotto. La Corte ritiene non incompatibile con il diritto dell'Unione, quantomeno in linea di principio, un accordo internazionale che preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, purché sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico (punto 57). È allora difficile non pensare al CETA, l'accordo di libero scambio concluso tra Canada e UE, il quale prevede, oltre ad uno specifico capitolo sugli investimenti (capitolo 8), la costituzione di un tribunale *ad hoc*, l'*International Court System* (capitolo 8, sez. F), abilitato a dirimere le controversie che possono sorgere tra gli Stati parte del trattato e i privati investitori che ritengano lesi i loro diritti sulla base dello stesso. Il punto potrà essere chiarito prossimamente, anche se non proprio a breve: la compatibilità di un simile sistema di risoluzione delle controversie (per la cui analisi rimandiamo ad un nostro contributo dal titolo *La «clausola ISDS» negli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2017, 307 ss.) con il diritto dell'Unione è ora al vaglio della Corte, la quale si esprimerà, con ogni probabilità, non prima del 2019.

Intanto possiamo svolgere qualche osservazione circa le possibili ripercussioni che seguiranno la sentenza Achmea. Con essa, come visto, si sancisce l'inapplicabilità della clausola compromissoria inserita nei BITs sottoscritti tra Stati membri, in quanto contraria al principio di autonomia del diritto dell'Unione. Tuttavia né la clausola ISDS né gli accordi bilaterali di investimento fanno parte di questo sistema di diritto, per cui la Corte non ha il potere di annullarli, spettando semmai ai Paesi membri il compito di denunciare immediatamente i BITs tra essi sottoscritti al fine di conformarsi alle statuizioni dei giudici di Lussemburgo.

Con riferimento, invece, agli arbitrati ancora pendenti, sarà interessante osservare se i collegi formatisi respingeranno le cause ancora in decisione per incompetenza o se, opzione che riteniamo francamente più verosimile, riterranno di non dover tenere in considerazione la sentenza della CGUE. Bisognerà poi chiedersi cosa succederà con riguardo ai lodi già resi (v., in tal senso, anche F. Munari, C. Cellerino, *EU Law is alive and healty: The Achmea Case and a happy good-bye to Intra-EU Bilateral Investment Treaties*, disponibile su www.sidiblog.org). *Rebus sic stantibus*, infatti, i giudici interni dovrebbero rifiutarne l'*exequatur* per contrarietà all'ordine pubblico, risultando essi in contrasto con

uno dei principi essenziali dell'Unione. Ciò vale sia per i lodi emanati sulla base delle norme UNCITRAL che per quelli resi dall'ICSID, cosicché la sentenza Achmea non potrà non travolgere anche le decisioni connesse alla violazione dell'ECT e la "clausola *grandfather*" in esso contenuta (in base alla quale i privati investitori sarebbero abilitati a citare in giudizio gli Stati per violazione del trattato sull'energia nei successivi venti anni dalla data di denuncia dello stesso). Bisognerà infine chiarire quale via dovrebbero allora percorrere gli investitori che ritengano leso un proprio diritto garantito da un accordo sottoscritto tra l'*home State* e l'*host State*. La CGUE suggerisce quella dei tribunali dei Paesi ospitanti l'investimento, in applicazione degli art. 2 e 19 del TUE. Tuttavia, è noto lo scarso affidamento degli investitori stranieri nei confronti delle giurisdizioni nazionali, le quali a loro avviso tenderebbero a privilegiare gli interessi governativi rispetto ai propri. Nel frattempo, lo scorso 20 marzo, il Consiglio ha adottato le direttive che autorizzano la Commissione a negoziare, in nome e per conto dell'UE, una convenzione multilaterale che istituisce un tribunale *ad hoc* per la soluzione delle controversie relative agli investimenti, nel quadro dell'UNCITRAL. L'iniziativa si inserisce nel solco del nuovo approccio dell'Unione alla risoluzione di dette controversie e prevede il passaggio da un tradizionale quadro di arbitrato ad un sistema giurisdizionale.

Il divieto di restrizioni alle esportazioni non può giustificare misure contrarie all'art. 107 del TFUE

di Francesco Campodonico

Title: *The prohibition of quantitative restrictions on exports cannot justify measures contrary to Article 107 TFEU*

Keywords: *De minimis aid; Aid granted in the form of tax relief; Production of goods for export.*

1. – La decisione in commento, che costituisce, tra l'altro, un interessante caso di contrasto tra le conclusioni espresse dall'Avvocato generale e il *decisum* della CGUE, si segnala per l'importante statuizione cui pervengono i giudici di Lussemburgo: i Trattati sono sistemi normativi intrinsecamente coerenti. Nel caso specifico, sostengono i giudici, come «le disposizioni del Trattato FUE relative agli aiuti di Stato non possono servire a eludere le norme del Trattato relative alla libera circolazione delle merci» così è vera «l'affermazione reciproca», secondo cui tali norme si propongono un medesimo obiettivo, che consiste – quale costante cardine dell'azione di tutte le istituzioni dell'Unione – nel garantire la libera circolazione delle merci tra gli Stati in condizioni normali di concorrenza.

2. – La fattispecie concreta, che ha dato origine a questa pronuncia, vedeva il ricorso di una società bulgara, attiva nella produzione di tubi, profilati cavi e raccordi in acciaio, che si era vista negare, dalla locale autorità fiscale, l'esenzione da una determinata imposta in ragione del fatto che gli investimenti che la stessa società aveva effettuato nei suoi impianti erano relativi alla produzione di beni destinati all'esportazione. La normativa bulgara, infatti, prevedeva espressamente un'esclusione dal beneficio dell'esenzione fiscale per quegli «investimenti in beni impiegati per attività connesse all'esportazione verso paesi terzi o Stati membri» (v. art. 182 della DV n. 105 del 22 dicembre 2006 e s.m.i.). Tale eccezione era contemplata, del resto, anche a livello unitario e il legislatore bulgaro si era limitato a dare applicazione al regolamento n. 1998/2006, in materia di aiuti c.d. *de minimis*. Nel suo ricorso avverso la decisione dell'autorità fiscale, la società bulgara sollevava il problema della compatibilità di questa esclusione rispetto all'art. 35 del TFUE, lamentando che l'esclusione dal beneficio comportasse, sostanzialmente, una violazione del divieto di restrizioni quantitative all'esportazione tra gli Stati membri (di cui all'art. 35 del TFUE).

3. – Dopo due prime pronunce negative per la società, il Tribunale di Sofia decideva di sollevare questione pregiudiziale innanzi alla CGUE. Tra gli altri quesiti, il giudice bulgaro chiedeva alla Corte, da un lato, se «un aiuto di Stato sotto forma di agevolazione fiscale sia compatibile con la concorrenza nel mercato interno quando l'aiuto è investito

in beni patrimoniali impiegati per la fabbricazione di prodotti che sono esportati in parte in paesi terzi o in Stati membri» e, dall'altro, «quale sia il rapporto tra la suddetta disposizione (l'art. 1, par. 1, lett. d) del regolamento 1996/2006, *nda*) e l'articolo 35 TFUE in materia di divieto di restrizioni quantitative all'esportazione e di qualsiasi misura di effetto equivalente fra gli Stati membri e se sussistano una discriminazione e una violazione della libera circolazione delle merci».

4. – Nelle sue Conclusioni, l'Avvocato generale, Melchior Wathelet, giunge a sostenere che l'articolo 1 del regolamento 1998/2006 sia «invalido», perché contrastante con l'art. 35 del TFUE, nella parte in cui il regolamento stabilisce, nell'ambito del regime *de minimis*, una differenza di trattamento tra le attività economiche puramente nazionali (per le quali si ammette l'aiuto) e quelle dirette all'esportazione verso gli Stati membri (per le quali esso è escluso). Il ragionamento svolto dall'Avvocato muove dalla convinzione che gli articoli 107 e 108 del TFUE nonché il regolamento 1998/2006 «non possono in nessun caso servire ad eludere le norme del Trattato FUE relative alla libera circolazione delle merci» e che, dunque, «il Trattato non istituisca una gerarchia di norme concernenti il divieto di restrizioni quantitative e gli aiuti accordati dagli Stati. Poste queste premesse, l'Avvocato generale procede, dapprima, a qualificare l'articolo 1 del regolamento citato come una «misura di effetto equivalente» ai sensi dell'art. 35 del TFUE e poi, ritenendola una misura discriminatoria «*de jure*», in quanto si applica specificamente a talune esportazioni, esclude che sussistano giustificazioni relativamente a quei motivi di interesse generale (moralità pubblica, ordine pubblico, pubblica sicurezza ecc...) elencati all'art. 36 del TFUE. L'approccio seguito dall'Avvocato generale sembra peccare per un eccessivo formalismo: egli, infatti, non riflette abbastanza – come invece farà la Corte – sul *telos* della norma che prevede l'esclusione dal beneficio per «le attività connesse all'esportazione», limitandosi a interpretarla "in negativo" come lesione di una libertà fondamentale (qual è la libera circolazione delle merci) prevista dai Trattati.

5. – La Corte, pronunciandosi, tra l'altro, sulla questione della compatibilità dell'art. 1 del regolamento 1998/2006 con l'art. 35 TFUE, ha espresso un avviso nettamente contrario a quello dell'Avvocato generale. I giudici dell'Unione hanno negato, infatti, che l'esclusione prevista dall'art. 1 del citato regolamento costituisca una «misura di effetto equivalente» ai sensi dell'art. 35 del TFUE, in quanto il generale divieto di aiuti di Stato connessi all'esportazione verso gli altri Stati membri «è di per sé priva (*rectius*, privo) di effetto sugli scambi» poiché si limita a imporre agli Stati membri di «astenersi dal concedere un certo tipo di aiuti». La Corte, di conseguenza, nega che l'art. 1 del regolamento 1998/2006 costituisca una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione. A ciò i giudici aggiungono un'importante considerazione in ordine alla *ratio* dello stesso art. 1. Ai punti 46 e 47 della sentenza, infatti, la Corte sostiene che l'esclusione degli aiuti alle esportazioni «è giustificata alla luce dell'obiettivo stesso dell'articolo 107 TFUE», secondo cui tutti gli aiuti di Stato sono incompatibili con il mercato interno «nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri». Consentire l'ingresso di queste misure tra i c.d. aiuti *de minimis* avrebbe un effetto pregiudizievole per il corretto funzionamento del mercato interno (in quanto – pare ovvio – gli Stati troverebbero particolarmente conveniente concedere aiuti per la produzione di beni o servizi destinati all'esportazione). Sulla scorta di questa considerazione, la Corte rileva finalmente come l'art. 35 non possa giustificare una misura contraria all'art. 107 TFUE: «infatti, i motivi per i quali la Corte ha dichiarato che le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci giustificano anche l'affermazione reciproca, secondo cui tali disposizioni e tali regole perseguono un medesimo obiettivo, che consiste nel garantire la libera circolazione delle merci tra gli Stati membri in condizioni normali di concorrenza».

Da ultimo, passando all'analisi della normativa bulgara (che si era limitata a riprodurre il testo del già citato regolamento UE) i giudici di Lussemburgo riconoscono che l'art. 1, par. 1, lett. d) del regolamento 1996/2006 non può ostare a disposizioni di diritto nazionale che escludono dal beneficio economico di un'agevolazione fiscale (costituente un aiuto *de minimis*) gli investimenti destinati ad attività connesse all'esportazione.

6. – Con questa pronuncia, la Corte ha stabilito un punto importante a favore di un'interpretazione, in chiave sempre più sistematica, dei Trattati e delle norme prodotte in ambito europeo. La giurisdizione della CGUE – abituata, da sempre, a scendere alla sostanza dei problemi senza limitarsi ad interpretazioni formalistiche del dato testuale – conferma questo tipo di approccio ed esalta, in questo caso, un elemento di coerenza interna ai Trattati, smentendo un'interpretazione – quale quella offerta dall'Avvocato generale – degli stessi che avrebbe portato, tramite la pedissequa applicazione, di uno (il divieto di misure restrittive della concorrenza) a negarne, nei fatti, un altro (il divieto di aiuti di Stato alle esportazioni).

Riflessioni sul margine di discrezionalità degli Stati membri in materia di disciplina antidiscriminatoria

di Alessandro Caprotti

Title: Observations about EU Member States' margin of discretion on anti-discrimination discipline

Keywords: Anti-discrimination, Margin of discretion, Effectiveness of the judgement.

1. – Con la sentenza del 4 marzo 2018 relativa alla causa C-482/16 la Corte di Giustizia si è nuovamente confrontata con la definizione e l'applicazione del divieto di non discriminazione, nel caso di specie, discriminazione per motivi di età.

La causa, ha ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Oberlandesgericht Innsbruck (Tribunale superiore del Land, Innsbruck, Austria), con decisione del 2 settembre 2016, pervenuta in cancelleria il 7 settembre 2016, nel procedimento *Georg Stollwitzer contro ÖBB Personenverkehr AG*.

Le novità entro cui si muove il recente dispositivo della Corte si evidenziano non tanto in materia di individuazione della discriminatorietà o meno di una disposizione legislativa nazionale (si veda sentenza 14/03/2017 n. C-157/15), quanto più sul raggio d'efficacia che abbia una sentenza di condanna della Corte a confronto col margine di discrezionalità del legislatore nazionale in materia di disciplina dei rapporti di lavoro.

2. – La questione nasce in un quadro normativo che vede la contrapposizione da un lato della normativa austriaca regolante i rapporti di lavoro dei lavoratori delle ferrovie nazionali (OBB) e dall'altro le regolamentazioni in materia discriminatoria contenute nella direttiva europea n. 78/2000 (con particolare riferimento agli articoli 2,6 e 16 della stessa direttiva).

La sentenza in commento, infatti, è la terza di una serie iniziata con la sentenza del 18 giugno 2009, C-88/08, (cosiddetta sentenza *Hütter*) la quale sanciva la discriminatorietà della disciplina prevista dalla legge austriaca, in relazione al conteggio degli anni di lavoro necessari all'ottenimento dei vari scatti retributivi di anzianità, considerata la mancata contabilizzazione del periodo di tempo trascorso alle dipendenze dell'impresa ferroviaria prima del compimento della maggiore età.

Tale normativa era stata ritenuta lesiva nei confronti dei lavoratori che avevano iniziato la loro esperienza lavorativa prima del compimento del diciottesimo anno di età. Predetta situazione, come da dispositivo della Corte, evidenzia una chiara violazione dell'art. 1 della direttiva europea n. 78/2000 in materia di divieto di discriminazione per motivi di età.

In conseguenza alla sentenza del 2009, nell'anno 2011 la *Bundesgesetz zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Bundesbahnen* (legge federale attinente

alla nuova regolazione dei rapporti giuridici delle ferrovie federali austriache legge federale sulle ferrovie del 1992, BGBl. I, 825/1992) è stata modificata. Tale modifica ha introdotto, all'articolo 53a di tale legge una nuova determinazione della data di riferimento ai fini dell'avanzamento negli scatti salariali, con vigenza a partire dal 1° gennaio 2014.

La questione però viene nuovamente fatta oggetto di ricorso presso la Corte di Giustizia la quale nella sentenza del 28 gennaio 2015, *ÖBB Personenverkehr* C-417/13, ha statuito che il regime instaurato all'articolo 53a della legge federale era contrario al diritto dell'Unione, in particolare agli articoli 2 e 6, della direttiva 2000/78. Infatti, se da un lato, allo scopo di eliminare una discriminazione fondata sull'età, la modifica legislativa computava i periodi di servizio anteriori al compimento dei diciotto anni di età, dall'altro prevedeva, solo per i lavoratori rientranti nella nuova formulazione, una disposizione prolungante di un anno il termine d'efficacia dell'avanzamento in ciascuno dei primi tre scatti remunerativi. Semplificando, si assisteva a un mascheramento del criterio dell'età istituendo un termine di efficacia differito per il conseguimento dell'aumento salariale; appare chiaro come detta disciplina non sani affatto gli elementi discriminatori già ravvisati nella sentenza del 2009.

In considerazione di quanto sopra espresso risultano palesi le motivazioni che hanno condotto la Corte a dichiarare discriminatoria in via indiretta anche l'introduzione, in predetti termini, dell'articolo 53a.

All'esito del secondo procedimento, pertanto, il legislatore austriaco ha adempiuto all'indicazione della Corte riformando nuovamente l'ormai noto art. 53a secondo quanto segue:

> 1. "La data di riferimento ai fini dell'avanzamento di carriera è la data alla quale il termine che consente di accedere allo scatto remunerativo superiore comincia a decorrere per la prima volta;
> 2. nella determinazione della data di riferimento ai fini dell'avanzamento di carriera devono essere presi in considerazione esclusivamente i periodi maturati nell'ambito di un rapporto di lavoro o di formazione in quanto apprendista presso:
> a) l'ÖBB, uno dei suoi danti causa o, a partire dall'attuazione di procedimenti regolari di scissione e di riorganizzazione relativi all'ÖBB-Holding AG, presso società di cui alla parte 3 della presente legge federale - nella versione della legge federale pubblicata nel BGBL, I 138/2003 -, presso i loro aventi causa e imprese scaturite da una di tali società a seguito delle misure di ristrutturazione adottate nel quadro del diritto delle società in vigore, nonché imprese alle quali i rapporti di lavoro degli agenti impiegati al 31 dicembre 2003 dall'ÖBB sono stati trasferiti contrattualmente o in seguito ad un (o a molteplici) trasferimento d'impresa, e
> b) imprese di infrastrutture ferroviarie e/o di trasporto ferroviario di uno Stato membro dello Spazio economico europeo (SEE), della Repubblica di Turchia o della Confederazione svizzera, nei limiti in cui un simile obbligo deriva dai rispettivi accordi di associazione o di libera circolazione. L'avanzamento avviene il 1° gennaio successivo alla scadenza del termine fissato."

Appare evidente, pertanto, che la soluzione adottata dal legislatore mirasse chiaramente ad eliminare gli elementi discriminatori della disciplina come evidenziato dalle due precedenti sentenze della Corte; tuttavia, in un'ottica di sostenibilità dei costi i quali rischiavano di configurare un esborso considerevole ai danni dello stato austriaco in caso di necessità di un globale ricalcolo in aumento degli scatti remunerativi, il legislatore austriaco ha introdotto la clausola sub (2) limitando, ai fini del ricalcolo, l'attività lavorativa esclusivamente prestata presso l'azienda ferroviaria statale ovvero presso altra impresa ferroviaria nazionale di un altro stato europeo (più Turchia e Svizzera).

Tale clausola avrebbe avuto il fine di limitare le possibilità di richiesta di ricalcolo ai soli casi di lavoratori che potevano provare di aver prestato la propria manodopera presso le ferrovie statali prima del compimento della maggiore età.

Inoltre, l'attuale formulazione dell'articolo 53a prevede una clausola di salvaguardia per i diritti già acquisiti che avrebbero potuto risentire dell'applicazione della nuova disciplina:

"6. L'inquadramento previsto al paragrafo 5 non comporta nessuna riduzione dei salari percepiti prima della pubblicazione della (legge federale sulle ferrovie del 2015). Se l'inquadramento in applicazione del paragrafo 5 comporta una riduzione del salario percepito rispetto all'ultimo mese precedente la pubblicazione della (legge federale sulle ferrovie del 2015), il predetto ultimo salario percepito è mantenuto fino a quando il salario che risulta dall'inquadramento in applicazione del paragrafo 5 raggiunge il livello di salario mantenuto, conformemente agli allegati 2 e 2a delle (condizioni generali applicabili ai contratti di lavoro con il servizio delle ferrovie austriache)".

Pertanto il legislatore austriaco si è premurato anche dell'eventuale nocumento in sede salariale ai danni di chi, attraverso la nuova disciplina, avrebbe visto una riduzione nel conteggio degli anni di prestazione lavorativa intrattenuti presso le ferrovie statali.

Per quanto concerne la vicenda in essere e le questioni pregiudiziali riguardanti il rinvio alla Corte di Giustizia, si illustra quanto segue.

Il signor Stollwitzer entra in servizio presso uno degli aventi causa dell'OBB il giorno 17 gennaio 1983. Tuttavia, considerati i periodi di servizio da lui prestati prima della sua entrata effettiva in servizio, la data di riferimento ai fini dell'avanzamento nello scatto salariale sarebbe quella del 2 luglio 1980.

La predetta data determina tra l'altro il gruppo remunerativo nella griglia salariale, nel contesto della quale un lavoratore ottiene ad intervalli regolari un avanzamento di scatto. La stessa, a quell'epoca, era determinata calcolando i periodi maturati prima dell'entrata in servizio, ad esclusione tuttavia di quelli anteriori al compimento dei diciotto anni di età.

In considerazione di ciò, basandosi sulle sentenze della Corte già citate in precedenza, il signor Stollwitzer ha presentato ricorso presso il Landesgericht Innsbruck (Tribunale di Innsbruck) contro l'OBB al fine di vedersi riconosciuta una somma pari alla differenza tra quanto effettivamente percepito tra 2009 e 2015 e quello che gli sarebbe stato dovuto se i periodi richiesti per gli scatti salariali fossero stati calcolati secondo le indicazioni contenute dall'articolo 53a prima della riforma del 2015 includendo tuttavia i periodi di servizio anteriori al compimento della maggiore età.

Il tribunale di Innsbruck ha respinto il ricorso in base all'assunto che l'applicazione retroattiva del nuovo articolo 53a avesse posto fine ad ogni discriminazione sull'età e come, pertanto, non potesse essere possibile ricalcolare la data di riferimento in base alla disciplina precedente ad esclusione solo del precedente limite di età; inoltre, il Sig. Stollwitzer non era stato in grado di fornire la prova di stabile occupazione presso le ferrovie austriache (secondo quanto indicato dal paragrafo 2 dell'articolo 53a) relativamente ai periodi di servizio effettuati prima della sua assunzione del 1983.

L'uomo a seguito di predetta sentenza, ha deciso di adire l'Oberlandesgericht Innsbruck (Tribunale Superiore del Land), tramite ricorso.

Nelle more del procedimento d'appello giungeva, peraltro, il giudizio che accertava la legittimità costituzionale dell'art. 53a della legge da parte della Corte Costituzionale austriaca. Il giudice di legittimità, infatti, ha confermato la validità dei provvedimenti adottati considerato che le date di riferimento ai fini dell'avanzamento salariale erano state scrupolosamente ricalcolate; peraltro, in caso di ricalcolo sfavorevole, la legge assicurava il mantenimento del salario percepito fino alla data di entrata in vigore della nuova disciplina.

3. – In sede di appello, il Tribunale Superiore di Innsbruck, volendo verificare l'effettiva

efficacia della nuova formulazione nell'eliminare quegli elementi discriminatori che si erano palesati presso la Corte di Giustizia nelle cause precedentemente citate, ha deciso di sospendere il procedimento sottoponendo alla Corte di Giustizia un doppio quesito:

1. se il diritto dell'Unione e in particolare il principio generale di parità di trattamento e di divieto di discriminazione fondata sull'età ai sensi degli articoli 6, paragrafo 3, del TUE e dell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché il il divieto di discriminazione insito nella libera circolazione dei lavoratori di cui all'articolo 45 TFUE e la direttiva 2000/78, debbano essere interpretati in modo tale che ostino a una normativa nazionale come quella in discussione (periodi di servizio effettivamente prestati prima del diciottesimo anno di età calcolati solo per i dipendenti che hanno maturato predette esperienze solo presso OBB o imprese pubbliche equiparabili non considerando, ad esempio, periodi di formazione presso altre aziende);
2. se il comportamento di uno Stato membro che detiene il 100% delle quote di un'impresa di trasporto ferroviario e di fatto è il datore di lavoro dei dipendenti occupati in tale impresa, tentando, per motivi meramente di politica fiscale, di vanificare i diritti di detti lavoratori al pagamento di arretrati, sanciti dall'ordinamento dell'Unione a seguito di una discriminazione accertata con sentenza giudiziale integri le condizioni poste al fine dalla Corte al fine di stabilire una responsabilità di detto stato membro ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 1 della direttiva 78/2000.

Con riferimento alla prima questione posta dal giudice del rinvio, la stessa Corte, esordisce ricordando come, in base al contenuto delle disposizioni della direttiva 78/2000, emerge come la normativa europea abbia ad obbiettivo la parità di trattamento in materia di occupazione.

La parità di trattamento, sempre a parere del giudice europeo, è garantita da una disciplina che tuteli in maniera efficace nei confronti di ogni discriminazione ingiustificata (tra le quali, ovviamente, è presente il divieto di discriminazione in base all'età).

Peraltro, la Corte ricorda come Il concetto di discriminazione possa configurarsi attraverso due tipologie distinte (articolo 2 della direttiva): discriminazione diretta e indiretta. Come ormai noto, si ha discriminazione diretta quando una persona, per motivi di età, sarebbe trattata diversamente da altra persona in situazione analoga, si ha, invece, discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutra mettano in posizione di svantaggio una determinata categoria di lavoratori rispetto ad un'altra.

Partendo da questo presupposto la Corte è passata ad analizzare analiticamente le nuove disposizioni contenute nel novellato art. 53a della legge federale sottolineando l'efficacia della normativa in tre fasi distinte:

1. la prima al momento del ricalcolo in maniera retroattiva della data di riferimento ai fini dell'avanzamento del lavoratore interessato nella griglia salariale attinente alla sua occupazione (calcolo che viene effettuato indipendentemente dall'età di entrata in servizio presso l'impresa di ferrovie nazionali);
2. la seconda fase consiste nel reinquadrare il lavoratore interessato in funzione della nuova data di riferimento ai fini del suo avanzamento, vale a dire applicargli il regime istituito dall'articolo 53a della legge federale sulle ferrovie del 2015. In detta seconda fase, pertanto, verrà indicato l'eventuale aumento salariale dovuto al dipendente ovvero il blocco dello stipendio così come indicato dalla clausola di salvaguardia precedentemente indicata;
3. la terza fase, citando le esatte parole della Corte: "...consiste nell'introduzione, per tutti i lavoratori dell'ÖBB, di uno scatto salariale supplementare prima dell'ultimo scatto, destinato a compensare gli effetti

pecuniari negativi che, in sua mancanza, la modifica della data di riferimento per il loro avanzamento comporterebbe."

La Corte non ravvisa criticità nella nuova formulazione dell'articolo 53a e spiega le motivazioni per cui, a suo avviso, non si identifichino elementi di contrasto con il dispositivo della direttiva 78/2000.

Secondo il giudice di Lussemburgo, infatti, il giudice del rinvio si basa su un'interpretazione erronea delle sentenze precedentemente rese in argomento (Hütter del 18 giugno 2009, C-88/08, EU:C:2009:381, e ÖBB Personenverkehr del 28 gennaio 2015, C-417/13, ECLI:EU:C:2015:38).

Come è infatti stato indicato dalla Corte ai punti 43 e 45 della sentenza del 2015: "se è pur vero che gli Stati Membri sono tenuti ad abrogare tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento, tale articolo non impone loro tuttavia di adottare determinati provvedimenti in caso di violazione del divieto di discriminazione ma lascia ai medesimi la libertà di scegliere, fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo che esso contempla, quella che appare la più adatta a tale effetto, in funzione delle situazioni che possono presentarsi."

In considerazione di quanto sopra espresso la Corte afferma che non esiste in capo ai singoli interessati, precedentemente discriminati dalla disciplina previgente, un diritto assoluto ad ottenere un risarcimento in base al mancato aumento salariale che essi avrebbero percepito in presenza di una disciplina non discriminatoria.

Il legislatore nazionale, infatti, al momento dell'adeguamento della normativa alla disciplina antidiscriminatoria contenuta nella direttiva 78/2000 (art. 16), ha il compito esclusivamente di individuare misure adatte al fine di ristabilire la parità di trattamento tra i lavoratori. Lo stesso, secondo la Corte, non ha l'obbligo di stabilire meccanismi diretti di risarcimento a tutela del mancato guadagno subito dai lavoratori precedentemente discriminati se l'adeguamento alle direttive europee avviene in tempistiche e modalità congrue.

Pertanto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 36 delle sue conclusioni, al fine di eliminare una discriminazione fondata sull'età, il legislatore austriaco era libero di modificare la disciplina così come ha effettivamente fatto (modifica retroattiva dell'intero sistema di computo dei periodi di attività pregressi). Quanto sopra rappresentato, tuttavia, è bene evidenziare essere solo una delle possibili soluzioni che il legislatore austriaco poteva intraprendere.

Si può facilmente constatare, quindi, come osservato dalla Corte stessa, che formalmente, dato il carattere retroattivo della nuova disciplina riformata dal legislatore, il criterio dell'età appare soppresso quantomeno formalmente. La nuova disciplina, infatti, sebbene differenzi le prestazioni lavorative in base all'azienda presso cui vengono analizzate le competenze acquisite, non esprime più quel carattere di discriminatorietà in base all'età che, precedentemente, la Corte aveva avuto occasione di criticare.

Altro elemento che alla Corte preme indicare è l'omogeneità nell'applicazione della nuova disciplina legislativa. Il legislatore non si è esclusivamente premurato di apportare correttivi al fine di eliminare gli elementi di squilibrio apportati dalla normativa discriminatoria ma ha anche volontariamente impostato un nuovo sistema di calcolo dell'esperienza maturata (e del conseguente scatto salariale ottenuto) valido per tutti i dipendenti dell'azienda ferroviaria nazionale.

I dubbi del giudice del rinvio, tuttavia, non si fermano al solo quesito di riconoscimento o meno della discriminatorietà in base all'età della nuova disciplina legislativa; il giudice si domanda, infatti, se al nuovo sistema impostato dalla riformulazione dell'articolo 53a, non consegua una differente tipologia di discriminazione nei confronti di quei lavoratori che, avendo lavorato prima del diciottesimo anno di età presso imprese ferroviarie private e nonostante abbiano maturato esperienze del tutto analoghe ai colleghi impiegati presso l'azienda nazionale, si vedano non conteggiare, ai fini degli scatti salariali, predette esperienze lavorative.

La Corte, pertanto, si chiede se predetta modalità di differenziazione rientri nella

discrezionalità attribuita al legislatore in materia di politica sociale del lavoro ovvero manifesti elementi di discriminatorietà non giustificata nei confronti di una parte di lavoratori.

Il giudice europeo risponde alla questione affermando che è orientamento consolidato della Corte considerare la ricompensa dell'esperienza acquisita nel settore interessato un obbiettivo legittimo di politica salariale (sentenze del 3 ottobre 2006, Cadman, C-17/05, EU:C:2006:633, punti 34 e seguenti, e del 18 giugno 2009, Hütter, C-88/08, EU:C:2009:381).

Risulta, tuttavia, altrettanto vero che rimane nella libera discrezione del legislatore valutare quali tipologie (e in quali modalità) di esperienze acquisite considerare ai fini del calcolo degli scatti salariali, apparendo evidente come tale situazione possa configurare la possibilità di comportare differenze di trattamento tra i lavoratori in funzione della data di assunzione nell'impresa interessata, differenze che però non sono, direttamente o indirettamente, basate sull'età né su un evento connesso all'età (sentenza del 7 giugno 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft, C-132/11, EU:C:2012:329).

Nel ragionamento della Corte, peraltro, grande risalto viene conferito anche alla clausola di salvaguardia inserita dal legislatore al fine di alleviare gli eventuali effetti negativi che la nuova disciplina avrebbe potuto recare nei confronti di alcune categorie di lavoratori (ad esempio chi si fosse visto posticipare la data valida ai fini del termine per il calcolo della griglia salariale di competenza).

La disciplina, infatti, che permette ai lavoratori di mantenere il proprio salario corrente al momento dell'entrata in vigore della nuova formulazione dell'articolo 53a garantisce la tutela dei diritti già acquisiti, trasferendo la posizione del lavoratore nel nuovo sistema evitando un ingiustificato nocumento finanziario e garantendo la piena tutela del legittimo affidamento dei lavoratori, il quale costituisce un obiettivo cardine di politica sociale del lavoro.

In considerazione dei presupposti sopra indicati, la Corte sancisce quindi che: alla luce degli obblighi incombenti sugli stati membri in forza del diritto dell'Unione in materia di soppressione delle discriminazioni sul posto di lavoro (ed in particolare della discriminazione basata sull'età), la scelta operata dal legislatore austriaco, in base anche alla discrezionalità riservata allo stesso legislatore in materia di gestione proporzionata ed equa del regime salariale dei dipendenti pubblici, appare assunta entro i limiti dei poteri riconosciuti in materia di regolamentazione del lavoro.

Concludendo, pertanto, la Corte di Giustizia afferma che "si deve rispondere alla prima questione che l'articolo 45 TFUE e gli articoli 2, 6 e 16 della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, per porre fine ad una discriminazione basata sull'età – scaturente dall'applicazione di una normativa nazionale che computa, ai fini dell'inquadramento dei lavoratori di un'impresa nella tabella salariale, solo i periodi di attività maturati dopo i diciotto anni di età – sopprime, retroattivamente e nei confronti dell'insieme di tali lavoratori, un simile limite di età ma autorizza esclusivamente il computo dell'esperienza acquisita presso imprese che operano nel medesimo settore economico."

Alla luce di quanto indicato in merito alla prima questione pregiudiziale, inoltre, la Corte stabilisce che appare superfluo rispondere al secondo quesito.

4. – In conclusione all'analisi della sentenza in oggetto paiono opportune alcune osservazioni in merito alle indicazioni fornite dalla Corte.

In primo luogo il discorso della Corte appare svilupparsi principalmente attorno alla domanda "se e in quale modalità ogni stato nazionale possa disciplinare la materia laburistica attraverso meccanismi differenziatori tra categorie di lavoratori, senza rischiare lo sviluppo di situazioni direttamente o indirettamente discriminatorie."

Sul punto il giudice europeo ribadisce la discrezionalità del legislatore nazionale

mantenendo fermo, come principio cardine, il rispetto e la tutela dei diritti già acquisiti dai lavoratori e il rifiuto di ogni occasione di divisione tra categorie di lavoratori senza giustificato motivo.

In secondo luogo la Corte individua quale possa essere la reale portata vincolante di una sentenza precedente in materia di principio di non discriminazione. Il ragionamento della Corte, infatti, evidenzia come una precedente sentenza dichiarante l'illegittimità di una disciplina nazionale, non vincola automaticamente il legislatore ad eliminare completamente ogni differenziazione tra lavoratori né, tantomeno, attribuisce ai lavoratori danneggiati da predetta discriminazione accertata, titolo ad ottenere un risarcimento per il danno economico provocato dall'applicazione della normativa illegittima.

Le ragioni alla base del dispositivo della corte sono rintracciabili nell'ampia discrezionalità statale relativa alle modalità di adeguamento ai parametri introdotti dal diritto europeo e ribaditi dalla Corte.

Il giudice europeo ha interesse esclusivo a verificare che la riforma della disciplina ritenuta discriminatoria, sia riformata in maniera tale da eliminare gli elementi causanti il giudizio di illegittimità; la valutazione sull'opportunità o meno delle modalità attraverso cui questo obbiettivo viene raggiunto non rientrano nelle competenze della Corte.

La stessa, infatti, indica come l'ottenimento di un risarcimento monetario atto a recuperare quanto non percepito in precedenza sia vincolato dal perdurare della situazione di inadeguatezza da parte della normativa nazionale anche a seguito della declaratoria di illegittimità da parte del giudice europeo. Nel caso di specie, tuttavia, il legislatore austriaco è intervenuto per eliminare gli elementi discriminatori in base all'età che erano stati oggetto delle due sentenze precedenti (già più volte citate) e, sebbene la riforma preveda una nuova differenziazione di trattamento tra lavoratori, la stessa non appare affatto discriminatoria ma, anzi, risulta efficace al fine di eliminare i precedenti elementi discriminatori e al contempo assicura ai lavoratori, ipoteticamente danneggiati dalla nuova formulazione dell'art. 53a, un meccanismo di salvaguardia per tutelare i diritti salariali già precedentemente acquisiti.

Per concludere, il dispositivo finale della Corte esprime principalmente un appello rivolto ai giudici nazionali indicando come non si debbano interpretare le sentenze della Corte di Giustizia in secondo un orientamento ostativo alla discrezionalità del legislatore in materia di politica sociale del lavoro. Le determinazioni della Corte, così come le disposizioni contenute nella disciplina europea di contrasto alle discriminazioni, devono esclusivamente fornire un parametro di ragionevolezza cui il legislatore deve attenersi nello scegliere le modalità più consone per una corretta regolamentazione del mercato del lavoro.

Cessazione e concordata proroga del rapporto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile: confermata la conformità al diritto UE

di Nicolò Fuccaro

Title: Termination and agreed postponement of the employment relationship reached the age for a retirement pension are in compliance with EU law

Keywords: Differences of treatment on grounds of age; Postponement of the end of the employment contract; Retirement pension.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a pronunciarsi – ex art. 267 TFUE – a seguito del rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale superiore del lavoro del Land di Brema (Germania), in pendenza di una controversia in tema di mancato differimento del termine previsto per la cessazione del contratto di lavoro coincidente con il raggiungimento dell'ordinaria età di pensionamento.

Nello specifico, il sig. Hubertus John, assunto nel 2001 come docente a contratto dalla città anseatica di Brema, in previsione dell'imminente raggiungimento dell'età legale per beneficiare della pensione di vecchiaia, nel 2014 chiedeva di rimanere in servizio sino al termine dell'anno scolastico 2014/2015, concludendo in tal senso con il datore di lavoro un accordo per la posticipazione della data di estinzione del rapporto lavorativo. Ad una seconda richiesta di differimento del termine finale del contratto sino alla conclusione del primo semestre dell'anno scolastico 2015/2016, si vedeva opporre un diniego che impugnava dinanzi al Tribunale del lavoro di Brema lamentando l'illegittimità della durata temporanea del contratto.

Adito avverso la sentenza del giudice di primo grado, il Tribunale superiore del lavoro del Land, dubitando della conformità della normativa interna applicabile alla controversia principale con il diritto dell'UE, sospendeva il procedimento pendente e si rivolgeva alla Corte di giustizia. In particolare, il giudice del rinvio ritiene che la proroga del contratto oltre la data di raggiungimento dell'età pensionabile – concordata dalle parti contraenti, sulla base dell'art. 41, libro VI, del codice della previdenza sociale tedesco – costituisca rinnovo del contratto a tempo determinato e non mera "prosecuzione" del rapporto in essere dilazionandone la cessazione automatica (disposta dall'art. 44 del contratto collettivo). Pertanto, non essendo previsto alcun limite legale alla facoltà dei contraenti di differire il termine del rapporto di lavoro (ovvero, in buona sostanza, al numero di rinnovi ammessi), si ravviserebbe un contrasto con le disposizioni eurounitarie volte ad evitare un abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato e, nella specie, nella loro potenzialmente illimitata successione.

2. – Si prenda anzitutto in esame il contesto normativo – sovranazionale e interno – entro cui si svolge la presente causa.

L'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (firmato il 18 marzo 1999 dalle organizzazioni intercategoriali a carattere generale Unione delle confederazioni delle industrie, Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica e Confederazione europea dei sindacati), allegato alla direttiva 1999/70/CE che ne ha dato attuazione, si pone l'obiettivo di migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato e – aspetto che più interessa ai nostri fini – di creare un quadro normativo per la prevenzione di abusi derivanti dal ricorso alla successione di contratti o comunque rapporti di lavoro a termine. Ai sensi della clausola 5, punto 1, evocata dal Tribunale superiore del lavoro del Land, gli Stati membri devono prevenire tali abusi adottando misure che prevedano ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, nonché la durata massima e il numero dei rinnovi (consentiti) di tali contratti o rapporti. Inoltre, essi sono tenuti a stabilire in quali circostanze i contratti o rapporti stessi debbano essere considerati "successivi" e in quali ipotesi devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato (punto 2 della medesima clausola).

Si prenda poi in considerazione la direttiva 2000/78/CE, «che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro». Come la rubrica stessa esplicita, essa si pone quale finalità la lotta alle discriminazioni fondate, tra l'altro, sull'età per quanto concerne l'occupazione e le condizioni lavorative. Di tale atto di diritto derivato rilevano, per i profili di nostro interesse, le disposizioni definitorie della nozione di discriminazione e delle ipotesi in cui le disparità di trattamento legate all'età sono giustificabili. Venendo alla prima di queste, si ha parità di trattamento, *ex* art. 2, in assenza di qualsiasi discriminazione diretta (situazione in cui un soggetto è destinatario di un trattamento meno favorevole rispetto ad altro in una situazione analoga) o indiretta (situazione in cui un soggetto è posto in una condizione di particolare svantaggio rispetto ad un'altra persona da una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri). Vi sono tuttavia disparità di trattamento che, secondo quanto disposto dal legislatore sovranazionale, non costituiscono discriminazione se i menzionati criteri e prassi sono «oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento [sono] appropriati e necessari». Detta eccezione vale a giustificare anche disparità di trattamento collegate all'età che presentino i caratteri richiesti (finalità legittima, nonché appropriatezza e necessità dei mezzi per il suo raggiungimento) e delle quali sono indicate esemplificativamente alcune tipologie concernenti obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale (v. art. 6).

Per quanto riguarda la disciplina dell'età pensionabile, la direttiva stessa precisa che le disposizioni contenute in essa non incidono su quanto già previsto dai singoli Stati membri (considerando 14). Tuttavia, nel definire a livello nazionale la soglia corrispondente all'età ordinaria di pensionamento, alcune indicazioni vengono fornite dalla Commissione europea, che invita gli Stati a considerare la diminuzione della capacità produttiva di un lavoratore, fisiologicamente legata al progressivo avanzamento di età, oltre alla necessità di consentire a ciascuna persona ormai avanti con gli anni di disporre come meglio desidera del proprio tempo libero.

In proposito, il contratto collettivo tedesco applicabile ai dipendenti pubblici dei Länder, all'art. 44, punto 4, dispone l'estinzione del rapporto di lavoro una volta decorso il semestre scolastico in cui il docente ha raggiunto l'età prevista per beneficiare della pensione di vecchiaia, senza necessità di doverlo risolvere. Stante tale disciplina della cessazione del contratto di lavoro, il terzo periodo dell'art. 41 del Sozialgesetzbuch (codice della previdenza sociale) consente alle parti contraenti di rinviare, anche più volte, il termine finale del rapporto lavorativo. È questa la disposizione la cui conformità al diritto dell'UE è messa in discussione dal giudice del rinvio: non prevedendo alcuna ulteriore – rispetto al conseguimento dell'età pensionabile – condizione o limiti di tempo per differire l'estinzione del rapporto di lavoro, tale normativa apparirebbe in contrasto con i principi

generali dell'ordinamento giuridico sovranazionale, nonché con le disposizioni di diritto derivato sopra richiamate.

3. – La prima e la terza questione sottoposte alla CGUE dal giudice tedesco hanno il medesimo tenore letterale, distinguendosi unicamente per le disposizioni sovranazionali di cui si chiede l'interpretazione da attribuire, al fine di valutare se ostino alla normativa interna pocanzi illustrata.

Viene esaminata per prima la questione avente ad oggetto l'interpretazione delle menzionate disposizioni della direttiva 2000/78. Con riferimento ad essa, occorre verificare se un lavoratore nella condizione del sig. John sia giuridicamente trattato in maniera meno favorevole, per ragioni di età, rispetto a un altro soggetto che si trovi in una situazione comparabile (ipotesi di discriminazione diretta, *ex* art. 2, par. 2, lett. a)), ovvero se la disposizione codicistica tedesca possa determinare una condizione di svantaggio per le persone appartenenti alla classe di età di cui l'insegnante fa parte (ipotesi di discriminazione indiretta, *ex* art. 2, par. 2, lett. b)).

Comparando il diritto tedesco con quello di altri Stati membri, emerge come siano molti gli ordinamenti che prevedono una disciplina della cessazione automatica – raggiunto il limite di età per accedere al pensionamento – dei rapporti di lavoro subordinato diversa a seconda della finalità perseguita dal legislatore di prolungare ovvero abbreviare la vita lavorativa di un soggetto. Si tenga infatti presente, come ricordato nella decisione che si annota, che oltre a poter stabilire quali obiettivi perseguire tra molti in materia di politica sociale e di occupazione i singoli Paesi dell'Unione dispongono di un ampio margine discrezionale nella determinazione delle misure volte a realizzarli (v., *ex multis*, sentt. *Abercrombie & Fitch*, C-143/16, punto 31; *Schmitzer*, C-530/13, punto 38; *Rosenbladt*, C-45/09, punto 41; *Palacios de la Villa*, C-411/05, punto 68).

Valga come esempio, a tal proposito, la disciplina spagnola – in vigore dal 1980 al 2001 – che prevedeva il pensionamento obbligatorio dei lavoratori che avessero raggiunto un determinato limite di età (legge n. 8/1980), introdotta con il dichiarato obiettivo di favorire l'assunzione di soggetti non occupati. A seguito del miglioramento della situazione economica e del conseguente cambio di rotta nelle politiche del lavoro, la citata previsione di legge nel 2001 è stata abrogata a favore di misure dirette a favorire un sistema di pensionamento flessibile. Tuttavia, con l'articolo unico della legge n. 14/2005 è stata reintrodotta la possibilità di inserire nei contratti collettivi clausole che consentono la cessazione del rapporto di lavoro per il compimento, da parte del lavoratore, dell'età pensionabile, sempre che tali previsioni siano connesse con obiettivi coerenti con la politica del lavoro espressi in tali contratti.

Tornando all'ordinamento tedesco, occorre dar conto del fatto che la Corte – con la sent. *Rosenbladt*, cit. – si era già espressa circa la compatibilità di una disposizione di un contratto collettivo (art. 19, punto 8, del contratto applicabile *erga omnes* ai lavoratori subordinati del settore delle pulizie industriali) analoga a quella di cui al citato articolo 44, affermando che essa non eccede quanto necessario per la realizzazione delle finalità di «agevolare l'occupazione giovanile, pianificare le assunzioni e consentire una buona gestione, equilibrata secondo le età, del personale delle imprese». È interessante quanto era stato sostenuto nella circostanza dal giudice del rinvio sotto il profilo della promozione dell'occupazione, ossia che tali clausole di cessazione automatica del rapporto di lavoro, di frequente utilizzate, non avessero affatto inciso sul livello occupazionale della nazione. L'argomento, tuttavia, non fu sufficiente per la Corte per ritenere illegittima la finalità perseguita o, quantomeno, non necessari nonché inappropriati i mezzi impiegati per il suo conseguimento, stante – come si ricordava – l'ampio margine discrezionale riconosciuto agli Stati membri e alle parti sociali in tale materia.

Ciò detto, non si dimentichi che la disposizione controversa nel procedimento che ha originato la presente causa non è tanto quella del contratto collettivo, quanto quella del codice della previdenza sociale che facoltizza le parti a differire di comune accordo,

anche più volte e senza limiti di tempo, il termine di cessazione del rapporto lavorativo da esso stabilita. La *ratio* di tale previsione di legge – almeno secondo quanto affermato dal governo tedesco – risiede nel fornire alle parti contraenti uno strumento vantaggioso e flessibile per regolare concordemente la cessazione del rapporto di lavoro, quando ritenuto necessario, differendola per un periodo determinato oltre l'ordinario limite di età pensionabile. Senza l'incontro delle comuni volontà (e interessi) delle parti, tuttavia, il termine finale previsto dalla contrattazione collettiva rimane fermo. Trattandosi, come si è visto, di una misura tutt'altro che sfavorevole per la categoria di lavoratori che hanno raggiunto l'età pensionabile, rispetto a quelli che ancora non l'hanno raggiunta, non sussiste – secondo la Corte – alcuna forma (diretta o indiretta) di discriminazione nei confronti dei primi, ai sensi dell'art. 2, par. 2., della direttiva 2000/78.

4. – Con le prime due questioni formulate dal giudice del rinvio ed esaminate in seconda battuta dalla Corte di giustizia, una volta accertata l'assenza di elementi ostativi rispetto alla direttiva del 2000, viene verificato se la disposizione controversa sia o meno in contrasto con la clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Differenti sono le posizioni manifestate dal governo tedesco e dal Tribunale superiore del lavoro in relazione all'applicazione dell'accordo quadro al caso di specie.

Secondo il primo, l'estinzione del rapporto di lavoro al momento del raggiungimento dell'età pensionabile non può portare a qualificare tale rapporto come «contratto a tempo determinato» per due ordini di ragioni: da un lato poiché tra la conclusione del contratto e il conseguimento dell'età pensionale di frequente passano molti anni (se non vari decenni, come afferma l'esecutivo), da un altro – argomento ancor più persuasivo – in quanto il differimento della data di cessazione del contratto costituisce estensione temporale dell'efficacia del negozio giuridico in essere, che avviene appunto in corso di rapporto, e non stipulazione di un nuovo contratto a tempo determinato. Diverso sarebbe se la decisione di "proseguire" il rapporto lavorativo – nella forma, come si è invece escluso nel caso di specie, della conclusione di un nuovo contratto – intervenisse in un momento successivo rispetto alla cessazione del contratto determinata dal raggiungimento dell'età normale di pensionamento. Infatti in tal caso non si dovrebbe, in senso tecnico, parlare di "prosecuzione" (appositamente tra virgolette), bensì di inizio di un nuovo rapporto.

A parere del giudice del rinvio, invece, applicandosi al rapporto di lavoro in esame la disposizione del contratto collettivo (art. 44, punto 4) che, in sostanza, fissa un termine finale – corrispondente alla data in cui si conseguono i requisiti per l'ottenimento della pensione di vecchiaia – non si può che essere in presenza di un contratto a tempo determinato; pertanto la fattispecie in esame rientrerebbe nel campo di applicazione del menzionato accordo quadro.

Sul punto la Corte premette che individuare a quali contratti e rapporti di lavoro sia da applicare l'accordo quadro – che secondo la lettera della sua clausola 2, punto 1, ha un'estensione piuttosto ampia – spetta alla legislazione nazionale e non all'accordo stesso o al diritto eurounitario, la cui interpretazione ad opera della CGUE può tuttavia essere utile per guidare il giudice nazionale nella valutazione dei suoi effetti (principio generale già affermato in sentt. *W. e a.*, C-621/15, punto 40; *Van Straaten*, C-150/05, punto 37).

In adesione alla tesi sostenuta dall'esecutivo tedesco, i giudici di Lussemburgo non ritengono che la disposizione controversa favorisca un ampio ricorso a contratti a tempo determinato o possa comunque costituire una fonte di abusi a danno dei lavoratori. Una delle ragioni a sostegno di tale conclusione si fonda sul fatto che disporre la cessazione automatica del rapporto di lavoro, una volta raggiunta l'età pensionabile, corrisponde a offrire al lavoratore una forma di stabilità – e non di precarizzazione – della propria condizione occupazionale, posto che il conseguimento di tale *status* si verifica generalmente al termine della vita lavorativa del soggetto. Inoltre, pur non prendendo una posizione netta sul punto, la Corte non ritiene inverosimile che il differimento della

data di estinzione del rapporto di lavoro possa essere ritenuto «un semplice rinvio contrattuale dell'età di pensionamento inizialmente concordata» (punto 45); tuttavia non preclude che il giudice nazionale, malgrado le considerazioni sin qui esposte, giunga a una differente conclusione, nel qual caso egli stesso sarà tenuto a verificare se i requisiti di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro – che impone l'adozione di misure di prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato, quando non già presenti nell'ordinamento interno – siano soddisfatti dalla normativa nazionale applicabile (v. sent. *Fiamingo e a.*, C-362/13, C-363/13 e C-407/13, punto 66). È al giudice del rinvio infatti che spetta valutare se e in che termini le misure adottate, in quanto a proporzionalità, effettività e dissuasività, siano adeguate a prevenire ed eventualmente sanzionare l'uso abusivo di una successione di contratti a tempo determinato (v. sentt. *Marrosu e Sardino*, C-53/04, punto 56; *Fiamingo*, cit., punto 67), non spettando alla CGUE statuire sull'interpretazione delle disposizioni di diritto interno.

La Corte, nella circostanza, si preoccupa di precisare la portata della nozione di «ragioni obiettive» (di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro) per giustificare il rinnovo dei contratti a tempo determinato, sulle quali devono fondarsi le misure volte a prevenirne gli abusi: essa si riferisce a «circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività» e che «possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una finalità di politica sociale di uno Stato membro» (punto 53 della sent. in commento; v. anche sent. *Kücük*, C-586/10, punto 27). Per stessa ammissione del giudice del rinvio, il lavoratore che ha raggiunto l'età pensionabile si differenzia dagli altri lavoratori, oltre che per la protezione sociale accordatagli, per il fatto di trovarsi – come già accennato – al termine della sua vita lavorativa, senza essere posto davanti all'alternativa di poter beneficiare di un contratto a tempo indeterminato. Ciò non può che costituire una «ragione obiettiva» per giustificare un differente trattamento rispetto ai lavoratori che non hanno ancora maturato tali requisiti e, nella specie, per consentirgli di richiedere un differimento della cessazione del rapporto di lavoro. Affinché ciò si realizzi, tuttavia, occorre la concorde volontà del datore di lavoro e quindi l'effettiva conclusione di un accordo che intervenga nel corso del rapporto lavorativo e ne estenda la durata senza interruzioni temporali. Le restanti condizioni contrattuali rimangono ferme ed immodificate, ad ulteriore garanzia del lavoratore.

Per quanto non venga esplicitato nella pronuncia, la seconda questione – concernente la (in)compatibilità con l'accordo quadro anche del solo primo differimento dell'estinzione del rapporto di lavoro – risulta assorbita, dipendendo dalla (mancata) risposta affermativa alla prima.

5. – Dalla lettura delle lineari argomentazioni della Corte emerge come la disposizione controversa nel procedimento principale non contenga profili di criticità né problemi di compatibilità rispetto all'esaminata normativa sovranazionale e ai principi generali del diritto dell'UE. In conformità con quanto affermato in precedenti pronunce, viene chiarito che la disciplina tedesca di cui si è ripercorsa l'evoluzione, pur prevedendo una difformità di trattamento di una classe di lavoratori rispetto a tutti gli altri, non solo non discrimina né danneggia coloro ai quali si applica, bensì offre ad essi un'opportunità ulteriore, che, per concretizzarsi, deve in ogni caso incontrare il favore del datore di lavoro. La (legittima) scelta di un lavoratore che ha raggiunto i requisiti per beneficiare della pensione di vecchiaia di non esercitare di tale facoltà – richiedendo la proroga del contratto di lavoro – lascia immutate le condizioni contrattuali precedentemente convenute, dando luogo all'estinzione del rapporto di lavoro e il riconoscimento del trattamento pensionistico spettante.

L'IVA e le società *in house*: la Corte di Giustizia ritorna sulla nozione di «ente di diritto pubblico» ai sensi della direttiva 2006/112/CE

di Francesco Gallarati

Title: VAT and in house companies: the Court of Justice again on the notion of «bodies governed by public law» under directive 2006/112/EC

Keywords: VAT; Public authorities; In house providing.

1. – Nella sentenza pronunciata il 22 febbraio 2018 (sentenza *NTN*, causa C-182/17), la Corte di Giustizia è tornata ad affrontare il tema dell'imponibilità a fini IVA delle società interamente partecipate da amministrazioni pubbliche, a cui queste ultime abbiano affidato l'esercizio di attività di interesse generale.

La questione era stata già oggetto in precedenza di alcune pronunce della Corte di Giustizia, quali in particolare la sentenza *Saudaçor* del 29 ottobre 2015 (sentenza *Saudaçor c. Fazenda Pública*, causa C-174/14).

La possibilità di esentare le società *in house* dall'imposta sul valore aggiunto, inoltre, è stata al centro in questi ultimi anni di diverse pronunce da parte delle Commissioni tributarie italiane, che hanno adottato soluzioni talvolta contrastanti.

Rispetto alle pronunce precedenti dei giudici europei, la sentenza in commento merita di essere segnalata per le diverse conclusioni a cui è giunta la Corte, pur confermando le medesime coordinate interpretative delineate in *Saudaçor*.

Al fine di valutare il possibile impatto di questa pronuncia sull'ordinamento italiano, è bene dunque soffermarsi innanzitutto sulla questione giuridica sottesa alla sentenza in esame, per poi analizzare la soluzione adottata dalla Corte nel caso di specie.

2. – La vicenda oggetto del rinvio pregiudiziale riguardava la NTN, una società a responsabilità limitata senza scopo di lucro, il cui capitale sociale era detenuto al 100% dal Comune di Nagyszénás (Ungheria). In forza di un contratto stipulato con il Comune, tale società svolgeva una pluralità di compiti spettanti a quest'ultimo, relativi alla gestione di beni comunali (manutenzione dei parchi, gestione degli immobili, ecc.). A fronte di tale attività, essa riceveva un compenso diretto a coprire le spese di funzionamento della società, determinato sulla base di un prezzo inferiore al valore di mercato.

Date queste premesse, la questione giuridica che si poneva riguardava l'interpretazione dell'art. 13 della direttiva 2006/112/CE, relativa al sistema comune in materia di IVA. In particolare, sorgeva il problema di stabilire se una società partecipata al 100% da un Comune, che eserciti un'attività di interesse generale su incarico e dietro corrispettivo da parte di quest'ultimo, rientri nell'ambito dell'esenzione dell'IVA prevista

dall'art. 13, paragrafo 1 della direttiva. Quest'ultima disposizione, infatti, stabilisce che «gli Stati, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti di diritto pubblico non sono considerati soggetti passivi per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità, anche quando, in relazione a tali attività od operazioni, percepiscono diritti, canoni, contributi o retribuzioni».

Per inquadrare correttamente il problema, occorre premettere che secondo la ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, al fine di comprendere se un soggetto possa essere considerato imponibile ai fini IVA, bisogna innanzitutto domandarsi se tale ente rientri nella nozione di "soggetto passivo" di cui all'art. 9 della direttiva, ovvero se esso svolga un'attività imponibile. In secondo luogo, in caso di risposta affermativa a tale primo quesito, occorre verificare se tale soggetto benefici dell'esenzione prevista dall'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2006/112, ovvero se si tratti di ente di diritto pubblico che esegue le operazioni in questione in quanto pubblica autorità.

Per quel che riguarda il primo dei suddetti quesiti, è bene precisare che la direttiva 2006/112 ha adottato una nozione molto ampia di attività imponibile, tale da ricomprendere tutte le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso da un soggetto passivo (art. 2, par. 1, lett. c). A sua volta, la nozione di soggetto passivo è stata definitiva come «chiunque esercita, in modo indipendente e in qualsiasi luogo, un'attività economica, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività» (art. 9, par. 1).

In via interpretativa, inoltre, la giurisprudenza europea ha ampliato ulteriormente l'ambito di applicazione della direttiva, affermando che, per poter qualificare una prestazione di servizi come operazione a titolo oneroso, è sufficiente l'esistenza di un nesso diretto tra tale prestazione e un corrispettivo effettivamente percepito dal soggetto passivo. Tale nesso diretto, in particolare, secondo la Corte di Lussemburgo, esiste ogniqualvolta tra il prestatore e il destinatario intercorra un rapporto giuridico nell'ambito del quale avvenga uno scambio di reciproche prestazioni e il compenso ricevuto dal prestatore costituisca il controvalore effettivo del servizio prestato al destinatario (*Saudaçor*, cit., punto 32).

Inoltre, in un caso analogo a quello oggetto della sentenza in esame, la Corte di Giustizia aveva affermato che la circostanza che l'indennizzo concordato tra l'ente pubblico e la società partecipata non fosse fissato in funzione di prestazioni personalizzate, bensì in modo forfettario e su una base annua, non fosse tale da compromettere di per sé il nesso diretto esistente tra la prestazione di servizi effettuata e il corrispettivo ricevuto. Ciò in quanto l'importo, seppure adattabile secondo le esigenze del servizio, era stabilito in anticipo e secondo criteri chiaramente individuati e mirava a coprire le spese di funzionamento della società (*Saudaçor*, cit., punto 36).

La Corte in precedenza aveva altresì negato rilevanza al fatto che i servizi resi dalla società partecipata fossero attività di interesse generale spettanti, in base alla legge, alla pubblica amministrazione. Richiamando quanto previsto dall'art. 9, par. 1 della direttiva, infatti, i giudici europei avevano affermato che il riconoscimento della natura economica di una data attività fosse indipendente rispetto alla finalità che con questa si intendeva perseguire (sentenza *Lajvér*, causa C-263/15, punto 41).

Alla luce di questi precedenti, non stupisce che nel caso di specie la Corte abbia concluso affermando che un'attività come quella svolta dalla NTN costituisse una prestazione di servizi fornita a titolo oneroso e pertanto soggetta all'IVA in forza dell'art. 2, par. 1, lett. c) della direttiva. Infatti, dalla ricostruzione operata dal giudice del rinvio risultava che tale società prestasse in via continuativa le sue prestazioni a fronte di un corrispettivo determinato in anticipo, secondo criteri chiari che ne garantivano l'idoneità a coprire le spese di funzionamento della società.

3. – Più incerta era invece la risoluzione della seconda questione, ovvero se l'attività economica svolta da NTN dovesse considerarsi esente dall'applicazione della direttiva, in quanto eseguita da un ente di diritto pubblico in qualità pubblica autorità.

Sotto questo profilo, infatti, la giurisprudenza precedente si era limitata a fissare alcuni criteri in base ai quali risolvere tale questione, lasciando quindi aperto un margine di valutazione da colmare caso per caso, a seconda delle caratteristiche dei soggetti coinvolti e delle attività da questi svolte.

In particolare, tra i punti fermi stabiliti dalla Corte di Giustizia, occorre richiamare la considerazione secondo la quale, perché l'esenzione di cui all'art. 13, par. 1, della direttiva possa trovare applicazione, devono essere soddisfatte due condizioni cumulative:

a) in primo luogo, è necessario che il soggetto passivo sia qualificabile come ente di diritto pubblico;

b) in secondo luogo, bisogna che le operazioni imponibili siano state realizzate da tale soggetto in quanto pubblica autorità.

Con riferimento al significato da attribuire alle nozioni di "ente di diritto pubblico" e di "pubblica autorità", la Corte ha costantemente affermato che, dal momento che introducono un'eccezione rispetto alla norma generale dell'assoggettamento all'IVA di tutte le operazioni imponibili, le nozioni contenute nell'art. 13, par. 1 della direttiva devono essere interpretate restrittivamente (sentenza *Isle of Wight Council e a.*causa C-288/07).

Inoltre, secondo la Corte tali nozioni devono essere oggetto di un'interpretazione autonoma ed uniforme nell'intera Unione. In particolare, nella pronuncia *Saudaçor*, la Corte ha respinto la tesi prospettata dall'Avvocato Generale Jääskinen, il quale aveva proposto di demandare agli Stati membri la decisione circa quali enti, oltre allo Stato, alle regioni, alle province ed ai comuni dovessero considerarsi "di diritto pubblico" (v. conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-174/14, punti 68 e ss.). Il collegio, in quel caso, facendo riferimento ad un principio generale del diritto dell'Unione, ha obiettato che, in assenza di un espresso richiamo al diritto degli Stati membri, le nozioni contenute negli atti normativi europei devono essere interpretate in maniera autonoma, al fine di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione ed il rispetto del principio di uguaglianza (*Saudaçor*, cit., punti 52 e ss.).

Oltre a ciò, nella medesima sentenza la Corte ha altresì affermato l'autonomia della nozione di «ente di diritto pubblico» contenuta nell'art. 13 della direttiva 2006/112 rispetto ad altre nozioni contigue adottate in altri contesti dal legislatore europeo, quale in particolare quella di "organismo di diritto pubblico". Come affermato dalla Corte sempre nella sentenza *Saudaçor*, infatti, mentre quest'ultima nozione è volta a definire l'ambito di applicazione della normativa in materia di contratti pubblici, la nozione di "ente di diritto pubblico", utilizzata nella direttiva 2006/112, persegue una finalità diversa e per certi versi opposta rispetto alla prima (cfr. *Saudaçor*, cit., 45 e ss.). La nozione di organismo di diritto pubblico, infatti, ha la funzione di estendere l'applicazione delle regole di trasparenza e non discriminazione a quei soggetti che, pur non essendo direttamente parte della pubblica amministrazione, ne sono tuttavia influenzati attraverso il loro finanziamento e la loro gestione. Pertanto, essa assume una portata ampia ed è soggetta ad un'interpretazione estensiva. Nella direttiva 2006/112, invece, la nozione di ente di diritto pubblico assume una valenza restrittiva, in coerenza con la finalità di limitare la portata della deroga contenuta nell'art. 13 della direttiva unicamente a quei soggetti che, essendo incardinati direttamente o indirettamente nella pubblica amministrazione, svolgono funzioni di pubblica autorità.

Quanto poi al rapporto tra le due nozioni presenti nell'art. 13 della direttiva, ovvero tra quella di "ente di diritto pubblico" e quella di "pubblica autorità", la Corte di Giustizia ha rilevato che si tratta di due concetti distinti, seppure tra loro strettamente collegati. Infatti, la Corte ha precisato che non può essere qualificato come «ente di diritto pubblico» un soggetto che compia atti che rientrano nelle prerogative della pubblica autorità, senza essere integrato nell'organizzazione della pubblica amministrazione. Al contempo, essa ha affermato che la qualità di «ente di diritto pubblico» non può derivare dal solo fatto che l'attività di cui trattasi consista nel compimento di atti che rientrano nelle potestà d'imperio (v. ordinanza *Mihal*, causa C-456/07, punto 18). Cionondimeno, tuttavia, la

Corte ha riconosciuto che il fatto che l'ente in questione disponga di prerogative di pubblica autorità rappresenta, in quanto caratteristica essenziale di qualsiasi pubblica autorità, un'indicazione importante, sebbene non decisiva, per stabilire se detto ente debba essere qualificato come ente di diritto pubblico (*Saudaçor*, cit., punto 58).

4. – Soffermandosi più specificamente sul significato da attribuire alla nozione di «ente di diritto pubblico», nella sentenza *Saudaçor* del 2015 la Corte di Giustizia ha individuato alcuni criteri in base ai quali stabilire se un soggetto rientri o meno in tale concetto.

In quell'occasione, nello specifico, la Corte aveva ravvisato alcune caratteristiche della società in questione, che sembravano deporre a favore di una sua qualifica come ente di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2006/112, quali in particolare:

a) la partecipazione pubblica totalitaria. Nella fattispecie, la Corte aveva riconosciuto che, nonostante la società fosse formalmente una persona giuridica di diritto privato, il suo capitale era detenuto al 100% dall'amministrazione e non era aperto a partecipazioni azionarie da parte dei privati;

b) l'influenza determinante esercitata dall'amministrazione sulle attività della società. Nel caso *Saudaçor*, in particolare, i giudici avevano osservato che la società godeva di autonomia limitata, anche considerato che essa doveva svolgere i suoi compiti conformemente agli orientamenti fissati dall'amministrazione;

c) il regime giuridico cui è sottoposta la società. Nel caso di specie, la Corte aveva rilevato che la normativa nazionale applicabile assoggettava tale società al regime delle imprese pubbliche, mentre il diritto privato trovava applicazione solo in misura secondaria;

d) lo svolgimento di un'attività prevalente in favore dell'amministrazione. In quell'occasione, nello specifico, il giudice europeo aveva constatato che, fatte salve le prestazioni fornite ai terzi nell'ambito di attività accessorie di importanza marginale, la regione era l'unico cliente della società;

e) in ultimo, la sussistenza di un nesso organico tra la società e l'amministrazione che, nella fattispecie, era stato ravvisato nel fatto che tale società fosse stata costituita con un atto dell'amministrazione con il fine di fornire a quest'ultima un servizio di interesse generale.

Sulla base di questi indici sintomatici, la Corte di Giustizia nella sentenza *Saudaçor* aveva concluso che la società di cui si trattava dovesse considerarsi integrata nell'organizzazione della pubblica amministrazione.

5. – Nella sentenza in commento. la Corte di Giustizia ha fatto uso dei medesimi criteri elaborati nei propri precedenti, arrivando tuttavia a conclusioni per certi versi opposte.

Infatti, la Corte ha valutato che seppure l'autonomia della NTN sia senz'altro limitata per via del fatto che il suo capitale non è aperto a partecipazioni private ed è detenuto al 100% dal comune di Nagyszénás, da altri elementi emerge tuttavia che quest'ultimo non è in condizione di esercitare un'influenza decisiva sulle attività della suddetta società.

Nello specifico, i giudici hanno rilevato che il contratto concluso tra l'amministrazione e la società non contiene clausole che consentano a detto comune di fissare direttive vincolanti per la NTN nello svolgimento dei suoi compiti, mentre al contrario contiene clausole volte a permettere al comune di accertare lo svolgimento dei compiti affidati alla NTN, il che – secondo la Corte – denoterebbe «l'assenza di un controllo effettivo» da parte del comune.

Per quanto riguarda, poi, il regime giuridico applicabile, la Corte ha osservato che la NTN, essendo stata costituita dal comune sotto forma di società a responsabilità limitata senza scopo di lucro, è anzitutto una persona giuridica di diritto privato, la quale dispone, secondo le norme di legge a essa applicabili, di una certa autonomia rispetto al suddetto comune nell'ambito del suo funzionamento e della sua gestione quotidiana.

I giudici hanno altresì negato la sussistenza di un'attività prevalente svolta in favore del comune. Infatti, è stato rilevato che il comune di Nagyszénás non è il solo «cliente» della NTN e che le prestazioni fornite da tale società a terzi non sono di importanza marginale, sono imponibili e, in effetti, sono state tassate.

Infine, la Corte ha ritenuto non sussistente un nesso organico tra la NTN e il comune di Nagyszénás, posto che tale società «non è stata costituita con un atto decisorio adottato da tale comune, che definisca i servizi da fornire a quest'ultimo».

Una volta accertata la non riconducibilità della società *de qua* all'interno della nozione di «ente di diritto pubblico», è divenuto quindi superfluo soffermarsi sul requisito dello svolgimento dell'attività in quanto «pubblica autorità». La sentenza, invero, a questo proposito si è limitata ad osservare come, dal momento che tale società è disciplinata dalle disposizioni di diritto privato e non dispone, per l'esecuzione dei compiti pubblici affidatile in forza del contratto, di alcuna delle prerogative dei poteri pubblici propri del comune, «non si può sostenere che tale società eserciti un'attività nell'ambito di un regime di diritto pubblico».

6. – Alla luce di questa ricostruzione, occorre domandarsi quale impatto sia destinata a produrre la sentenza in commento rispetto al tema dell'assoggettabilità ad IVA delle società *in house* (in dottrina, su questo punto, v. A. Salvati, *Riflessioni in tema di soggettività passiva iva delle società "in house"*, in *Rassegna tributaria*, 1/2017).

Innanzitutto, occorre chiarire che la direttiva 2006/112 non fa alcun riferimento alla nozione di società *in house*, né nelle sentenze sopra richiamate viene effettuato un collegamento tra questo concetto e quelli a cui l'art. 13 della direttiva ricollega l'esenzione dell'IVA.

Ciò nonostante, sulla base dell'analisi sopra svolta, è possibile constatare la presenza di diverse analogie tra la nozione di «ente di diritto pubblico» contenuta nell'art. 13 della direttiva 2006/112 e quella di «società *in house*», rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici.

Quest'ultimo istituto, come noto, è stato elaborato dalla Corte di Giustizia e successivamente cristallizzato dal legislatore europeo, con il fine di sottrarre determinati rapporti all'applicazione delle procedure previste dalle direttive in materia di contratti pubblici, qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, a condizione che la persona giuridica controllata svolga più dell'80 % delle proprie attività nell'esecuzione di compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice, a prescindere dal beneficiario dell'esecuzione del contratto (cfr. art. 17, direttiva 2014/23/UE).

Ora, se è vero che, come sopra ricordato, le nozioni impiegate nei diversi ambiti di intervento del diritto dell'Unione europea sono tendenzialmente autonome, dovendo essere interpretate in funzione della finalità con cui esse sono adottate, occorre tuttavia rilevare come la *ratio* ispiratrice delle due discipline sopra menzionate sia, se non del tutto, almeno in parte sovrapponibile.

Infatti, in presenza di un affidamento diretto ad una società *in house*, è assente quella relazione intersoggettiva che è presupposto per la configurazione di un'operazione economica imponibile a fini IVA. Diversamente, tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto affidatario si instaura una relazione interorganica, tale per cui la società agisce come *longa manus* della PA.

In altre parole, poiché l'istituto dell'*in house providing* è una modalità organizzativa che si esplica all'interno dell'amministrazione, in radicale alternativa rispetto

all'esternalizzazione, l'attività prestata dalla società *in house* per conto dell'amministrazione aggiudicatrice (*intra moenia*) dovrebbe essere trattata al pari di quella svolta dagli uffici dell'ente pubblico, e quindi considerata come esercitata da un ente di diritto pubblico ai fini dell'imposizione IVA.

Si consideri inoltre che entrambe le nozioni hanno una portata derogatoria, essendo finalizzate a sottrarre determinate prestazioni all'ambito di operatività rispettivamente della disciplina dei contratti pubblici e dell'imposta sul valore aggiunto.

Sicché, in virtù delle analogie presenti tra le due figure, pare ragionevole affermare che, laddove vi sia un affidamento diretto da parte di un'amministrazione aggiudicatrice in favore di una società da questa controllata, nella maggior parte dei casi tale società soddisfi anche i requisiti per la configurabilità di un «ente di diritto pubblico» ai fini dell'art. 13, par. 1, direttiva 2006/112.

Tali conclusioni, peraltro, non sembrano essere smentite dalla sentenza in commento, nonostante questa abbia negato la riconducibilità della società *NTN* nella nozione di «ente di diritto pubblico». A ben vedere, infatti, le motivazioni in virtù delle quali la Corte di Giustizia ha escluso la qualificazione di NTN come ente di diritto pubblico avrebbero comportato anche l'esclusione della configurabilità della medesima come società *in house*. È agevole constatare, invero, come di fatto la Corte abbia escluso la sussistenza nella fattispecie di entrambi i requisiti necessari per dare luogo ad un affidamento diretto, avendo rilevato «l'assenza di un controllo effettivo» da parte del comune e l'erogazione, da parte della società, di prestazioni «non di importanza marginale» in favore di terzi.

Da ultimo, è bene evidenziare che quanto finora affermato riguarda unicamente la nozione di «ente di diritto pubblico» di cui all'art. 13 della direttiva 2006/112. Tuttavia, come detto, la qualificazione di un soggetto come ente di diritto pubblico non è di per sé sufficiente a giustificare l'esenzione di tale soggetto dall'IVA, essendo altresì necessario che tale soggetto agisca in quanto «pubblica autorità». Inoltre, si rammenta che, in virtù del secondo periodo del primo paragrafo dell'art. 13 della direttiva, in ogni caso anche gli enti di diritto pubblico vanno qualificati come soggetti passivi, quando «il loro non assoggettamento provocherebbe distorsioni della concorrenza di una certa importanza».

7. – Sulla base di quanto precede, si può concludere che la sentenza in esame non abbia comportato novità rilevanti rispetto alla questione che è stata posta all'inizio del presente contributo, ovvero in merito all'assoggettabilità delle società *in house* all'imposta sul valore aggiunto.

In questa pronuncia infatti la Corte di Giustizia, pur giungendo a conclusioni diverse rispetto a quelle rassegnate nella sentenza *Saudaçor*, ha confermato di fatto l'impianto argomentativo delineato nei propri precedenti.

La differente soluzione adottata, dunque, sembra doversi attribuire più alla diversità della fattispecie oggetto del contenzioso, che ad un cambio di orientamento dei giudici di Lussemburgo.

Per le ragioni esposte nei precedenti paragrafi, pertanto, sembra meritare conferma quell'orientamento giurisprudenziale adottato da diverse commissioni tributarie italiane (da ultimo v. Commissione tributaria provinciale di Foggia, sentenza 1954/4/2017; Commissione tributaria regionale della Lombardia, sez. distaccata di Brescia, sentenza 1017/67/16), che hanno escluso l'imponibilità delle società *in house* a fini IVA, limitatamente alle prestazioni fornite per conto dell'amministrazione aggiudicatrice, ed a condizione che siano rispettate le altre condizioni previste dall'art. 13, paragrafo 1 della direttiva 2006/112.

Tagli stipendiali e indipendenza della magistratura in Portogallo: temporaneità, sostenibilità e non selettività per bilanciare convergenza finanziaria e Unione "di diritto"

di Flavio Guella

Title: Cuts in wages and Judicial independence in Portugal: temporariness, sustainability and not-selectiveness to balance financial convergence and Union "of Law"

Keywords: Cuts in nominal wages and pensions; Judicial independence; Budget constraints.

1. – Con la sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* del 27 febbraio 2018 (causa C-64/16) la Grande sezione ha dato dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE (e dell'art. 47 della Carta) – dove si afferma il principio dell'indipendenza dei giudici – un'interpretazione certamente non riduttiva. Tuttavia, pur ribadendo il rilievo strategico che l'azione delle magistrature nazionali riveste per l'Unione europea stessa, la Corte in concreto ha anche escluso un'interferenza con gli interessi finanziari dell'Unione qualora gli Stati membri decidano di perseguire gli obiettivi di convergenza di bilancio mediante limitazioni temporanee, sostenibili e non selettive delle garanzie economiche di indipendenza della magistratura (per una prima nota cfr. M. Krajewski, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*, in *European Papers.eu*, 2018).

La pronuncia è quindi rilevante in primo luogo per una certa conferma della tendenza dequotatoria dei diritti e dei principi a carattere "assoluto", sottesa a quelle interpretazioni della Corte di giustizia che – per ragioni di integrazione economica del mercato – hanno necessariamente relativizzato la protezione di interessi (specie sociali, ma non solo), pure se affermati come centrali dallo stesso sistema dell'Unione. Tendenza confermata anche ove la ragione di tale compressione sia legata alle esigenze di risanamento dei bilanci e di convergenza sui parametri di sostenibilità delle finanze pubbliche (sebbene a ciò facciano comunque eccezione alcune pronunce della stessa Corte di giustizia relative a violazioni nazionali particolarmente sistematiche, come ad esempio per la sentenza *Mascolo* nella vicenda dei precari della scuola italiana; cfr. P. Saracini, *I precari nella scuola e il diritto dell'Unione: una decisione della Corte di Giustizia tanto attesa quanto prevedibile*, in *federalismi.it*, 2015, e, anche per i profili finanziari, sia consentito rinviare anche a F. Guella, *La Corte di giustizia tra diritti costosi e esigenze organizzative/finanziarie nella sentenza sui precari della scuola*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 2015).

Si conferma così (in maniera peraltro né irragionevole, né sorprendente) la bilanciabilità dei valori europei – legati ai diritti civili e sociali – con le esigenze di limitazione degli spazi di spesa pubblica, secondo una logica di neutralità che pare riconducibile ad una sorta di autonomia procedurale degli Stati membri nella razionalizzazione della spesa. La Corte ribadisce che i vincoli di bilancio europei pongono

agli Stati membri un'obbligazione di risultato, i mezzi per il perseguimento della quale sono affidati alla discrezionalità statale che il giudice europeo si riserva di sindacare solo qualora le scelte di limitazione della spesa si traducano in violazioni particolarmente pervasive dei diritti civili e sociali dei cittadini europei.

La questione è peraltro interessante anche perché si colloca nell'ambito di un'esperienza nazionale, quella Portoghese, che già al proprio interno ha generato una serie di pronunce giurisdizionali relative all'ammissibilità o meno di misure di contenimento della spesa pubblica – poste al fine di perseguire obiettivi europei – che vengano ad incidere su diritti ed aspettative dei lavoratori. Nel caso qui annotato la Corte di giustizia interviene pronunciandosi su una delle compressioni dei diritti salariali dei lavoratori portoghesi non toccata dalla giurisprudenza costituzionale nazionale, ed afferma che neppure il diritto dell'Unione osta all'applicazione ai membri del *Tribunal de Contas* di misure generali di riduzione salariale, connesse ad esigenze di eliminazione di un disavanzo di bilancio eccessivo (nonché ad un programma di assistenza finanziaria internazionale); misure generali introdotte dalla *lei* n. 75/2014 – *Estabelece os mecanismos das reduções remuneratórias temporárias e as condições da sua reversão*, del 12 settembre 2014, e definite nella loro durata limitata nel tempo dalla *lei* n. 159-A/2015 – *Extinção da redução remuneratória na Administração Pública*, del 30 dicembre 2015.

La pronuncia del giudice europeo pone così un altro tassello a completamento del modello portoghese di sindacato sulle questioni di bilancio, integrando (e confermando, per quanto favorevole agli interessi finanziari UE) quella giurisprudenza del Tribunale costituzionale che aveva annullato solo alcune delle misure di congelamento/taglio salariale.

Ferma la compatibilità costituzionale del taglio salariale, rimaneva infatti aperta unicamente la questione del se il sottoporre a tali tagli anche i titolari di uffici giurisdizionali fosse compatibile con il diritto dell'Unione stesso. Per l'associazione sindacale promotrice del giudizio questa sarebbe infatti una questione (paradossalmente) dotata di rilevanza europea in quanto la Corte dei conti vigila sugli interessi finanziari dell'Unione (cfr. la *lei* n. 98/97 *de Organização e Processo do Tribunal de Contas*, del 26 agosto 1997) e, quindi, la sua indipendenza nel giudizio di conto sarebbe interesse di quella stessa Unione che – chiedendo il risanamento dei bilanci pubblici – aveva indotto lo Stato a ridurre i salari dei magistrati (mettendone asseritamene in pericolo l'indipendenza). Davanti alla Corte di giustizia non si lamentava quindi solo una lesione astratta dell'indipendenza, ma una violazione qualificata in quanto incidente sulle competenze dell'Unione.

Sebbene queste misure di compressione salariale siano state adottate proprio nell'ambito degli impegni europei, il giudice amministrativo portoghese chiamato a sindacare la questione si chiede, operando rinvio pregiudiziale, se il potere discrezionale di cui dispone lo Stato portoghese per l'attuazione – nella sua politica di bilancio – delle prescrizioni finanziarie europee (indicate quali risultati complessivi da raggiungere) non lo possa comunque esentare (nell'individuazione dei mezzi) dall'obbligo di rispettare anche i principi generali del diritto dell'Unione, tra cui quello dell'indipendenza dei giudici, applicabile sia ai giudici dell'Unione europea sia ai giudici nazionali.

2. – La Corte di giustizia non rigetta tale impostazione in astratto, ma semplicemente fa salva in concreto (o meglio, indica al giudice nazionale le coordinate ermeneutiche per fare salva in concreto) la singola tipologia di disposizione di razionalizzazione della spesa analizzata. Misura che peraltro già non rientrava tra gli interventi che il Tribunale costituzionale portoghese aveva ritenuto necessario annullare, sebbene lo steso sia stato molto attivo nel controllare la compatibilità delle misure di razionalizzazione della spesa con la tutela dei diritti sociali (sulla giurisprudenza del giudice costituzionale portoghese in materia cfr. T. Abbiate, *Le Corti costituzionali dinnanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 146

ss.; G. Coelho, P. Caro de Sousa, *"La morte dei mille tagli". Nota sulla decisione della Corte Costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, 527 ss.; A.M. Fernandez, *L'austerità e l'"uguaglianza proporzionale". Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in *Lavoro e diritto*, 2013, 339 ss.).

Con la sentenza 353/2012 il Tribunale costituzionale portoghese aveva infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che prevedevano la sospensione del pagamento dei sussidi per ferie e gratifiche (artt. 21 e 25 *lei* n. 64-B/2011, legge di bilancio per il 2012) e della quattordicesima mensilità di pensione (art. 77), la riduzione degli stipendi lordi superiori a 1500 euro (art. 27), del sussidio per ferie (art. 29), degli stipendi inerenti a contratti di docenza (art. 31) e della retribuzione per lavoro straordinario (art. 45), nonché l'introduzione di un contributo speciale da applicare sulle pensioni superiori a 1350 euro (art. 78) e sui sussidi di malattia e disoccupazione (art. 117). L'annullamento di tali misure, sebbene giustificate dalla grave crisi delle finanze pubbliche, era peraltro intervenuto nonostante proprio la Costituzione portoghese preveda (all'art. 18) la possibilità di sospendere i diritti nella stessa riconosciuti, secondo modalità e con contenuti che il Tribunale costituzionale ha ritenuto però non sempre rispettati.

Ciò che il giudice costituzionale portoghese aveva accertato in tale pronuncia, in ragione della stabilità o pervasività delle misure, era quindi che il taglio alla spesa non si presentava come meritevole della copertura di una deroga costituzionale connessa a stati di eccezionale emergenza, e ciò in quanto non si trattava di una sospensione dei diritti quanto di una vera e propria violazione stabile o comunque lesiva dei contenuti essenziali dell'interesse.

Il Tribunale costituzionale aveva quindi parzialmente accolto le richieste di tutela dei diritti sociali dei lavoratori, ponendosi in rottura con i vincoli europei e distinguendosi – nel panorama comparato – per la pervasività del suo sindacato. Le disposizioni strutturate come quelle che poi sono venute a toccare (anche) gli stipendi dei magistrati non sono però state ritenute meritevoli di caducazione in sé, anche perché il legislatore portoghese con la sua successiva legislazione aveva appunto reintrodotto tagli e sospensioni stipendiali conformate alle indicazioni dello stesso giudice delle leggi. Le due leggi che hanno portato alla decisione della Corte di giustizia qui annotata – del 2014 e del 2015 – riprendono pertanto lo schema delle misure di contenimento della spesa ritenute costituzionalmente conformi, con un intervento provvisorio e a termine, che non integra una violazione ma una sospensione costituzionalmente ammessa del diritto stipendiale.

I limiti di ammissibilità di compressioni dei diritti dei lavoratori erano infatti stati meglio specificati, in questo senso, nella sentenza 187/2013 con cui il Tribunale costituzionale portoghese aveva ancora una volta dichiarato parzialmente incostituzionale la *lei* n. 66-B/2012 (legge di bilancio per il 2013). L'incisione sulle retribuzioni dei lavoratori nel settore pubblico, sulle pensioni, sulla tassazione del reddito delle persone fisiche e sulle prestazioni sociali per malattia e disoccupazione è stata ritenuta giustificabile dalla situazione economica eccezionale solo se – per le modalità di prelievo o congelamento – la stessa si pone come compatibile (perlomeno nel medio periodo) con i principi e diritti tutelati dalla Costituzione. In particolare, per quanto utile a valutare le successive scelte della riduzione/congelamento degli stipendi (anche) dei magistrati, il Tribunale costituzionale aveva ritenuto legittimo il mantenimento per il terzo anno consecutivo della riduzione delle retribuzioni lorde mensili superiori ai 1500 euro dei lavoratori nel settore pubblico (l. n. 66-B/2012, art. 27), in quanto ciò – alla luce della situazione di emergenza nelle finanze pubbliche – risultava correttamente bilanciabile tanto con il principio costituzionale del legittimo affidamento, vista la distribuzione pluriennale dei sacrifici e la loro natura temporanea, quanto con il principio di uguaglianza, posto che non vi erano tagli irragionevolmente selettivi e i più ampi sacrifici chiesti al settore pubblici risultavano proporzionati alla diversità di tutele (mentre, cessata l'urgenza, la Corte già anticipava in motivazione sarebbero state necessarie misure

alternative egualmente ripartite tra i comparti, posto che il rinnovo della sospensione del pagamento delle indennità per ferie dei soli impiegati pubblici presenterebbe un inammissibile effetto cumulativo con le ulteriori misure, producendo una differenziazione di trattamento eccessiva).

La misura di taglio stipendiale che ha portato alla sentenza della Corte di giustizia qui annotata è quindi successiva alle pronunce nazionali esaminate, e di struttura adeguata alle indicazioni del giudice costituzionale. Indicazioni che non escludono la legittimità di un bilanciamento dei diritti dei lavoratori con gli interessi finanziari dell'Unione (il protocollo di intesa con la Commissione, così come il memorandum con il FMI, venendo anzi considerati strumenti *"vinculativos"* per il Portogallo, motivo di giustificazione del mancato rispetto di diritti costituzionali impiegando la clausola dell'art. 18), ma che semplicemente ribadiscono come il bilanciamento non debba sacrificare eccessivamente i diritti sociali (per diverse interpretazioni, nel senso dell'aderenza o resistenza agli impegni di *austerity* sottesa alla giurisprudenza portoghese, cfr. A.M. Guerra Martins, *Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis: The Portuguese Constitutional Case Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, 678 ss.; R.A. Pereira, *Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, 317 ss.; A.S. Pinheiro, *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*, in *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 2014, 168 ss.).

Nella controversia qui annotata si è pertanto ricercato proprio nella Corte di giustizia un referente per rafforzare ulteriormente la posizione dei diritti (in questo caso non sociali, ma) civili, in un bilanciamento nel quale già il giudice costituzionale era stato molto "generoso" (perlomeno rispetto alle attese che, in quella fase storica, parevano favorevoli al rigore). La richiesta proprio al giudice dell'Unione europea di standard di tutela dei diritti più elevati si scontra però con un atteggiamento della Corte di giustizia che non pare inatteso, posto che la stessa già in precedenza aveva rifiutato di ingerirsi nella scelta nazionale dei "mezzi" di risanamento dei conti pubblici. In una vicenda antesignana di quella qui annotata, infatti, la Corte di giustizia (ordinanza del 7 marzo 2013) si dichiarava manifestamente incompetente sulla questione pregiudiziale – sollevata dal *Tribunal do Trabalho do Porto* – circa la conformità con la Carta dei diritti fondamentali della riduzione delle retribuzioni dei lavoratori nel settore pubblico, già prevista nella legge finanziaria portoghese per il 2011 (misura, peraltro, dichiarata non incostituzionale dal Tribunale costituzionale con sentenza 396/2011, ma poi riprodotta nelle due leggi finanziarie successive oggetto invece delle censure di costituzionalità sopra richiamate).

Invocare dalla Corte di giustizia uno standard di tutela dei diritti sociali e civili più elevato di quello che già il Tribunale costituzionale ha fissato come livello di compressione ammissibile in una situazione di eccezionalità determinata da impegni europei costituisce, in effetti, l'unica opzione sul piano tecnico per ottenere una maggior tutela. Allo stesso tempo, tuttavia, in un'ottica di autonomia procedurale degli Stati membri estesa anche al raggiungimento degli obiettivi finanziari non appare sorprendente che la Corte di giustizia adotti un sindacato molto blando: solo lesioni davvero connotate da un'estrema gravità del sacrificio dei diritti e delle tutele riconoscibili sulla base della Carta, e in questo caso quindi solo un'evidente e punitiva limitazione dell'indipendenza della magistratura sul piano delle garanzie stipendiali, potrebbe portare ad una sentenza della Corte di giustizia che – contro l'interesse finanziario dell'Unione – blocchi le politiche di austerità autonomamente individuate dallo Stato come mezzo idoneo per raggiungere gli obiettivi di convergenza dei bilanci pubblici.

3. – La decisione della Corte di giustizia conferma quindi un approccio interpretativo riduttivo nel giudizio in concreto (dove è negata l'irragionevolezza del bilanciamento), ma non innovativo sul piano astratto (dove non si nega che la tutela dei diritti dei cittadini dell'Unione possa precludere anche misure motivate da esigenze di equilibrio di bilancio).

L'approccio riduttivo, innanzi tutto, non è perseguito confinando l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, il quale rimane sì limitato ai settori disciplinati dal diritto dell'Unione, ma senza che la sentenza abbia optato per soluzioni eccessivamente riduttive, ammettendo quindi che l'esigenza europea di indipendenza della magistratura operi a prescindere dalla situazione di immediata o mediata derivazione europea, ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti. La questione è pertanto certamente di interesse per l'Unione non solo per il profilo della convergenza finanziaria, ma anche per la generale garanzia di indipendenza dei giudici nazionali, quale valore sotteso a tutti i settori di incidenza – anche mediata – delle prescrizioni europee.

Si ribadisce quindi che l'Unione europea è una "Unione di diritto", e le esigenze finanziarie non possono venire a snaturarla nella sua vocazione fondamentale: i singoli hanno il diritto di contestare in sede giurisdizionale la legittimità di qualsiasi decisione nazionale relativa all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'Unione (cfr. sentenze 29 giugno 2010, *E e F*, C-550/09, EU:C:2010:382, punto 44; 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, C-50/00P, EU:C:2002:462, punto 42) e, soprattutto, che tale standard rimediale sia garantito in modo effettivo è interesse riconosciuto dall'Unione stessa, non solo dalle Costituzioni nazionali. Per tale ragione si deve quindi verificare in concreto che la soluzione nazionale di razionalizzazione finanziaria non si traduca in una compressione dell'indipendenza della magistratura, perché tale bilanciamento sarebbe inaccettabile per la stessa Unione che pure ha chiesto quella convergenza finanziaria (quale obiettivo finale, e ferma la scelta nazionale autonoma dei mezzi di perseguimento).

Il giudice nazionale è anche giudice dell'Unione, e questo pilastro fondamentale nella costruzione dell'integrazione europea viene ribadito con forza. Il Trattato sull'Unione europea all'art. 19 TUE, concretizzando in ciò i valori dello Stato di diritto affermati all'art. 2, affida la garanzia delle tutele giurisdizionali non soltanto alla Corte di giustizia ma, ben più rilevante per una tutela davvero capillare, anche agli organi giurisdizionali nazionali (cfr. parere 1/09, Accordo relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti, dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, punto 66; sentenze del 3 ottobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e a./Parlamento e Consiglio*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, punto 90, nonché del 28 aprile 2015, *T & L Sugars e Sidul Açúcares/Commissione*, C-456/13 P, EU:C:2015:284, punto 45).

In questo senso, un giudice nazionale indipendente riveste un significato strategico per la stessa Unione. Nell'ordinamento europeo l'accesso al giudice costituisce uno tra i più importanti motori dell'integrazione, ferma l'autonomia procedurale degli Stati membri (purché con garanzia di effettività). È infatti la richiesta di tutela delle posizioni giuridiche di derivazione europea, avanzata dal cittadino al proprio giudice nazionale, che rende effettivo l'ordinamento dell'Unione; ed è la vigilanza del cittadino dotato di libertà e di diritti "europei" che ha reso così originale il processo di integrazione, posto che nessuna vigilanza accentrata nella Commissione sulle infrazioni nazionali all'apertura del mercato avrebbe potuto essere tanto pervasiva (e garantire tanta effettività del processo di integrazione) quanto il riconoscimento ai singoli di un'ampia possibilità di accesso diretto alla giustizia, per la tutela di libertà di circolazione riconosciute da Trattati e diritto derivato.

In questa prospettiva, l'accesso diretto alle tutele giurisdizionali dell'ordinamento dell'Unione europea ha rappresentato un'assoluta novità nel quadro del diritto internazionale. Non solo spetta infatti agli Stati membri, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'art. 4, par. 3, co. 1, TUE, l'onere di garantire – nei propri territori – il rispetto del diritto dell'Unione (cfr. ancora il parere 1/09, dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, punto 68), ma i cittadini stessi – grazie alla tutela di giudici nazionali indipendenti – possono vigilare sull'effettività del recepimento nazionale e sulla corretta implementazione nazionale del processo di integrazione.

L'Unione europea è una comunità di diritto nel senso che ai cittadini sono conferiti direttamente diritti di matrice europea, superando l'impostazione classica del diritto

internazionale che presupponeva la necessaria e indefettibile mediazione del recepimento statale. Proprio questo coinvolgimento diretto dei cittadini, quindi, rende la tutela del processo di integrazione capillare ed effettiva ove i diritti europei siano invocabili davanti ad un giudice nazionale (che può peraltro anche disapplicare le disposizioni interne contrastanti); ma capillarità ed effettività sono garantite alla condizione che ai cittadini europei sia assicurato l'accesso a giudici nazionali indipendenti e a tutele proceduralmente effettive. Senza l'indipendenza della magistratura il processo di integrazione entrerebbe in crisi: il venir meno delle premesse giuridiche dell'Unione rischierebbe di portarla a dissoluzione tanto quanto un venir meno delle regole di convergenza finanziaria.

Posto che il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di derivazione europea (art. 19, par. 1, co. 2, TUE e art. 47 della Carta) costituisce principio generale di diritto dell'Unione (derivato delle tradizioni costituzionali comuni, cfr. sentenze 13 marzo 2007, *Unibet*, C-432/05, EU:C:2007:163, punto 37; 22 dicembre 2010, *DEB*, C-279/09, EU:C:2010:811, punti da 29 a 33), la garanzia di indipendenza della funzione giurisdizionale si presenta come strategica e caratterizzante per l'identità dell'Unione europea (cfr. sentenze 19 settembre 2006, *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, punto 49; 14 giugno 2017, *Online Games e a.*, C-685/15, EU:C:2017:452, punto 60; 13 dicembre 2017, *El Hassani*, C-403/16, EU:C:2017:960, punto 40). In forza di ciò, tale indipendenza va assicurata sia per la Corte di giustizia, come letteralmente previsto dall'art. 19, par. 2, co. 3, TUE, sia per i giudici nazionali, con onere per gli Stati membri di predisporre un sistema di rimedi giurisdizionali effettivo (cfr. da ultimo sentenza 28 marzo 2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236, punto 73).

4. – Se in astratto l'Unione europea è il primo soggetto interessato a vigilare affinché le regole di convergenza finanziaria, perseguendo uno degli interessi dell'Unione, non vadano a porre in discussione il nucleo fondamentale di altri valori rilevanti per l'Unione stessa (quali, appunto, l'indipendenza della magistratura), nel caso di specie tuttavia un bilanciamento irragionevole non è stato riscontrato in concreto.

Ciò non perché la Corte dei conti portoghese non abbia la qualità di giurisdizione, non potendo negarsi sia il fondamento legale dell'organo e il fatto che applichi norme giuridiche, sia il suo carattere permanente, sia l'obbligatorietà della sua giurisdizione e la natura contraddittoria del procedimento (cfr. sentenze 17 luglio 2014, *Torresi*, C-58/13 e C-59/13, EU:C:2014:2088, punto 17; 6 ottobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, punto 17). Il *Tribunal de Contas* può infatti essere adito anche per questioni specificamente relative alle risorse proprie dell'Unione e ai relativi fondi strutturali (cfr. *lei* n. 98/97), oltre che per funzioni di controllo in materia di appalti, nell'ambito della sua cognizione ricadendo così certamente anche l'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'Unione (cfr. sentenza 26 maggio 2016, *Județul Neamț e Județul Bacău*, C-260/14 e C-261/14, EU:C:2016:360).

Non si nega cioè che l'indipendenza debba essere accordata anche a questo peculiare giudice, ma è nel merito che la Corte di giustizia non riscontra (o meglio, individua le coordinate ermeneutiche che non consentono di riscontrare) una lesione all'indipendenza giurisdizionale: la riduzione provvisoria degli stipendi non rappresenta infatti un'aggressione sufficiente allo status di questa magistratura, mancando quei profili di definitività, insostenibilità e discriminatorietà che sembrano essenziali per censurare questo genere di normative (requisiti richiesti anche dal Tribunale costituzionale portoghese, che pure ha adottato soluzioni fortemente a favore dei diritti sociali e limitative della c.d. *austerity*, ma solo se quest'ultima si poneva come effettivamente affidata a mezzi irragionevoli o lesivi dell'eguaglianza).

L'indipendenza della magistratura è definita in ambito europeo come esercizio delle funzioni giurisdizionali in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione ed in assenza di ordini o istruzioni provenienti da qualunque fonte che non sia conforme al principio di legalità. L'influenza sulle decisioni del potere giudiziario deve quindi essere

in assoluto preclusa a qualunque potere (cfr. da ultimo sentenza 16 febbraio 2017, *Margarit Panicello*, C-503/15, EU:C:2017:126, punto 37), anche nelle forme di un'influenza indiretta fondata su pressioni punitive e premiali quali quelle possibili ove l'andamento salariale sia reso dipendente da decisioni discrezionali anziché da meccanismi automatici (cfr. N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, 108 s.). Una retribuzione di livello adeguato all'importanza delle funzioni esercitate costituisce pertanto una garanzia inerente all'indipendenza dei giudici riconosciuta anche a livello UE.

Nel caso concreto la Corte di giustizia rileva tuttavia che le misure di compressione salariale sono state adottate non sulla base di un esercizio irragionevole di ordinari spazi di discrezionalità politica, ma nell'ambito di un quadro di esigenze imperative connesse all'eliminazione del disavanzo eccessivo di bilancio e nel contesto di un programma di assistenza finanziaria dell'Unione a tale Stato membro. Fattori che renderebbero la scelta di variazione salariale comunque neutra e fondata su un quadro di riferimenti obiettivi, sebbene non frutto di applicazione di meccanismi automatici.

La Corte di giustizia nella vicenda analizzata riscontra quindi una serie di indici del buon bilanciamento tra ragioni di convergenza finanziaria e altri valori costituzionali, con un sacrificio del diritto dei lavoratori dal carattere comunque non così grave da compromettere l'indipendenza del giudice. Per incidere sullo status del magistrato le variazioni salariali dovrebbero infatti porsi come punitive, cioè differenziate e specifiche per quella particolare categoria di pubblici dipendenti, o di entità o stabilità tali da menomare comunque la posizione del magistrato come individuo nella società. Da un lato, invece, la legislazione portoghese ha previsto una riduzione percentualmente limitata dell'importo della retribuzione e, d'altro lato, a confermare la ragionevolezza dell'intervento, il taglio di parte dello stipendio non è stato applicato soltanto ai membri del *Tribunal de Contas* (o alle magistrature nel loro complesso), ma in termini più ampi si è esteso – quale misura generale – a tutti i pubblici dipendenti. Il tutto, sempre a conferma della proporzionalità e non irragionevolezza della misura, con un regime eccezionale e a termine (visto il percorso di progressivo rientro delineato dalla *lei* n. 159-A/2015, che dal 1o ottobre 2016 ha posto fine alla riduzione dell'importo delle retribuzioni).

In conclusione, la Corte di giustizia afferma che non si può ritenere che dette misure siano state specificamente adottate per colpire lo status (anche salariale) della magistratura, caratterizzandosi al contrario come misure generali che coinvolgono il complesso del pubblico impiego, peraltro finalizzate ad un meritevole e ragionevole sforzo di austerità dettato dalle obiettive esigenze imperative di riduzione del disavanzo di bilancio.

5. – L'esperienza portoghese – sia per quanto riguarda le pronunce del Tribunale costituzionale, sia per la sentenza della Corte di giustizia annotata – si presta ad una stretta comparazione con la vicenda della normativa italiana in materia di razionalizzazione della spesa mediante tagli/congelamenti stipendiali o pensionistici, che la Consulta ha avuto occasione di conoscere anche con specifico riguardo allo status della magistratura.

Negli anni delle vicende portoghesi richiamate la Corte costituzionale italiana ha infatti più volte trattato della compatibilità tra nuovo parametro costituzionale dell'equilibrio di bilancio e diritti sociali, occupandosene in particolare statuendo talora la prevalenza dell'equilibrio di bilancio nel bilanciamento con il diritto alla previdenza (sentenza 264/2012) e con i diritti del contribuente (sentenza 10/2015), talora la resistenza – rispetto alle esigenze di bilancio – del medesimo diritto alla previdenza (sentenza 70/2015, dove la prevalenza del diritto è per il passato) o della libertà sindacale (sentenza 178/2015, dove la prevalenza è per il futuro).

Anche la giurisprudenza costituzionale italiana è quindi giustamente non preconcetta nel valutare questi bilanciamenti, ed adotta un approccio "caso per caso" nel

giudicare il se e il quanto le regole di convergenza finanziaria possano comprimere i diritti sociali (tra i molti commenti, per i diversi approcci nei diversi casi, cfr. C. Pinelli, *"Valutazione sistematica" versus "valutazione parcellizzata": un paragone con la Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 4228 ss.; G. Tesauro, *Incostituzionalità della "Robin Hood Tax": ragioni di bilancio "*uber alles*"*, in *Il Foro italiano*, 2015, 1923 ss.; P. Sandulli, *Dal monito alla caducazione delle norme sul blocco della perequazione delle pensioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, 559 ss.; R. Romboli, *Il problema delle sentenze costituzionali "che costano" e il segreto della camera di consiglio*, in *Il Foro italiano*, 2015, 1867 ss.; V. Ferrante, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l'ora della riscossa: la Corte dichiara l'incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, 1120 ss.; L. Fiorillo, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, 1679 ss.; L. Zoppoli, *La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?*, in *Diritti lavori mercati*, 2015, 378 ss.).

La giurisprudenza italiana non appare quindi né più timida, né più attiva di quella portoghese nel verificare se i sacrifici economici richiesti ai cittadini, in tempo di crisi, siano conformi a Costituzione. Ciò sebbene con la sentenza 275/2016 la Corte costituzionale sia tornata ad occuparsi – per le tutele per i disabili – del rapporto tra attuazione dei diritti finanziariamente condizionati e vincoli di bilancio, con un'affermazione al punto 11 del considerato in diritto che può sembrare rigida, nel senso che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»; affermazione che va però contestualizzata in una giurisprudenza invece molto equilibrata nel valutare di volta in volta il miglior bilanciamento (cfr. per commenti che leggono una svolta particolarmente positiva nella presa di posizione della Corte in particolare L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, A. Lucarelli, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, F. Pallante, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, tutti in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, rispettivamente 2339 ss., 2343ss. e 2499 ss.).

In questa prospettiva, la Corte costituzionale ha anche affrontato il tema del taglio stipendiale diretto ai magistrati, intervenendo con la sentenza 223/2012 a statuire che l'introduzione di una riduzione (e non quindi un mero blocco) degli stipendi dei magistrati, e dei dirigenti pubblici ove superiori ai 90 mila euro, è incostituzionale. È stato in particolare annullato l'art. 9 del d.l. 78/10 dove disponeva che per il successivo triennio i trattamenti economici fossero ridotti in due scaglioni del 5 e del 10 per cento, prevedendo in aggiunta per i soli magistrati (co. 22) una riduzione dal 15 al 32 per cento dell'indennità speciale loro spettante.

A differenza del caso portoghese, qui la tutela dell'indipendenza della magistratura è solo uno degli argomenti, la pronuncia italiana parendo emulare il ragionamento più generale del Tribunale costituzionale portoghese sul rispetto del principio di eguaglianza. Anche a giudizio della Corte italiana le disposizioni di taglio stipendiale citate si pongono "in evidente contrasto" con gli articoli 3 e 53 Cost., in quanto "l'introduzione di una imposta speciale, sia pure transitoria ed eccezionale, in relazione soltanto ai redditi di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione viola [...] il principio della parità di prelievo a parità di presupposto d'imposta economicamente rilevante" (cfr. S.M. Cicconetti, *Dipendenti pubblici e principio di eguaglianza: i possibili effetti a catena derivanti dalla sentenza n. 223/2012 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 773 ss.; D. Piccione, *Una manovra governativa di contenimento della spesa "tra il pozzo e il pendolo": la violazione delle guarentigie economiche dei magistrati e l'illegittimità di prestazioni patrimoniali imposte ai soli dipendenti pubblici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 3353 ss.; R. Romboli, *In tema di intervento di terzi nel giudizio costituzionale attivato in via incidentale e adeguamenti retributivi dei magistrati*, in *Il Foro italiano*, 2012, 2910 ss.).

Anche in questo ambito l'approccio della Corte costituzionale è stato quindi nel senso di un giudizio, caso per caso, attento alla struttura concreta della normativa (non illegittima in quanto tale, ma per le modalità operative discriminatorie scelte per perseguire una finalità di risanamento finanziario altrimenti positivamente valutabile nel bilanciamento). E, a conferma di questo approccio *case-by-case*, nella successiva sentenza 310/2013 – sempre su una questione di tagli stipendiali – la decisione della Corte costituzionale italiana è poi approdata a soluzioni opposte (cfr. T. Abbiate, *Ancora in materia di misure anticrisi: il "distinguishing" della Corte*, in *federalismi.it*, 2014, 9 ss.; R. Romboli, *Sul blocco dell'adeguamento retributivo dei professori e ricercatori dell'università*, in *Il Foro italiano*, 2014, 333 ss.; C. Miriello, *La parabola delle retribuzioni dei professori universitari: Corte costituzionale Vs. Corte costituzionale*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2013, 1099 ss.; L. Pace, *La Corte costituzionale fa proprie le "ragioni della crisi" e rinnega se stessa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 4993 ss.).

Per docenti e ricercatori universitari il blocco triennale dei meccanismi di adeguamento retributivo (classi e scatti automatici), con esclusione di successivi recuperi, è stata infatti ritenuta legittima. Non c'era né violazione degli artt. 3, 36 e 53 Cost. in riferimento ai principi di progressività e capacità contributiva, e ciò in quanto – in applicazione delle interpretazioni già seguite nella sentenza 223/12 – tali disposizioni non presentano natura tributaria, né risultavano lesi gli artt. 33 e 34 Cost., in base alle sentt. 22/96 e 383/98 non potendo essere riconosciuta una relazione diretta ed immediata tra riconoscimento dei diritti (allo studio), soluzioni organizzative (sottese alla libertà di insegnamento) e trattamento economico dei docenti.

Nella sentenza del 2012 l'illegittimità costituzionale del sacrificio stipendiale imposto alla magistratura colpisce quindi da un lato (co. 22) quelle norme specifiche che pregiudicavano la posizione di questa sola peculiare categoria di pubblici dipendenti, le ragioni tecniche della speciale indennità incisa facendo sì che l'intervento legislativo si venisse a porre come selettivamente lesivo di una componente del trattamento economico fondamentale, perché correlata al concreto esercizio delle funzioni in quanto espressamente collegata ai particolari oneri che i magistrati "incontrano nello svolgimento della loro attività" (che comporta un impegno senza limiti temporali prestabiliti, cfr. Corte cost. 407/1996). D'altro lato, la declaratoria di incostituzionalità del meccanismo più generale introdotto dall'art. 9, c. 2, d.l. 78/10 – con un'imposta speciale prevista nei confronti dei soli dipendenti pubblici con redditi superiori ai 90 mila euro, e non diretta invece nei confronti di tutti i redditi da lavoro – è stata fondata sull'irragionevolezza di tale più ampia selettività.

La Corte costituzionale ha quindi riscontrato ai danni della posizione stipendiale dei magistrati (e, parzialmente, dei dirigenti apicali) una discriminatorietà che anche nell'impostazione seguita dalla Corte di giustizia andrebbe esclusa, essendo sì ammessa per le contingenti esigenze di bilancio la compressione dei diritti dei lavoratori, ma purché ciò avvenga nel rispetto del principio di eguaglianza e senza esiti punitivi per la particolare selettività del campo di applicazione.

Nella sentenza del 2013 la Corte costituzionale italiana sottolinea invece che non vi è una disparità di trattamento del lavoro pubblico rispetto a quello privato in generale: si può introdurre un contributo a carico di tutti i dipendenti del settore pubblico e non di quello privato, perché ci sono oggettive differenze e privilegi di stabilità nell'ambito del lavoro pubblico, o si può alternativamente introdurre un contributo sui redditi più elevati in generale, pubblici e privati. Quello che non sarebbe ammissibile, invece, è il colpire in modo molto selettivo solo i redditi alti di un solo settore, quello pubblico, perché ciò si rivelerebbe eccessivamente discriminatorio. Sebbene quindi in alcuni ambiti del tutto eccezionali si possa ammettere una contribuzione per categorie specifiche e peculiari (ad esempio la sentenza 304/2013 la ammette per i consiglieri di ambasciata, con progressioni di carriera giuridiche ma congelate per gli effetti economici, soluzione ragionevole in quanto nell'ordinamento di tale personale non è prevista l'obbligatoria corrispondenza tra grado e funzioni e, conseguentemente, tra grado e trattamento economico), l'impostazione

ISSN: 2037-6677

della giurisprudenza costituzionale italiana è certamente nel senso che una riduzione stipendiale *ad hoc* non può essere introdotta per quella particolare categoria di pubblici dipendenti costituita dai magistrati, non solo per preservarne l'indipendenza ma – più radicalmente – in quanto sono da evitare in via generale le forme di contribuzione soggettivamente selettive a carattere eccessivamente specifico.

La reiterazione abusiva dei contratti a tempo determinato nella Pubblica amministrazione: la Corte interviene sulla quantificazione della pretesa risarcitoria

di Giacomo Mannocci

Title: The Abusive reiteration of fixed-term employment contracts with Public administrations: The European Court decides on the compensatory mechanism

Keywords: Fixed-term work; Contracts concluded with a public sector employer; Prohibition on repeated conclusion.

1. – Con la sentenza n. 494/2016 del 7 marzo 2018, la Corte di Giustizia interviene nuovamente sull'annoso problema dell'impropria reiterazione dei contratti di lavoro a tempo determinato da parte delle Pubbliche Amministrazioni, un fenomeno ancora molto diffuso in Italia nonostante i numerosi interventi repressivi adottati nel tempo dal legislatore interno e confermati dalla stessa giurisprudenza nazionale ed europea. La sentenza ribadisce innanzitutto che è legittimo prevedere per i dipendenti pubblici il divieto di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a indeterminato, a differenza di quanto avviene nel settore privato; di conseguenza non contrasta con il diritto dell'Unione la mancata previsione a vantaggio del dipendente pubblico, di un'indennità destinata a compensare la mancata trasformazione del contratto in tempo indeterminato. È solo prevista la corresponsione tra un minimo di due mensilità e mezzo di retribuzione e un massimo di dodici, salva la possibilità di dimostrare un ulteriore danno.

L'illegittima reiterazione dei contratti di lavoro subordinato a termine è un fenomeno patologico perché spesso la reiterazione si protrae per molti mesi, o come nel caso che ha dato luogo alla sentenza in commento, perdura oltre i tre anni complessivi che è il limite massimo inderogabile stabilito dal legislatore (art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 recante Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).

A tal proposito va preliminarmente osservato che l'utilizzo dei contratti a tempo determinato è quasi sempre una necessità per le Amministrazioni pubbliche, ed in particolare per gli Enti locali, perché il rispetto dei nuovi principi contabili sul pareggio di bilancio (articolo 1, comma 465, l. 11-12-2016, n. 232), la rigida normativa degli ultimi anni sul *turn over* del personale (legge n. 205/2017, recante la legge di bilancio per il 2018), la disciplina in costante evoluzione del pubblico impiego rendono difficoltose (o addirittura impossibili) le assunzioni a tempo indeterminato, facendo sì che i contratti di lavoro precario siano utilizzati del tutto impropriamente per coprire esigenze di carattere ordinario di funzionalità degli uffici.

Sulla reiterazione dei contratti a tempo determinato da parte delle Pubbliche Amministrazioni, esiste una giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia che nel tempo ha fissato i parametri cui il legislatore e i giudici interni devono attenersi nella individuazione e nella quantificazione del danno in caso di utilizzo improprio dei contratti a tempo determinato. La Corte, infatti, è stata chiamata più volte a pronunziarsi sulle conseguenze dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999 (GUCE, n. L 175 del 10-7-1999) e sulla conformità delle legislazioni nazionali a detto accordo che rappresenta una pietra miliare per la tutela dei lavoratori precari. In particolare, la clausola n. 5 dell'Accordo del 1999 contiene delle specifiche misure di prevenzione degli abusi dovuti alla reiterazione di questa tipologia contrattuale e indica i criteri a cui gli Stati devono attenersi per disciplinare la materia. Sulla base di tale accordo, è stato imposto agli Stati membri l'obbligo di prevedere per legge:

a) le ragioni obiettive per giustificare il rinnovo dei contratti a tempo determinato;
b) la loro durata massima totale, risultante anche dalla somma di contratti successivi;
c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha poi chiarito che questi presupposti non devono necessariamente coesistere ma è sufficiente che uno Stato adotti nella propria legislazione almeno uno di essi (Corte giust., sent. 26-11-2014, C-22/13, *Mascolo e a.*).

La direttiva del 1999 rimanda inoltre agli Stati membri il compito di stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere considerati «successivi» e/o ritenuti espressione in realtà di rapporti a tempo indeterminato.

Nell'ordinamento italiano il lavoro a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni è disciplinato dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 che è stato oggetto di numerose modifiche ed integrazioni negli anni: dal 2001 al 2017 è stato modificato dieci volte (da ultimo col d.lgs. 25-5-2017, n. 75) in un'ottica sempre più restrittiva, visto il proliferare degli abusi da parte della P.A. Mentre il divieto di conversione del contratto a tempo determinato in tempo indeterminato è sempre stato previsto, il limite massimo di durata è stato oggetto di una pluralità di correzioni in senso progressivamente più restrittivo dell'art. 36: nel 2008 si prevedeva che «al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, le amministrazioni [...] non possono ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio; dal 2017 si stabilisce invece che «la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, per effetto di una successione di contratti, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale e indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e l'altro, non può superare i trentasei mesi» (Art. 19 del D. Lgs. 15-6-2015, n. 81 (c.d. Jobs Act), richiamato dall'art. 36 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001).

Per limitare l'utilizzo di questa tipologia contrattuale il legislatore ha introdotto nel tempo ulteriori requisiti e introdotto sanzioni per reprimerne gli eventuali abusi: innanzitutto la Pubblica amministrazione deve dimostrare caso per caso le «comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale» per le quali dispongono di un'assunzione; la stessa deve poi prioritariamente attingere alle graduatorie dei concorsi banditi a tempo indeterminato e non indire concorsi per il "solo" tempo determinato. L'elemento disincentivante è però un altro perché i contratti stipulati in violazione dell'art. 36 non soltanto sono nulli, ma determinano responsabilità erariale per chi li ha posti in essere. Ne consegue che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato e rischia il mancato rinnovo dell'incarico o, nei casi più gravi, la revoca dell'incarico o il recesso dal contratto di lavoro in virtù del combinato disposto art. 36 comma 5 *quater* e art. 21 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001.

L'evoluzione normativa dell'art. 36 del decreto legislativo n. 165/2001 è stata fortemente influenzata dalla stessa giurisprudenza europea che si è sempre posta il problema di come rendere effettive le sanzioni in caso di ingiustificata reiterazione. Già nel 2010 la Corte, dopo aver affermato che l'accordo quadro del 1999 «non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui all' art. 36, quinto comma, del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la quale, nell'ipotesi di abuso derivante dal ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione da un datore di lavoro del settore pubblico», ha subito insistito sulla necessità di garantire l'effettività della tutela al lavoratore, garantendogli i suoi diritti: «le misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione […] non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (Corte giust., ord. 1-10-2010, n. 151/09). Quindi, a giudizio della Corte, è legittimo che uno Stato decida di non prevedere la conversione di un contratto precario in tempo determinato purché i rimedi di dissuasione e la tutela del lavoratore ingiustamente utilizzato siano effettivi. Tali principi sono stati ribaditi anche in pronunce successive: nel 2013 è stato affermato che le misure di tipo risarcitorio, previste dall'art. 36 del Testo unico sul pubblico impiego, allora vigente, non erano idonee a garantire la parte contrattuale più debole se la normativa non avesse introdotto una presunzione di danno a favore del lavoratore precario e questi dovesse, invece, dimostrare il danno subito caso per caso (Corte giust., Ord. 12-12-2013, P., in C-50/13). Nel 2014, la Corte ha poi stabilito che «spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire una carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme» relative alla prevenzione degli abusi del lavoro precario (Corte giustizia Unione Europea Sez. III, 26 novembre 2014, n. 22); nel 2016, la Corte ha infine lanciato un monito proprio ai giudici nazionali, a cui spetta verificare caso per caso il rispetto del principio di effettività e di dissuasione: «Quando si sia verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, deve potersi applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione» (Corte giust., sez. X, 14-09-2016, n. 184/15).

Va peraltro osservato che la giurisprudenza italiana non è stata insensibile ai molteplici moniti provenienti dalla Corte di Giustizia circa le concrete modalità di attuazione dei principi comunitari di effettività della tutela del lavoratore e di dissuasività di utilizzo della impropria reiterazione dei contratti a termine. Infatti, già nel 2015, la Corte di Cassazione affermò che «in base al generale canone ermeneutico dell'obbligo degli Stati UE dell'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, fermo restando che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, il diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative, deve essere interpretato nel senso che la nozione di danno applicabile nella specie deve essere quella di danno comunitario, il cui risarcimento, in conformità con i canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della Pubblica Amministrazione di contratti a termine, è configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro» (Cass. civ., sez. lav., 23-1-2015, n. 1260).

Questo orientamento non solo è stato confermato, ma addirittura è stato precisato nel 2016, quando le Sezioni unite della Cassazione hanno statuito in due distinte sentenze che «il lavoratore vittima di ricorso abusivo al contratto a termine va risarcito tenendo conto della perdita delle chances di ottenere un'occupazione alternativa migliore, con esonero dall'onere probatorio, nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (Cass.

civ., S.U., 14-3-2016, n. 4914), «atteso che l'entità del ristoro e l'inversione dell'onere della prova ivi previste sono parametri idonei a garantire equivalenza, effettività e dissuasività della sanzione, così come richiesto dall'ordinamento europeo» (Cass. civ., S.U., 15-3-2016, n. 5072). Quest'ultima sentenza delle Sezioni unite è particolarmente importante perché riconosce espressamente un ulteriore voce di danno: la perdita di chance. Quest'ultima deriverebbe dal fatto che l'impiego a tempo determinato può aver fatto «perdere al lavoratore altre occasioni di lavoro stabile». Non sussiste però in questo caso un esonero dell'onere probatorio per il lavoratore.

Anche la giurisprudenza di merito si è adeguata ai principi europei per quanto concerne l'effettiva quantificazione del danno: in molte sentenze si fa espresso riferimento ai "parametri europei" (*ex plurimis* App. Roma, sez. lav., 10-4-2017; App. Napoli, sez. lav., 23-05-2017), come nel caso di una recente pronuncia della Corte di appello di Bari secondo cui «la misura risarcitoria prevista dall' art. 36, comma 5 del D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE, sicché può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all' art. 32, comma 5, della L. 4 novembre 2010 n. 183, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario". Resta, tuttavia, fuori dal risarcimento del danno la mancata conversione del rapporto che, nel caso di rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, è esclusa per legge e tale esclusione è legittima sia secondo i parametri costituzionali che quelli europei » (App. Bari, sez. lav., 26-5-2017).

La giurisprudenza di merito tende ad ampliare l'ambito della pretesa risarcitoria del lavoratore illegittimamente utilizzato con contratti a termine reiterati nel tempo: nel febbraio 2018, la Corte di appello di Roma ha riconosciuto che «in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, oltre al risarcimento previsto dall'art. 32, comma 5, L. n. 183 del 2010, che istituisce un danno presunto a valenza sanzionatoria, qualificabile come "danno comunitario", determinato tra un minimo ed un massimo, […] Resta infatti ferma, per il lavoratore pubblico, la possibilità di allegare e provare danni maggiori e diversi, con la precisazione che l'onere di darne dimostrazione grava su di lui, non operando per essi il beneficio della prova agevolata; resta inoltre fermo che detti danni ulteriori mai potrebbero identificarsi con quelli da mancata conversione, e quindi da perdita del posto di lavoro». (Corte d'Appello Roma, sez. lav., sent., 09/02/2018). Quindi oltre al risarcimento nella misura massima di 12 mensilità, per le quali sussiste l'esonero dall'onere probatorio, il lavoratore può ottenere – dimostrandolo però – un risarcimento maggiore, che non è detto coincida necessariamente con la perdita di chance che già la Cassazione aveva riconosciuto. Su questa linea, si sono attestate altre Corti (per es. Tribunale Larino, sez. lav., 28-11-2017; App. Bari, Sez. lav., 26-5-2017), anche se non è certo che questa linea sarà poi confermata dalle Magistrature superiori.

È in questo quadro giurisprudenziale che si inserisce la sentenza della sezione prima della Corte di Giustizia del 4 marzo 2018 che richiama – seppur sommariamente – l'evoluzione della giurisprudenza europea su questo tema e affronta in modo più specifico il tema del *quantum* da riconoscere al lavoratore.

Il caso concreto sottoposto all'attenzione della Corte rappresenta quello che spesso accade ancora oggi all'interno della Pubblica amministrazione, nonostante il dato normativo sempre più stringente: una lavoratrice viene assunta prima con un contratto di collaborazione coordinata e continuativa e successivamente – quando non sussistono più i presupposti giuridici per il rinnovo o la proroga dello stesso – viene inquadrata all'interno dell'Ente pubblico attraverso la reiterazione di una pluralità di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato. Scaduto l'ultimo contratto e nell'impossibilità di ottenerne il rinnovo, la lavoratrice ha proposto un'azione al Tribunale civile, sezione lavoro, per far accertare il carattere abusivo dei contratti di lavoro a suo tempo sottoscritti e per ottenere, di conseguenza, la conversione del suo contratto da tempo determinato a indeterminato. La stessa lavoratrice, ben sapendo che sussiste il divieto espresso di conversione, ha chiesto in via subordinata un risarcimento del danno in forma monetaria,

parametrato a quello di un lavoratore a tempo indeterminato avente la sua stessa anzianità di servizio. Il Giudice *de quo* ha sottoposto alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali concernenti entrambe la definizione del *quantum* da riconoscere al lavoratore, chiedendo se è contraria alla normativa europea la previsione di una sola indennità forfettaria, calcolata tra un minimo di due mensilità e mezzo di retribuzione e un massimo di dodici, anziché il riconoscimento di una indennità sostitutiva di reintegrazione. Secondo il Giudice del rinvio sussiste una ingiustificata disparità di trattamento tra i lavoratori subordinati precari nella Pubblica amministrazione e quelli che concludono un contratto di lavoro con un ente di diritto privato. A suo giudizio, non risponde ai principi eurounitari di effettività e di dissuasione il fatto che i lavoratori precari nel settore pubblico non godano di una indennità diretta a compensare la mancata trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come invece ne usufruiscono coloro che operano nel settore privato.

La Corte di Giustizia innanzitutto ribadisce ancora una volta che l'accordo quadro comunitario del 1999 non introduce necessariamente un obbligo di convertire i contratti di lavoro a tempo determinato, ingiustificatamente reiterati, in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato: l'accordo, infatti, riconosce un certo potere discrezionale in materia agli Stati membri che la giurisprudenza europea aveva già affermato nella sentenza del 7 settembre 2006, *Marrosu e Sardino*, C-53/04, p.to 47. Nella sentenza del 2018, la Corte ribadisce che gli Stati «possono scegliere di far ricorso a una o più delle misure elencate in detta clausola 5, punto 1, lettere da a) a c), oppure a misure di legge esistenti ed equivalenti, e ciò tenendo conto, nel contempo, delle esigenze di settori specifici e/o di categorie di lavoratori» (paragrafo 27 della sentenza). Anche la disciplina delle sanzioni è rimessa agli Stati membri perché «il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi» nell'utilizzo del lavoro precario anche se «spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro» (paragrafo 29). L'Unione europea ribadisce quindi una certa autonomia procedurale ai singoli Stati purché sia «possibile applicare una misura dotata di garanzie effettive ed equivalenti di protezione dei lavoratori per punire debitamente detto abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione».

Sulla base di queste premesse, la Corte di Giustizia dichiara innanzitutto che è legittimo prevedere una diversità di trattamento della sorte dei contratti a tempo determinato stipulati dal datore di lavoro privato rispetto a quelli del settore pubblico: mentre per i primi è prevista l'automatica conversione a tempo indeterminato, nei secondi non è detto che sia così. In questo modo la Corte salvaguarda, stando al caso italiano, il principio costituzionale in base al quale ai pubblici uffici si accede per concorso (art. 97 Cost.). Sta nel rispetto di questo principio la differenza tra le modalità di assunzioni nel settore pubblico rispetto a quello privato: inoltre il primo deve sempre agire secondo i criteri di imparzialità e buon andamento e non può pertanto consentire che si acceda al pubblico impiego se non tramite concorso, altrimenti si lederebbero i diritti di coloro che risultano idonei nelle graduatorie pubbliche.

Ribadita l'esclusione della conversione del contratto, i profili sanzionatori attualmente vigenti non sono ritenuti dalla Corte di Giustizia in contrasto con la normativa europea, purché chiaramente l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro preveda misure effettive destinate ad evitare la reiterazione dei contratti a termine e, se del caso, a sanzionarne l'utilizzo abusivo. Quanto al caso italiano, la Corte ritiene che l'art. 36 del d.lgs. 165/2001, nella sua vigente formulazione, non si ponga in contrasto con l'accordo comunitario del 1999 e che quindi non sussiste l'obbligo per l'Ente pubblico di concedere, come nel settore privato, un'indennità destinata a compensare la mancata trasformazione del contratto in tempo indeterminato. La Corte ha condiviso espressamente l'osservazione dell'Avvocatura generale secondo cui in Italia 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. L'Avvocatura ha insistito sul fatto che il giudice interno è consapevole delle difficoltà inerenti alla dimostrazione dell'esistenza di una perdita di opportunità e da sempre tutela il lavoratore attraverso il riconoscimento di una presunzione diretta riguardante la sola perdita di opportunità di lavoro. Viene quindi garantito in questo modo il principio di effettività.

Aderendo a tale orientamento, e conformemente a quanto già statuito a partire dal 2013 e poi ribadito nel 2016, la Corte di Giustizia giudica sufficiente l'indennità forfettaria fino ad un massimo di dodici mensilità (articolo 32, comma 5, della legge n. 183/2010) quale strumento di dissuasione e al tempo stesso di garanzia per il lavoratore illegittimamente utilizzato. La Corte di Lussemburgo dimostra inoltre in questa sentenza di aver apprezzato la statuizione del 2016 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, con cui sono stati precisati i presupposti per una maggiore tutela risarcitoria legata alla perdita di *chance*, tutela ulteriore rispetto all'indennità forfettaria *ex lege*.

Tuttavia la Corte di Giustizia correttamente precisa che non spetta ad essa pronunciarsi «sull'interpretazione del diritto interno, compito che incombe esclusivamente al giudice del rinvio, il quale deve, nella fattispecie, determinare se i principi [europei di effettività, tutela dei diritti della difesa, certezza del diritto e del regolare svolgimento del procedimento] siano soddisfatti dalle disposizioni della pertinente normativa nazionale» (paragrafo 45).

Quindi la Corte ritiene legittimo che il danno da perdita di *chance* debba essere provato attraverso «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» (paragrafo 49).

Coerentemente a tale impostazione, la sentenza n. 494/16 del 7 marzo 2018 ha confermato l'assenza di un obbligo di conversione del contratto nel tempo indeterminato e ribadita la legittimità dell'attuale sistema sanzionatorio purché sia nel caso concerto improntato al principio di effettività. Si tratta di una sentenza che si inserisce nel solco di una giurisprudenza consolidata volta a dissuadere le Pubbliche amministrazioni dall'utilizzare per esigenze ordinarie il lavoro a termine e in quest'ottica si può osservare che vi sia stato un positivo dialogo tra la Corte di Giustizia, la Corte di Cassazione e le Corti di merito. Il problema però non è risolto perché da anni gli Enti pubblici aggirano l'ingiustificata reiterazione dei contratti a tempo determinato con lo stesso lavoratore, reclutando per la medesima esigenza organizzativa (spesso addirittura di carattere ordinario contrariamente alla *littera legis*) più soggetti idonei, attingendo a graduatorie diverse. In questo modo, decorso il termine del contratto, le Pubbliche Amministrazioni, anziché disporne il rinnovo o la proroga, reclutano una persona diversa. chiamando soggetti diversi, ricorrendo cioè a idonei presenti in graduatorie diverse. Fortunatamente questa *bad practise* accade sempre meno in quanto è un comportamento sanzionato sia dagli organi ispettivi del Ministero dell'Economia e Finanza sia dalle sezioni di controllo della Corte dei Conti. Di fatto, il rimedio più efficace per evitare l'abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato è rappresentato dal principio di responsabilità erariale a carico del dirigente o della posizione organizzativa che sottoscrive il contratto e che può essere chiamato a rispondere personalmente ed economicamente del proprio operato. È un deterrente importante perché il dirigente è chiamato a rispondere con il proprio patrimonio personale: la Pubblica amministrazione, qualora condannata in sede giurisdizionale per illegittima reiterazione, può rivalersi sul proprio dipendente, così come questo può essere sottoposto ad azione diretta di accertamento da parte della Procura regionale della Corte dei Conti competente per territorio.

Divieto di dazi doganali: la Corte di Giustizia traccia i confini con la tassa ad effetto equivalente e gli estremi del rimborso nel quadro di ripercussione dell'imposta sul consumatore

di Giuseppe Mantica

Title: Prohibition of costums duties: The Court of Justice draws the boundaries from the charges having equivalent effect and states the requirements for the refund when the charge passes on the customer

Keywords: Costums duties and charges having equivalent effect; Charge passed on costumer; Refund.

1. – Con sentenza pronunciata il primo gennaio 2017, la Quarta Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affrontato due questioni pregiudiziali (ai sensi dell'art. 267 TFUE) sollevate dall'Alta Corte di cassazione e di giustizia rumena, vertenti sull'interpretazione dell'art. 30 TFUE, in accordo al quale è fatto divieto di imporre tra gli Stati membri, all'importazione o all'esportazione, dazi doganali così come ogni tassa di effetto equivalente. In particolare, i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati sulla debenza del rimborso dovuto al contribuente che abbia sostenuto detta tassa in un quadro legislativo per cui la stessa è previsto debba ripercuotersi sul consumatore europeo.

2. – I fatti alla base della pronuncia in commento traggono origine dal contesto normativo instaurato in Romania con la Ordonanţa de urgenţă 249/2000, provvedimento omologo del più familiare decreto legge italiano, relativa alla costituzione e all'utilizzo del Fondo speciale per i prodotti petroliferi. Tale Fondo, istituito in un insieme di misure finanziarie adottate nel settore del bilancio e della contabilità pubblica, assolve alla funzione di farsi carico delle obbligazioni pecuniarie gravanti sulla preesistente Società petrolifera rumena, al fine di recuperarne i debiti, ed è finanziato con il contributo dei produttori e raffinatori di prodotti petroliferi stabiliti in Romania. Precisamente, la sua costituzione prevede l'inclusione, nel prezzo di benzina e gasolio, di una somma forfettaria pari a un centesimo di dollaro statunitense per ogni litro di prodotto petrolifero venduto sul mercato sia nazionale che estero. Nel caso di specie, la compagnia petrolifera Lukoil rivendica presso il Ministero dell'Economia rumeno la ripetizione delle somme versate a tale titolo dal primo gennaio 2007, data di entrata della Romania nell'Unione Europea, al 31 marzo 2010. Una volta entrato il paese a far parte del mercato comune, infatti, la Lukoil ritiene la normativa rumena contrastante con l'art. 30 TFUE nonché indebite le somme versate, in quanto lo Stato rumeno – pur essendo membro dell'UE – imporrebbe unilateralmente una tassa di carattere fiscale riscossa sulle merci che attraversano una frontiera.

3. – Sulla base di tali considerazioni e in virtù dell'espresso rifiuto del Ministero dell'Economia di rimborsare le somme richieste, la Lukoil promuove un ricorso presso la Corte d'appello di Bucarest. Quest'ultima respinge le pretese della compagnia petrolifera ponendo l'attenzione su una duplice circostanza. La prima sarebbe quella per cui la somma forfettaria è dovuta non già – o meglio, non solo - per i prodotti che oltrepassano la frontiera, bensì anche per quelli che vengono commercializzati all'interno del territorio statale; di conseguenza, il pagamento della tassa in discussione non è dovuto per l'attraversamento della frontiera in quanto tale, ma solamente a titolo di tributo interno - ritenuto dal giudicante – legittimo. La seconda, nell'ipotetica supposizione che la tassa in questione integrasse gli estremi di un dazio doganale, riguarderebbe il fatto per cui la somma "extra" sarebbe inclusa nel prezzo di benzina e gasolio forniti fuori dalla Romania, venendo a gravare non tanto sul produttore-esportatore quanto sull'acquirente-consumatore finale; in tal modo, il principio del divieto di arricchimento senza giusta causa (come si vedrà al par. 8) impedirebbe alla Lukoil di ottenere il rimborso di somme in realtà non pagate.

Tali motivi di respingimento della domanda vengono impugnati dalla Lukoil dinnanzi all'Alta Corte di cassazione e giustizia, la quale annulla la sentenza con rinvio della causa presso la Corte d'appello di Bucarest, che a sua volta respinge nuovamente il ricorso. Tale ultima decisione è fondata sul riconoscimento che la Lukoil, pur versate le imposte allo Stato, avrebbe imputato le somme forfettarie ai propri fondi anziché aggiungerle ai prezzi di vendita dei prodotti, così predisponendo una modalità di pagamento non prevista dalla legge di riferimento né imputabile all'amministrazione convenuta; di talchè il diritto al rimborso risulterebbe infondato in quanto le tasse della cui restituzione si tratta sarebbero state versate non sulla base di una normativa nazionale definitivamente dichiarata contraria al diritto dell'Unione (e dunque illegittima), bensì da un meccanismo predisposto dalla Lukoil stessa nel mancato ripetto della normativa nazionale di riferimento.

4. – L'intricata vicenda giudiziale prende ancora una volta la via per l'Alta Corte di cassazione e giustizia, a cui la Lukoil ricorre una seconda volta. Tale giudice si mostra d'avviso contrario rispetto ai precedenti giudicanti, ritenendo il tributo di cui si discute una tassa di effetto equivalente a un dazio doganale, dati il carattere pecuniario, l'imposizione unilaterale dell'autorità statale e la ricaduta sulle merci al momento di varcare la frontiera.

È sulla scorta di tale assunto che il giudice adito si fa portatore di due questioni pregiudiziali da sottoporre alla Corte di Giustizia, a cui viene domandato, in sostanza, se il contribuente che abbia effettivamente versato una tassa di effetto equivalente al dazio doganale vietato dall'art. 30 TFUE possa ottenerne il rimborso anche qualora il meccanismo di pagamento previsto dalla normativa nazionale sia tale da far ripercuotere detta tassa sul consumatore.

5. – Come precisa sin da subito, la Corte di Giustizia, rispetto al proprio ragionamento logico-giuridico, eleva a debita premessa il suo iniziale impegno a fornire al giudice del rinvio ogni elemento interpretativo utile alla risoluzione della causa, quand'anche detto giudice non abbia individuato di per sè le disposizioni comunitarie bisognevoli di interpretazione.

In quest'ottica, ai fini di una corretta qualificazione giuridica della tassa dibattuta, la Corte si incentra dapprima sulla definizione di "tassa di effetto equivalente" ad un dazio doganale, rinvenendola in "qualsiasi onere pecuniario, sia pur minimo, imposto unilateralmente, a prescindere dalla sua denominazione e dalla sua struttura, che colpisca le merci per il fatto di attraversare una frontiera". Passa poi al vaglio l'art. 110 TFUE che, in tema di libera circolazione delle merci, sancisce il divieto di tributi interni

discriminatori. In merito, sottolinea la legittimità degli oneri pecuniari che derivano da un regime generale di imposizioni interne gravanti in modo sistematico su determinate categorie di prodotti, a prescinderne dall'origine e dalla destinazione, quando detti oneri siano imposti sulla base di identici criteri obiettivi. In tale maniera, infatti, la tassa va a colpire senza discriminazioni i prodotti nazionali senza distinguo tra quelli commercializzati sul mercato interno e quelli esportati in altri mercati.

La Corte non manca, tuttavia, di porre l'accento su un aspetto che sarà dirimente ai fini sia della risoluzione della controversia specifica sia della enunciazione del principio di diritto sotteso alla questione.

6. – In proposito, la riflessione che involge il pensiero della Corte riguarda il fatto che una imposizione interna non discriminatoria rispetto al mercato di destinazione non è escluso che possa essere vietata dal TFUE. È il caso in cui detta imposizione sia solo *apparentemente* non discriminatoria. Può darsi, invero, il caso in cui il gettito ottenuto dal tributo venga reimpiegato in guisa da giovare miratamente ai prodotti nazionali che sul mercato nazionale vengono commercializzati, a scapito di quelli esportati in mercati di altri Paesi. In particolare, i prodotti esportati risulterebbero discriminati nel momento in cui l'onere fiscale, pur identico, che colpisce i prodotti *non* esportati, venga neutralizzato ad opera di vantaggi -per questi ultimi- finanziati per mezzo dell'onere stesso. In tal modo si verificherebbe una vera e propria compensazione del tributo – sui prodotti, appunto, non esportati – con dei benefici successivi; ciò a fronte, per contro, del vero onere gravante sulle merci esportate, che rimarrebbe netto in quanto non "ricapitalizzato".

Giunta a questo punto del ragionamento, la Corte opera una distinzione a seconda che il meccanismo dei benefici conseguenti alla destinazione del gettito d'imposta renda la compensazione di cui si è detto integrale o solo parziale. Ebbene, nel primo caso si tratterà di una tassa di effetto equivalente a un dazio doganale, con conseguente incompatibilità con gli articoli 28 e 30 del TFUE; nel secondo caso, invece, si configurerà una violazione del divieto di discriminazione previsto dall'art. 110 TFUE, con l'effetto che la tassa sarà legittima solo in linea di principio e andrà vietata nella misura in cui compensa l'onere fiscale, venendo ad essere oggetto di una riduzione proporzionale.

La Corte, infine, termina questa fase del ragionamento invocando la corretta applicazione del criterio della compensazione. A tal riguardo, rilascia in capo al giudice nazionale il compito di accertare in maniera accurata l'equivalenza pecuniaria tra il gettito riscosso con la tassazione dei prodotti nazionali non esportati e i benefici ottenuti in via esclusiva da questi ultimi.

7. – In seguito, la Corte volge l'attenzione al caso concreto, riconoscendo che emergono attorno al tributo controverso alcuni profili propri di una tassa equivalente, quali la pecuniarietà dell'onere, il suo oggetto e la unilateralità della imposizione. Nondimeno, osserva che la tassa non è dovuta in ragione dell'attraversamento di una frontiera, in quanto si applica alla stessa maniera, allo stesso tasso e nella stessa fase a tutti i prodotti indistintamente, a prescindere dal mercato di riferimento in cui andranno commercializzati. Come naturale conseguenza di tali osservazioni la Corte è spinta a considerare che detta tassa possa costituire un tributo interno non discriminatorio e perciò legittimo. Ma non basta. Occorre verificare in concreto, da parte del giudice del rinvio, se tale tributo interno *apparentemente* legittimo non nasconda in realtà vantaggi che *de facto* allentino o addirittura annullino l'onere sostenuto, incorrendo nelle distinte conseguenze già esaminate al precedente paragrafo. Solo così potrà stabilirsi se i prodotti nazionali commercializzati sul territorio nazionale vengano favoriti dalla destinazione del gettito.

8. – Da ultimo, ma non certo per importanza, la Corte promuove alcune considerazioni

concernenti il diritto al rimborso come preteso dalla Lukoil nell'ipotetico caso – in un certo senso, "postumo", rispetto alla decisione in commento – in cui il giudice del rinvio dovesse accertare che il tributo in questione rappresenti effettivamente una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale.

Addentrandosi nel merito della questione, i giudici di Lussemburgo esordiscono riconoscendo come "sacrosanto" il diritto al rimborso di imposte statali che siano state riscosse in violazione del diritto dell'Unione Europea. Esso, infatti, si presta come conseguenza e complemento dei diritti attribuiti ai contribuenti dalle disposizioni dell'Unione stessa.

Proseguendo, la Corte non perde tempo a rimarcare come tale diritto al rimborso non sia assoluto ma incontri un'eccezione. Si tratta del caso in cui l'avente diritto trarrebbe un arricchimento ingiustificato dalla ripetizione del tributo indebitamente percepito dall'amministrazione, ciò che accade allorquando un soggetto tenuto al pagamento del tributo abbia riversato quest'ultimo su altri soggetti. È la situazione in cui l'onere del tributo viene sopportato non già dall'operatore ma dall'acquirente: restituire al primo quanto già traslato sul secondo equivarrebbe a niente meno che un doppio introito, restando immutate in capo all'acquirente le conseguenze -negative- dovute all'illegittimità del tributo.

In seguito, nel riferimento al caso di specie la Corte prende atto che la Lukoil non ha affatto ripercosso la tassa sul consumatore dei prodotti petroliferi commercializzati, al contrario di quanto disposto dalla regolamentazione di settore. In effetti, come già si è fatto cenno al par. 3, la Lukoil non ha provveduto nel senso richiesto dalla normativa nazionale, sostenendo essa stessa l'importo della tassa secondo un meccanismo "fai da te" non rispettoso della disposizione di legge di riferimento. Nondimeno, con una laconica quanto tranciante chiosa finale, la Corte sostiene l'irrilevanza, ai fini restitutori, di una tale violazione della normativa nazionale, sottolineando che il diritto al rimborso trae il proprio fondamento nel diritto dell'Unione Europea e non può validamente essere rifiutato per un motivo tratto dal diritto nazionale. È proprio ciò che manda la Lukoil esente da ogni biasimo quantomeno in relazione al diritto al rimborso che, una volta accertato che le spese sostenute abbiano la natura di tassa di effetto equivalente a un dazio doganale, non potrà esserle negato.

9. – Con la pronuncia in esame la Corte di Giustizia torna ad esprimersi su uno dei principi fondanti dell'Unione Europea e, sicuramente, tra i più emblematici del suo concetto: la libera circolazione delle merci. Come in precedenza, ancora una volta tale giudice si mostra sensibile al delicato tema dei dazi doganali, visto come un vero e proprio "spauracchio" all'interno dei confini dell'Unione. I giudici europei, infatti, nello sciogliere il nodo legato alla definizione e individuazione di una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale, hanno il merito di adottare un approccio che non si arresta alla mera constatazione delle caratteristiche *prima facie* proprie del tributo della cui verifica si tratta. E, a ben vedere, ribadiscono quella tecnica valutativa che è il criterio della compensazione per stabilire se di fatto, oltre ogni "inganno" indotto da apparenti e legittime sistematicità dell'imposizione, il tributo in questione nasconda profili riconducibili agli effetti propri del dazio doganale.

Ma se nulla, o quasi, impediva di pensare che la Corte avrebbe seguito detta impostazione, già tenuta nell'importante sentenza resa nel 2006 nel caso Koornstra, la vera partita si è giocata sul fronte del rimborso. Il contesto normativo nazionale, su tale versante, si mostra molto *sui generis*, con la particolarità collegata alla ripercussione della tassa in capo al consumatore. A ciò si aggiunga il peculiare elemento di fatto per cui tale meccanismo non è stato osservato dal soggetto interessato, così contravvenendo a disposizioni di legge interne. Proprio nello sciogliere il delicato intreccio tra diritto interno – violato dalla Lukoil – e diritto comunitario – che varrebbe alla stessa il rimborso – sta l'innovazione della sentenza in commento rispetto ai precedenti dalla stessa

richiamati. E, in effetti, non potrebbe essere altrimenti, data la peculiarità della situazione. Tuttavia, nemmeno scontata poteva darsi la decisione a riguardo. Non attribuendo alcuna rilevanza – quantomeno ai fini del rimborso – alla violazione di obblighi interni, la Corte coglie un'ulteriore occasione per evidenziare la supremazia del diritto comunitario aldilà delle vicende sottese ai singoli ordinamenti statali, mantenendo sì separati gli ordinamenti interno e comunitario, ma legati da un filo condotto, a mo' di traino, dal secondo, che si rivela, ancora una volta, il vero core business giuridico all'interno di una concezione sempre più unionale di Europa.

La regolarizzazione postuma dell'omessa procedura di Via: Successione delle leggi nazionali nel tempo e divieto di elusione o disapplicazione del diritto europeo

di Francesco Monceri

Title: Posthumous regularization of the omitted procedure of Via: succession of national laws over time and prohibition of circumvention or non-application of european law

Keywords: Environmental impact assessment; Regularisation; Electricity, Biogas.

1. – Con la pronuncia in commento la Corte di Giustizia torna ad occuparsi del rapporto tra normativa nazionale e normativa europea in materia di Valutazione di Impatto Ambientale (A. Police, *La valutazione di impatto ambientale*, *in Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno-E. Picozza, vol.II, Padova, 2013, 527 ss.; P. Dell'Anno, *Valutazione d'impatto ambientale*, in R. Ferrara-P. Vipiana, *I "nuovi diritti" nello Stato sociale in trasformazione*, Padova, 2002, 208. Per i rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo v., più in generale, G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017; E. Picozza (a cura di), *Nozioni fondamentali di diritto dell'ambiente*, Roma, 2016), la cui disciplina, tanto in ambito interno che europeo, è stata investita da recenti riforme (dlgs 16 giugno 2017 n. 104, che attua la direttiva europea 2014/52/UE e modifica l'attuale procedura di Valutazione Impatto Ambientale e la diciplina concernente la verifica di assoggettabilità a valutazione di impatto ambientale).

Il caso da cui prende origine la richiesta di pronuncia pregiudiziale riguarda la decisione della Regione Marche di non assoggettare alla procedura di VIA un intervento diretto al potenziamento di un impianto per la produzione di energia elettrica da biomasse fino a 999 KW.

Il presupposto di tale esenzione era stato ricondotto alle previsioni della L.R. Marche n.3/2012 che consentiva il rilascio dell'autorizzazione sulla sola base di un criterio «quantitativo» (la potenza nominale dell'impianto inferiore a 1 MW), circostanza che permetteva di non sottoporre il progetto a VIA e «nemmeno alla previa verifica dell'assoggettabilità a siffatta valutazione» (rispetto alla supremazia della disciplina della legge statale di tutela uniforme dell'ambiente sulla legge regionale che si sostanzi in una riforma *in peius* dei livelli di tutela ambientale v. Corte cost., sent. 127/2010. In ordine all'obbligo di sottoporre il progetto alla procedura di VIA o, nei casi previsti, alla preliminare verifica di assoggettabilità alla procedura di VIA, quale diretta espressione della tutela del valore ambientale v. Corte cost., sentt. 225 e 234 del 2009). L'*escamotage* utilizzato può, dunque, essere identificato dalla decisione di potenziare l'impianto in misura (di poco) rientrante nei limiti richiesti dalla disciplina regionale vigente per l'esenzione.

Fondando il proprio indirizzo su tali presupposti la Regione Marche provvedeva ad autorizzare la Società agricola 4C a potenziare un impianto per la produzione di energia elettrica da biomasse, senza procedere alla preventiva verifica dell'assoggettabilità dell'intervento alla procedura di Via.

Rispetto a ciò, le doglianze del ricorrente Comune di Castelbellino si concentrano sul fatto che la normativa europea, ed in particolare l'art.2, paragrafo 1, direttiva 2011/92, fanno riferimento ad un concetto più ampio di impatto ambientale che tiene conto della natura dell'insediamento (oltre che della dimensione, dell'ubicazione dello stesso, etc.) che, nel caso specifico, rientra tra quelli presi in esame all'allegato II, punto 3, lett.a) di tale direttiva. Con la conseguenza che il diritto europeo applicabile richiederebbe, per verificare la compatibilità dell'impatto ambientale, la valutazione specifica di parametri quali «le dimensioni del progetto», «il cumulo con altri progetti», «l'utilizzazione di risorse naturali», «la produzione di rifiuti», «il pericolo di inquinamento», «la capacità di carico dell'ambiente naturale» e degli altri aspetti, tassativamente indicati nel richiamato diritto europeo, considerati rilevanti per l'analisi del c.d. rischio ambientale (sulla impossibilità per gli Stati membri di prevedere esenzioni fondate sulle dimensioni dei progetti v. Corte cost., sent. 218/2017).

Dal momento che l'autorizzazione ricevuta dalla Società 4 C riguardava la gestione di un impianto che produceva una quantità di energia inferiore, seppur di poco, ai limiti di legge, in data 22 febbraio 2013 il Tar Marche rigettava la domanda di annullamento dell'autorizzazione *de quo* presentatale dal Comune di Castelbellino.

Nelle more delle controversia principale, la Corte costituzionale, con sentenza n.93/2013 provvedeva, in effetti, a dichiarare l'incostituzionalità parziale della legge Regione Marche n.3/2012 proprio nella parte in cui ometteva di richiamare tutti i parametri fissati nell'allegato III della direttiva 2011/92, la cui osservanza era imposta dall'art.4 paragrafo 3 della direttiva, per l'identificazione dei progetti sottoposti a VIA (cfr. Corte cost., sent.93/2013, punto 1.2.3. «i predetti allegati contengono elenchi puntuali e tassativi di progetti sottoposti a VIA regionale e provinciale o a verifica di assoggettabilità regionale e provinciale molti dei quali sono individuati in base al solo criterio dimensionale, senza che vi sia alcuna disposizione (come quelle, peraltro, introdotte all'art. 3 ed all'allegato C della medesima legge regionale n. 3 del 2012, solo a seguito della proposizione del ricorso, con la già richiamata legge regionale n. 30 del 2012) che imponga di tener conto, caso per caso, in via sistematica, anche degli altri criteri di selezione dei progetti, tassativamente prescritti negli allegati alla citata direttiva UE, come imposto dall'art. 4, paragrafo 3, della medesima».

In seguito a ciò il gestore dell'impianto, in data 16 aprile 2015, presentava alla Regione Marche una nuova istanza di conformità dell'impianto alle prescrizioni contenute nella direttiva di riferimento.

A seguito di ciò, e nonostante l'abrogazione della legge regionale colpita dalla dichiarazione d'incostituzionalità, la Regione Marche «convalidava» con provvedimento del 3 giugno 2015 la precedente autorizzazione del 20 giugno 2012, sulla base di nuove disposizioni, che avevano seguito la pronuncia di incostituzionalità della l.3/2012, persistendo nell'indirizzo di far riferimento, per l'esenzione, a criteri di natura esclusivamente quantitativa. La nuova disciplina aveva, infatti, provveduto a ridefinire a livello nazionale il quadro giuridico di riferimento delle condizioni di esenzione da Via per i progetti regionali del tipo di quello dedotto in giudizio.

Nella sostanza la nuova disciplina, innalzando la soglia di assoggettabilità a Via da 1 MW a 50 MW, replicava la possibilità di consentire l'esenzione dalla procedura di Via per il progetto in discorso. Ai sensi della nuova disciplina vigente, dunque, il progetto doveva essere considerato come pienamente rientrante nelle soglie di esenzione nonostante che i nuovi criteri adottati continuavano a riferirsi ad un criterio meramente quantitativo.

In tale quadro, il giudice del rinvio provvedeva prima ad annullare la prima autorizzazione rilasciata dalla Regione Marche e, a seguito di nuovo ricorso contro la

seconda decisione della Regione, sostanzialmente confermativa della prima, a pronunciare sentenza non definitiva sollevando domanda di pronuncia pregiudiziale.

2. – Le due questioni sollevate, dunque, che la Corte ritiene di esaminare congiuntamente si riferiscono non tanto ai casi in cui la VIA risulti obbligatoria ai sensi del diritto europeo, circostanza questa risolta in senso positivo dalla sentenza della Corte costituzionale 93/2013, quanto ai possibili effetti materialmente elusivi del diritto europeo di una normativa nazionale che ammetta il mancato ricorso alla VIA nel periodo di vigenza di una norma nazionale contraria al diritto europeo.

Sul punto il giudice del rinvio interrogga la Corte di giustizia su una questione come vedremo invero non ignota ai giudici del Lussemburgo, ossia sulla possibilità che un istituto avente natura eminentemente preventiva possa eccezionalmente essere applicato successivamente alla realizzazione del progetto con effetti sananti il vizio procedurale.

3. – Con la prima delle suddette questioni viene, quindi, richiesto alla Corte di Giustizia se il diritto europeo osti alla espletazione postuma di una procedura di VIA rispetto ad un progetto che sia già stato realizzato sulla base di una legge nazionale, poi dichiarata incostituzionale che legittimava il mancato esperimento della verifica preventiva di assoggettabilità a procedura di VIA.

Con la seconda questione, invero più sottile, il giudice del rinvio chiede se le autorità competenti possano «considerare, in base alle disposizioni di diritto nazionale in vigore alla data in cui esse sono chiamate a pronunciarsi, che una tale VIA non è obbligatoria».

Sullo sfondo della questione, come detto, sembra potersi così rilevare che si ponga un problema relativo alla natura stessa della procedura di VIA, e della sua obbligatorietà come strumento preventivo di protezione dell'ambiente. Cosicché, a seconda della portata che si intenda dare alla normativa nazionale contrastante con le prescrizioni europee, potrebbero verificarsi interstizi elusivi legati alla realizzazione del progetto nelle more dell'annullamento di detta normativa, rendendo sostanzialmente inutile, almeno rispetto al singolo caso, l'accertamento dell'illegittimità della normativa nazionale.

Ponendosi sul solco appena accennato, la Corte affronta le due questioni sollevate ricostruendo in termini di «strumentalità» il rapporto tra progetti che possono avere un significativo impatto ambientale e rilascio della relativa autorizzazione.

Il carattere preventivo della valutazione sull'impatto ambientale, anche per ovvi motivi di economicità, è infatti logicamente connessa alla decisione amministrativa sul rilascio dell'autorizzazione. In aggiunta a ciò, il carattere preventivo di tale valutazione è, altresì giustificato da motivi di coerenza che consigliano di valutare eventuali esternalità negative in maniera preventiva anzichè attivarsi successivamente per riparane gli effetti.

In questo modo trova, altresì, conferma la natura sostanziale della VIA quale procedimento che si rende necessario, nei casi previsti, per valutare i possibili effetti negativi sull'ambiente che possano scaturire dalla realizzazione di un progetto, sì da eliminarli alla radice rinunciando, quando ritenuto necessario, a portarlo a compimento. Una tutela «forte» dell'ambiente come valore cardine del diritto europeo.

4. – Nonostante ciò, risolvendo la prima delle due questioni postele all'attenzione, la Corte di Giustizia, osserva che la natura per così dire sostanziale dell'accertamento non osta alla possibilità di procedere a forme di «regolarizzazione» postume (v. già Corte Giust., Sez. V, 7.01.2004 C-201/02 in *Urb. App.*, 2004, 415 ss., con nota di E. Boscolo, *Nozione comunitaria di autorizzazione e v.i.a. In Ambito nazionale v.* Cons. Stato, Sez. VI, sent. 22.11.2006 n. 6831 in *Guida al Diritto*, 2007, 74 ss. con nota di O. Forlenza, *La valutazione d'impatto ambientale dell'opera può essere successiva al progetto approvato*, che pur si riferivano a progetti approvati ma non ancora realizzati. Orientamento, peraltro, recentemente

ripreso in Corte Giust., 26.07.2017, C-196/16. Infine, relativamente ai limiti all'applicabilità della procedura di Via a progetti realizzati prima della prima entrata in vigore della disciplina che l'ha resa obbligatoria v. Corte giustizia, sent. 17 marzo 2011, in causa C-275/09 e Corte cost., sent. 4 luglio 2011, n.209).

La Corte, dunque, sottolinea, estendendo un ragionamento già svolto in passato relativo ai progetti approvati e ancora non realizzati, che anche rispetto ai progetti già realizzati sia possibile in qualche modo sanare l'omissione di verifica di compatibilità ambientale, sulla base dell'assunto che, in tali casi, è onere dell'ordinamento nazionale eliminare le conseguenze illecite (alla luce del diritto europeo) dell'omissione.

Nel medesimo senso la già citata sentenza della Corte costituzionale n.93/2013, rifiutava la richiesta della Regione Marche di dichiarare la cessazione della materia del contendere a causa di un sopravvenuto adeguamento legislativo alla disciplina europea proprio perché *ratione temporis* la normativa impugnata, data la sua immediata efficacia esecutiva, avrebbe potuto già produrre effetti lesivi dell'ambiente (cfr. Corte cost., sent. 93/2013, punto 1.2.2. «non vi è, tuttavia, alcuna dimostrazione del fatto che la normativa impugnata non abbia avuto, medio tempore, applicazione, mentre deve rilevarsi che la stessa contiene previsioni dotate di immediata efficacia: pertanto, deve affermarsi che non ricorrono, nella specie, le condizioni richieste dalla giurisprudenza di questa Corte perché possa essere dichiarata la cessazione della materia del contendere»).

La Corte di giustizia si preoccupa, tuttavia, di precisare i limiti di tale processo postumo, assoggettando tale possibilità a due condizioni. In primo luogo si richiede che le norme nazionali che consentano la «regolarizzazione» della verifica ambientale non costituiscano un modo per eludere o disapplicare la disciplina europea. Sottolineando così la necessità di una tutela forte del valore ambientale, di cui la Via, la cui disciplina originaria si deve appunto al diritto europeo (v. R. Rota, *Profili comunitari di diritto dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno-E. Picozza, vol. I, Padova, 2012, 216; v. anche F. Fonderico, *Valutazione d'impatto ambientale*, in Codice dell'Ambiente a cura di S. Nespor-A.L. De Cesaris, Milano, 1999, 1429), è diretta espressione.

Il problema della normativa sopravvenuta e, nel caso, della individuazione di nuove autorità competenti viene, dunque, risolto in maniera, invero ambigua, dal momento che la Corte di Giustizia articola la soluzione indicata statuendo che 1) gli Stati membri sono obbligati ad eliminare le eventuali illiceità determinate dalla mancata valutazione delle conseguenze del progetto di potenziamento di una centrale elettrica pubblica o privata come precondizione strumentale alla positiva conclusione dell'autorizzazione all'intervento; 2) la procedura di regolarizzazione possa essere posta in essere dalle «nuove» autorità competenti, in ipotesi per l'effetto di una normativa nazionale sopravvenuta; 3) in questo ultimo caso la procedura di verifica postuma della compatibità ambientale, consentita da (sopravvenute) norme nazionali non deve costituire l'occasione per eludere o disapplicare le norme europee.

Queste indicazioni, sembrano riaffermare la stretta cogenza della direttiva 2011/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la natura preventiva della valutazione di verifica di assoggettabilità a procedura di Via dei progetti che possono avere effetti negativi sull'ambiente.

Emerge, infatti, che la «regolarizzazione» sarà ritenuta compatibile con il diritto europeo solo nel caso in cui se tale valutazione fosse stata eseguita prima dell'autorizzazione del progetto, essa avrebbe avuto esito positivo. In questo modo si tende, all'un tempo, ad evitare che tanto la realizzazione del progetto, quanto l'emanazione successiva di normative più permissive possa finire per eludere le rigide prescrizioni che avrebbero dovuto essere rispettate in fase di valutazione dell'impatto ambientale. In aggiunta a ciò la Corte sottolinea che ai fini della corretta procedura di valutazione si dovrà, altresì, tener conto dell'impatto ambientale prodotto dalla (illegittima) realizzazione del progetto.

Dunque, la Corte prescrive che la verifica della compatibilità ambientale non si può risolvere in un'analisi *pro futuro* ma debba prendere in considerazione la situazione di fatto esistente al momento della realizzazione dell'impianto.

Di tal che si deve anche concludere, pur di fronte ad un'impostazione della Corte non sempre chiarissima della questione degli effetti della *lex posterior* sull'obbligatorietà della procedura di valutazione dell'impatto ambientale, che il giudice europeo privilegi un'impostazione volta comunque alla «salvaguardia sostanziale» del rispetto delle prescrizioni della direttiva.

Difatti la Corte, pur non affrontando direttamente il tema della legge apllicabile dal giudice qualora sia intervenuta una disciplina che elimina l'obbligatorietà della Via per il caso di specie, sembra propendere per la soluzione positiva, ma solamente quando tali norme non siano lesive del diritto europeo.

In questo modo la Corte consente che la successione delle leggi nel tempo permetta allo Stato membro di considerare come non obbligatoria una verifica di assoggettabilità alla valutazione di impatto ambientale che lo sarebbe stata nella vigenza della legge precedente, ma solo quando la *lex posterior* sia comunque compatibile con le prescrizioni della direttiva 2011/92/CE.

5. – In conclusione la decisione annotata si mostra coerente con i precedenti indirizzi giurisprudenziali e normativi europei che includono la protezione dell'ambiente tra i valori fondanti dell'Unione europea. Sul piano del rapporto tra disciplina nazionale e disciplina europea l'assunto si mostra particolarmente rilevante soprattutto rispetto alle recenti tendenze della semplificazione amministrativa nazionale, innescate dalla crisi economica, che in funzione della crescita sembrano, per certi versi, correre il rischio di depotenziare la già intricata normativa dedicata a Via, Vas, e Aia dal Codice dell'Ambiente (artt. 7 *bis*, 8 *bis*, 11 dlgs. 152/2006).

La fase dell'«urgenza» che la semplificazione amministrativa sta attraversando, soprattutto nel diritto nazionale (sul tema v. F. Monceri, *La semplificazione dell'amministrazione nella crisi delle economie di mercato*, Napoli, 2016. Rispetto alla necessarietà di provvedere anche in materia ambientale ad interventi di semplificazione procedurale v. già M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in G. Sciullo (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione*, Bologna, 2008), come modo per stimolare la ripresa economica, ha, infatti, esitato nella tendenza a far, in certo modo, prevalere il momento economico sul complesso degli altri valori tutelati dall'ordinamento. Tra questi la protezione ambientale (in ordine a tale problema v. già E. Boscolo, *La VIA "accelerata" per le grandi opere: l'interesse ambientale quale limite alla semplificazione*, in *Urb. App.*, 2003, che rilevava l'inammissibilità di forme di subordinazione dell'interesse ambientale alle necessità connesse alla crescita economica), come testimoniato tra l'altro dalle recenti norme in tema di silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (art.17 *bis*, l.241/90), dalla transizione del principio di unanimità al principio di prevalenza in sede di conferenza di servizi (art.14 *quater* l.241/90. In argomento v. M. Clarich, G. Fonderico, *Procedimento amministrativo*, Milano, 2015, par.6), dai meccanismi di superamento del dissenso delle amministrazioni qualificate in sede di conferenza di servizi (art.14 *quinquies* l.241/90, procedura che oggi puo essere innescata dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale «a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza». Per le criticità in materia ambientale che già avevano cominciato a caratterizzare l'istituto nell'assetto immediatamente precedente v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo,* a cura di F. Fracchia, Milano, 2015, 489), dalla nuova ponderazione tra tutela dell'ambiente e tutela dell'industria ad esempio elaborate nella giurisprudenza costituzionale sul caso Ilva (v. Corte cost., sent. 85/2013 nella quale la Corte costituzionale esprime una posizione poi parzialmente rivista nella successiva sent.58/2018).

ISSN: 2037-6677

Nell'equilibrio instabile tra i valori fondamentali protetti dall'ordinamento nazionale che va faticosamente rideterminandosi in conseguenza di tali recenti tendenze, la tutela del valore ambientale sembra, dunque, ancora trovare nel diritto sovranazionale il suo più sicuro caposaldo.

La sola funzione tecnica di un disegno comunitario non è requisito sufficiente ad ottenere tutela ai sensi della normativa in materia di proprietà industriale

di Cristina Ottonello

Title: Features of appearance of a product solely dictated by its technical function it isn't a sufficient requirement to obtain protection by legislation on industrial property

Keywords: Community design; Features of appearance of a product solely dictated by its technical function; Objective observer.

1. – Con sentenza pronunciata l'8 marzo 2018 (causa C-395/2016 *Doceram GmbH c. CeramTec GmbH*) la Corte di giustizia dell'Unione europea ha fornito un'interpretazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 6/2002 del 12 dicembre 2001, avente ad oggetto la tutela dei disegni e dei modelli comunitari.

La decisione appare di particolare interesse se si considera che la citata disposizione, prima d'ora, non era stata oggetto di interpretazione da parte della Corte, la quale, al contrario, si è pronunciata spesso con riguardo ai due requisiti necessari per ottenere la protezione del *design* ai sensi della normativa comunitaria: la novità ed il carattere individuale del modello.

Nella nota sentenza del 19 giugno 2014, *Karen Millen Fashions Ldt c. Dunnes Stores*, la Corte, infatti, è intervenuta in materia di modelli comunitari non registrati ma solo per chiarire cosa si dovesse intendere per 'carattere individuale' del disegno e per precisare che la diversità delle impressioni generali prodotta sull'utilizzatore informato deve essere valutata sulla base di uno o più modelli anteriori, in combinazione tra loro.

Analogamente, sia il Tribunale che la Corte di Appello di Milano, con sentenza del 28 marzo 2013, nell'applicare il Regolamento 6/2002 ad un caso di contraffazione di occhiali che vedeva coinvolte due note case di moda, Prada e Nau, ha riconosciuto che il prodotto commercializzato da Nau non poteva ritenersi nuovo né avente carattere individuale, con conseguente riconoscimento dell'esistenza di una pratica di concorrenza sleale a danno di Prada.

Gli obiettivi perseguiti dal Regolamento 6/2002 ed, in particolare dal suo articolo 8, sono finalizzati a ricercare, da un lato, un equilibrio tra la protezione dell'innovazione e della creatività, e dall'altro, una tutela della concorrenza tra imprese comunitarie.

L'intento, dunque, è quello di impedire che caratteristiche esclusivamente tecniche di un prodotto possano divenire oggetto di monopolio e che l'innovazione tecnologica possa essere intralciata proprio per la protezione accordata dalla normativa comunitaria.

Il Regolamento (CE) n. 6/2002, all'articolo 3, dopo aver enunciato la definizione: - di 'disegno o modello' come aspetto di un prodotto o di una sua parte e - di 'prodotto' come

oggetto industriale ed artigianale, comprese le sue componenti, ne individua i requisiti di protezione.

L'articolo 4, paragrafo 1, del citato Regolamento precisa, infatti, che un disegno o modello comunitario può essere oggetto di tutela solo se è nuovo e possiede un carattere individuale.

L'elemento della novità, ai sensi dell'articolo 5 del Regolamento, viene integrato tutte le volte in cui nessun disegno o modello identico sia stato divulgato al pubblico, mentre il carattere individuale si realizza se l'impressione generale che il modello suscita nell'utilizzatore informato differisce in modo significativo da quella di qualsiasi disegno o modello che sia stato reso noto al pubblico.

In *Karen Millen Fashions Ldt c. Dunnes Stores* la Corte ha chiarito, inoltre, che la diversità delle impressioni generali prodotta sull'utilizzatore informato deve essere valutata sulla base di uno o più modelli anteriori, considerati nella loro individualità e non in combinazione tra loro.

L'articolo 8, paragrafo 1, oggetto, nella presente pronuncia, del rinvio pregiudiziale sollevato alla Corte di giustizia dell'Unione europea esclude, tuttavia, qualsiasi tipo di protezione ad un disegno o modello che differisca da un altro esclusivamente per la sua funzione tecnica.

In dottrina, in merito all'interpretazione dell'articolo 8, paragrafo 1, si erano formati due distinti orientamenti.

Il primo, detto della "molteplicità delle forme" e prevalente in Germania, Belgio e Francia, riteneva che la deroga prevista dall'articolo 8 del citato Regolamento avrebbe dovuto trovare applicazione unicamente nel caso in cui nessun disegno alternativo avesse consentito di realizzare la stessa funzione tecnica del disegno o modello contestato. La presenza di tali alternative, infatti, sarebbe stata indice del fatto che la scelta della forma non era stata imposta unicamente dalla sua funzione tecnica.

Pertanto, così interpretato, l'articolo 8, paragrafo 1, troverebbe applicazione esclusivamente nelle ipotesi in cui il disegno costituisca l'unica possibilità di garantire il conseguimento del risultato tecnico ricercato.

La seconda tesi, ovvero quella della 'causalità', affermava, invece, che l'esclusione prevista dall'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento n. 6/2002 avrebbe potuto trovare applicazione nei casi in cui le caratteristiche del disegno fossero state dettate unicamente dall'esigenza di realizzare una soluzione tecnica, senza il rilievo di considerazioni di tipo estetico.

Una siffatta interpretazione dell'articolo 8, paragrafo 1, renderebbe quest'ultimo applicabile tutte le volte in cui in cui l'esigenza di realizzare una determinata funzione tecnica sia l'unica circostanza alla base del disegno, a prescindere dalla sua fisionomia, dalla sua qualità estetica e dall'eventuale esistenza di disegni alternativi.

Nel caso di specie, la controversia che ha originato la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea è la seguente.

Doceram, al pari della CeramTEC, è una società che produce perni di centraggio per la saldatura in tre diverse geometrie, ciascuna declinata in sei tipi.

In ragione di ciò, DOCERAM ha adito il Tribunale del Land di Dusserdolf al fine di ottenere un'inibitoria nei confronti della CeramTec, la quale, a sua volta, ha proposto domanda riconvenzionale con cui ha chiesto la dichiarazione di nullità dei disegni e dei modelli registrati da controparte, stante che le caratteristiche di questi ultimi differivano unicamente per ragioni tecniche, così come previsto dall'articolo 8 del Regolamento.

Il Tribunale del Land di Dusseldorf ha respinto la domanda di DOCERAM ed ha dichiarato la nullità dei modelli e dei disegni per i quali si invocava protezione, affermando che per gli stessi non era prevista tutela dal momento che rientravano nell'ipotesi descritta dall'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento.

DOCERAM ha impugnato la sentenza al Tribunale superiore del Land che, dopo aver preso atto del fatto che, da un lato, i modelli e disegni oggetto di controversia erano nuovi ed avevano un carattere individuale e che, dall'altro, esistevano modelli alternativi

di perni di centraggio non protetti dalla normativa comunitaria, ha sospeso il giudizio ed ha sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Le questioni oggetto del rinvio sono state due.

Con la prima, il Tribunale ha domandato alla Corte se potesse trovare applicazione l'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 6/2002 nell'ipotesi in cui la sola funzionalità tecnica e non l'estetica fosse stata l'unico fattore determinante per il disegno stesso e se, per l'esistenza della prima caratteristica, fosse rilevante la presenza di modelli o disegni alternativi.

Nell'ipotesi di risposta affermativa alla prima questione, con il secondo quesito, il Tribunale ha chiesto alla Corte se, nell' accertare che le uniche caratteristiche rilevanti erano quelle della funzionalità, si potesse ricorrere ad 'un osservatore obiettivo e quali caratteristiche dovesse avere quest'ultimo.

In merito alla prima questione pregiudiziale, ovvero cosa si intenda per caratteristiche dell'aspetto del prodotto che sono determinate unicamente dalla sua 'funzione tecnica', la Corte, preliminarmente, precisa che nessuna definizione è stata fornita dal Regolamento (CE) n. 6/2002, dalla Direttiva n. 98/71/CE nè è stato operato alcun rinvio al diritto degli Stati membri.

Ricorrendo ad un'interpretazione di tipo sistematico, la Corte rileva che l'articolo 8, paragrafo 1, rientra nella Sezione del Regolamento intitolata 'Requisiti per la protezione' e concerne il caso in cui la tutela non sia conferita ad un disegno o modello comunitario per l'aspetto e l'estetica laddove sia determinante la sola 'funzione tecnica' di quest'ultimo.

Al pari, un'interpretazione teleologica consente di affermare che, per accertare se la 'funzione tecnica' sia stata determinante per un prodotto, non si debba provare anche l'esistenza di prodotti o modelli alternativi.

Infatti, se la sola esistenza di disegni o modelli alternativi fosse sufficiente ad escludere l'applicazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, non si potrebbe evitare che un operatore economico facendo registrare, a titolo di modello o disegno comunitario, forme di un prodotto che incorporino caratteristiche del suo aspetto, determinate unicamente dalla sua funzione tecnica, ottenga una protezione analoga a quella del brevetto, senza, però, essere sottoposto alle condizioni per il rilascio di quest'ultimo.

Con riferimento alla seconda questione pregiudiziale con la quale il giudice nazionale chiedeva se, nell'accertare che le caratteristiche dell'aspetto di un prodotto erano determinate unicamente dalla funzione tecnica, si dovesse ricorrere ad un 'osservatore obiettivo, la Corte ha precisato quanto segue.

Considerato che nulla viene indicato in tal senso dal Regolamento, la Corte ha affermato che la valutazione dell'esclusività della funzione tecnica competa a ciascun giudice nazionale che si trovi a giudicare nel caso concreto, tenendo conto di tutte le circostanze oggettive e rilevanti per il caso specifico.

Questa pronuncia, unitamente alla disciplina dettata dal Regolamento 6/2002, si inserisce nell'approccio, cosiddetto mercantilista, che caratterizza la recente normativa comunitaria e che si fonda sulla convinzione che la maggior protezione del *design* non soltanto costituisca un incentivo per i progettisti ad eccellere ma abbia il chiaro intento di supportare i processi innovativi correlati alla produzione di nuovi prodotti.

In ultimo, si osserva come la disciplina dettata in materia di *design* consenta di regolare non solo la competitività tra le imprese a livello intracomunitario ma tuteli e valorizzi soprattutto l'innovatività comunitaria, e dunque anche italiana, nel mercato dei Paesi extracomunitari.

Violazione degli obblighi eurounitari in tema di riscossione dei prelievi supplementari sulla produzione di latte

di Simone Pitto

Title: Italy condemned for failure to comply with EU obligations concerning additional levy on milk

Keywords: Milk quotas; Art. 258 TFUE; Incompliance with EU obligations.

1. – La sentenza in commento ha ad oggetto la condanna comminata dalla Corte di Giustizia all'Italia in relazione all'inadempimento agli obblighi eurounitari in tema di riscossione e mancato versamento al Fondo Agricolo di Garanzia dei prelievi supplementari imposti ai produttori di latte e prodotti caseari in caso di superamento delle quote di produzione stabilite dal diritto dell'Unione.

La decisione della Corte origina da un ricorso per inadempimento proposto ai sensi dell'art. 258 del TFUE nell'agosto 2015 dalla Commissione europea, sebbene la vicenda alla base della censura abbia radici più profonde, riferendosi a diritti di prelievo maturati rispetto alla produzione di latte e prodotti caseari realizzata a partire dalle annate 1995-1996 e sino all'ultima campagna 2008-2009 nella quale l'Italia risulta aver riportato una produzione in eccesso rispetto alle quote produttive stabilite per ciascuno Stato membro.

Oltre alle considerazioni strettamente legate al merito della vicenda, la decisione offre interessanti spunti di riflessione rispetto al sistema di articolazione delle relazioni tra Stati membri e Unione in uno dei mercati più strategici della politica agricola europea come quello della produzione di latte e latticini, rispetto al quale si sono verificate ripetute vischiosità e talvolta a vere e proprie tensioni nei rapporti tra gli Stati membri e l'Unione europea.

2. – Prima di esaminare nello specifico gli elementi del *decisum*, occorre ricostruire brevemente il quadro normativo rilevante in tema di imposizione del prelievo supplementare per superamento delle quote di produzione di latte e prodotti caseari, la cui disciplina è stata oggetto di numerosi interventi da parte del diritto eurounitario.

Come noto, già con il regolamento n. 1079/77 si scelse di stabilire a livello europeo una soglia limite per la produzione di latte e latticini da suddividere tra gli Stati membri, al fine di limitare la produzione di latte e ridurre il problema dell'eccedenza della materia prima che aveva prodotto, sin dagli anni Settanta, significativi squilibri sul mercato. A fronte dei significativi sviluppi tecnologici nel settore della produzione di latte, il conseguente aumento di produzione non era adeguatamente assorbito dal mercato del latte europeo, con il conseguente maturare di eccedenze produttive.

In tale prospettiva, il regolamento n. 1079/77 introdusse anche il c.d. prelievo di corresponsabilità, in vigore a partire dal primo aprile 1984, imposto ai produttori di

ciascuno Stato membro in caso di superamento della quota assegnata, il cui ammontare era compreso tra l'1% e ed il 4% del prezzo del latte. Tale misura mirava, dunque, a responsabilizzare i produttori di latte ed orientarli al rispetto delle quote prefissate.

Già a partire dal primo periodo di funzionamento, il prelievo doveva essere versato dai produttori e dagli acquirenti di latte alle autorità nazionali indicate da ciascuno Stato membro, le quali avrebbero quindi provveduto al trasferimento all'allora Comunità europea.

Il sistema così delineato subì alcune successive modifiche prima con il regolamento n. 1109/88 prima e, successivamente con il regolamento n. 3950/92, motivate – come emerge dal secondo considerando del regolamento n. 3950/92 – dalla necessità di chiarire alcuni aspetti dubbi del funzionamento del prelievo e garantire al contempo una maggior certezza giuridica per produttori e interessati.

Ulteriori modifiche al sistema, specie in tema di misure di controllo e sanzioni in caso di mancata riscossione, vennero ancora inserite dai regolamenti nn. 1256/1999 e 1788/2003. L'art. 3, paragrafo 1, del regolamento 1788/2003, in particolare, introdusse l'obbligo degli Stati membri di trasferire il prelievo riscosso alla Comunità: «Gli Stati membri sono debitori verso la comunità del prelievo risultante dal superamento del quantitativo di riferimento nazionale». Il versamento del predetto prelievo, inoltre, doveva essere effettuato al Fondo Europeo Agricolo di Garanzia (FEAOG).

Il quadro normativo europeo è stato ulteriormente ampliato prima dal regolamento n. 1234/2007 ed in seguito dal regolamento 1034/2008, il quale introduce la possibilità di una compensazione (*recte* deduzione) tra i debiti maturati dai produttori per il superamento delle quote ed i «futuri pagamenti effettuati dall'organismo pagatore» (art. 1 del regolamento che introduce un nuovo art. 5 ter al regolamento 885/2006).

Il sistema del prelievo supplementari è stato infine del tutto abolito dall'art. 230 del regolamento n. 1308/2013 a decorrere dal 31 marzo 2015.

3. – A livello nazionale il sistema di riscossione dei contributi supplementari sulle eccedenze di produzione di latte e prodotti latticino-caseari è stato attuato con considerevole ritardo solo nel 1992 – come rilevato anche nelle conclusioni dell'Avv. Generale Eleanor Sharpston – e con diverse difficoltà.

Le prime misure legislative nazionali adottate, infatti, furono accompagnate da diversi errori nell'indicazione dei quantitativi di riferimento per il calcolo dei prelievi, in parte dovuti al fatto che i dati erano forniti e certificati direttamente dagli stessi produttori, in modo talvolta piuttosto impreciso.

La prima autorità nazionale incaricata della gestione del prelievo fu l'AIMA (Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo) alla quale era attribuito il compito di provvedere all'indicazione dei quantitativi di riferimento.

Successivamente le funzioni dell'AIMA vennero assunte, in virtù del d.l. n. 4/2003, dall'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA), ente di diritto pubblico istituito con decreto legislativo n. 165/99, a cui venne altresì attribuita la gestione delle riserve nazionali e la determinazione dei prelievi e degli importi da versare all'allora Comunità europea.

Nell'ambito del complesso e articolato contesto normativo italiano (che non viene neppure ricostruito né dalla Corte né dall'Avv. Generale a motivo della "estrema complessità" dello stesso, si legge nelle conclusioni), spiccano alcune censurate della Corte nella decisione *de qua*, caratterizzate da un certo *favor* per i produttori e dal fine di evitare l'insorgere di procedure giurisdizionali in una materia già ricca di contenzioso.

In particolare:

(a) l'articolo 3, commi 5 *duodecies* e 5 *terdecies*, della legge n. 231/2005 ha ad esempio introdotto un divieto di compensazione tra prelievi dovuti dai produttori e somme a questi spettanti e a carico degli stessi organismi pagatori, riconosciuti ai sensi del regolamento n. 1663/95;

(b) l'articolo 8 *quinquies* della legge n. 33/2009 ha introdotto diverse disposizioni al fine di consentire la rateizzazione del prelievo, previa richiesta dei produttori all'AGEA, con possibilità di rateizzazione fino a trenta anni. Giova rilevare che la norma prevedeval'espressa rinuncia dei produttori ad ogni azione giudiziaria pendente o futura per la concessione della rateizzazione;
(c) la legge n. 228/2012, nel mantenere il ruolo dell'AGEA come responsabile della riscossione dei prelievi insoluti, ha per la prima volta previsto la possibilità dell'assistenza delle società del Gruppo Equitalia nella riscossione;

Anche in virtù delle criticità normative sopra richiamate nonché, secondo alcuni, di una generale volontà politica poco incline ad adottare misure sfavorevoli per gli allevatori, l'attuazione del sistema dei prelievi sulle eccedenze di latte nel nostro Paese è sempre stata accompagnata da ritardi delle autorità preposte nella riscossione dei contributi dai produttori, con conseguenti ripetute censure e solleciti da parte delle istituzioni europee.

4. – Giova rilevare, sotto altro profilo, come, intorno al prelievo sulle eccedenze di latte e prodotti caseari si sia sviluppato un rilevante volume di contenzioso che ha contribuito, assieme alle predette ulteriori problematiche, a rendere più difficoltoso il prelievo dai produttori.

Uno dei principali punti di criticità, in particolare, era rappresentato dalla natura giuridica del prelievo e dalla sua eventuale natura sanzionatoria. Detto dubbio interpretativo è stato al centro di diversi giudizi culminati con il rinvio pregiudiziale da parte della Corte di Cassazione e del Tar Lazio alla Corte di Giustizia.

I giudici lussemburghesi, in diverse pronunce fra cui si ricordano la sentenza del 25 marzo 2004 *Cooperativa Lattepiù c. Aima* (procedimenti riuniti C-231/00, C-303/00 e C-451/00) e la sentenza *Azienda agricola Visentin c. Aima* (procedimento C-495/00), avevano affermato la natura non sanzionatoria del prelievo.

La Corte, in particolare, aveva escluso l'equiparabilità del prelievo alle penalità previste dagli artt. 3 e 4 del regolamento 536/93 CE, stante la *ratio* di regolazione dei mercati europei e la destinazione al finanziamento del settore lattiero (F. Vignoli, *Diritti di prelievo supplementare in materia di quote latte*, in *Gius. Civ.*, 12, 2006 p. 2752).

Il punto ha rappresentato un elemento di estrema rilevanza anche per i numerosi contenziosi promossi per impugnare i provvedimenti di richiesta di pagamento dei contributi. Una volta esclusa la natura sanzionatoria, infatti, detti procedimento non risultavano regolati dal rito speciale di cui alla l. n. 689/1981 ma ricadevano nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. anche la successiva conferma da parte delle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza del 29 novembre 2005, n. 25889).

Oltre al contenzioso sviluppatosi su impulso dei produttori, la vicenda della riscossione dei prelievi per l'eccesso di produzione di latte ha anche originato un contenzioso dinanzi alla Corte costituzionale relativo ai rapporti tra la normativa interna in materia e quella di diritto sovranazionale.

A seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia del 1987 (sentenza 17 giugno 1987 C-394/85) che aveva accertato l'inadempimento dell'Italia alla disciplina in tema di prelievi e del conseguente scorporo degli importi dovuti alla Comunità dai contributi comunitari del settore agricolo dovuti all'Italia, la Corte dei Conti avviò un procedimento per danno erariale nei confronti dell'allora Ministro dell'Agricoltura.

Il Parlamento intervenne a sua volta nella vicenda con l'approvazione della l. 10 luglio 1991, n. 201. In particolare l'art. 1, comma 3, della legge, stabiliva che «gli obblighi derivanti dalle disposizioni in materia di prelievo supplementare sul latte di vacca di cui al regolamento CEE n. 804/68 del 27 giugno 1968 e successive modificazioni e integrazioni, si applicano a partire dal periodo 1991-92 su tutto il territorio nazionale»,

così sostanzialmente differendo il momento iniziale di applicazione della normativa comunitaria in tema di prelievo addizionale sul latte vaccino.

La Corte dei Conti nello stesso giudizio promosso nei confronti del Ministro dell'Agricoltura, sollevò una questione di legittimità in via incidentale, dubitando della legittimità costituzionale della disposizione per violazione, fra l'altro, dell'art., primo comma, 10 Cost. laddove veniva meno agli obblighi comunitari e si risolveva in una misura che aveva l'effetto di rendere incensurabili le condotte del Ministro e degli altri soggetti nei cui confronti era stato promosso il giudizio, con conseguente eccesso di potere legislativo.

La Consulta, in tale occasione, dichiarò infondate le questioni proposte, pur non entrando nel merito del contrasto tra la norma nazionale ed il regolamento e limitandosi a riferire l'inconferenza del parametro costituzionale evocato, dovendosi all'epoca ricondurre l'ipotesi di conflitto tra norme di diritto interno e norme di diritto comunitario all'art. 11 Cost.

Anche sotto il profilo dell'eccesso di potere la Corte dichiarò la questione infondata, con il conseguente permanere in vigore di una disciplina interna in tema di prelievi lattieri con diversi profili d'incertezza circa la conformità col diritto comunitario.

Il contenzioso istituzionale in tema di quote latte e relativi prelievi proseguì anche negli anni successivi (cfr. sentenze C. cost. nn. 398/98; 174/98 e 324/2005). Spesso, peraltro, la Consulta fu chiamata a pronunciarsi su procedimenti promossi dalle regioni – in particolare a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione – volti a rivendicare maggiori competenze in materia di quote-latte e relativi prelievi.

In altre occasioni, invero, i giudizi vennero promossi dallo Stato in riferimento a normative regionali che introducevano vere e proprie discipline speciali di matrice regionale in tema di quote-latte e prelievi supplementari. È il caso dell'art. 17, commi 1 e 2, e dell'art. 20 della legge della Regione Valle d'Aosta, che istituiva un meccanismo di compensazione regionale dei prelievi sulle eccedenze produttive ed una riserva regionale di materia prima, i quali furono dichiarati incostituzionali dalla Consulta con sentenza n. 286/2005, per violazione degli obblighi relativi al diritto comunitario.

5. – La decisione in commento si colloca, dunque, in un quadro normativo e politico particolarmente complesso nel quale si è assistito, a più riprese, a tensioni politiche, economiche ed istituzionali tra vari livelli, che hanno senz'altro contribuito a rendere più difficoltosa l'attuazione degli obblighi di riscossione dei prelievi per eccesso di produzione lattiera.

Del resto, accanto alla richiamata pronuncia della Corte di giustizia del 1987, vi erano stati anche diversi ulteriori richiami della Commissione all'Italia a causa del massiccio volume di prelievi supplementari sulla produzione di latte in eccesso non riscossi.

Nella fase che ha preceduto l'instaurarsi del giudizio conclusosi con la pronuncia *de qua*, in particolare, vi erano state fra il 2008 ed il 2012 diversi scambi tra la Commissione e l'Italia, dapprima con la richiesta di informazioni inoltrata alle autorità italiane per verificare le modalità di riscossione, le procedure amministrative e le misure di gestione dell'ampio contenzioso nelle more insorto. Tali richieste d'informazioni, tuttavia, furono presto seguite da veri e propri ammonimenti della Commissione in relazione al notevole volume di importi insoluti maturato.

Nel 2013, a fronte dell'inerzia italiana, la Commissione inoltrava dunque formale lettera di messa in mora, a cui l'Italia rispondeva inviando rassicurazioni ritenute, tuttavia, insoddisfacenti, tanto che nel luglio 2014 veniva espresso un parere motivato che invitava all'adozione di tutte le misure necessarie a conformarsi agli obblighi di riscossione.

Ritenendo nuovamente insoddisfacenti le risposte dell'Italia a tale misura, la Commissione proponeva dunque ricorso per inadempimento ex art. 258 TFUE.

A sostegno del ricorso, in particolare, la Commissione esponeva il mancato rispetto da parte delle autorità italiane degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione nelle campagne dal 1995/1996 al 2008/2009, in relazione al regime del prelievo supplementare per la produzione di latte in eccesso rispetto alle quote nazionali a disposizione dell'Italia.

Nello specifico sarebbero state violate le disposizioni di cui agli artt.:

i. 1 e 2 del regolamento n. 3950/92:
ii. 4 del regolamento n. 1788/2003;
iii. 79, 80 e 83 del regolamento n. 1234/2007;
iv. 7 del regolamento n. 536/93;
v. 11, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1392/2001
vi. 15 e 17 del regolamento n. 595/2004.

L'inottemperanza alle predette disposizioni di diritto dell'Unione, ad avviso della Commissione, risulterebbe da molteplici e ripetute condotte delle autorità italiane ricondotte a quattro differenti profili: in primo luogo l'Italia avrebbe adottato la normativa dell'Unione in modo eccessivamente confuso, così ingenerando significativi ritardi nell'applicazione del regime dei prelievi nonché producendo un ampio contenzioso che avrebbe contribuito a rendere più arduo il recupero di quanto dovuto.

In secondo luogo, la Commissione lamenta il mancato utilizzo di procedure amministrative ed altri istituti giuridici quali la compensazione tra poste attive e passive con i produttori, che avrebbe potuto essere adottate al fine di incrementare il recupero del dovuto. Il regime compensatorio, in particolare sarebbe stato introdotto a livello nazionale solo tardivamente ed in modo incompleto, stante la sua applicabilità non generalizzata.

Il terzo profilo, di violazione del diritto eurounitario, riguarderebbe l'adozione di un pacchetto di misure approvate legislative approvate nel 2003 del tutto inadeguate, che avrebbero, di fatto, bloccato le procedure di recupero.

Da ultimo, a seguito di numerosi errori commessi nell'ambito delle attività di recupero dei prelievi supplementari e delle complesse modifiche normative nelle more intervenute, l'Italia avrebbe ammesso di trovarsi in una situazione di stallo nel recupero, con conseguente indebolimento, secondo la Commissione, dell'effettività della riscossione.

Per rispondere agli addebiti mossi dalla Commissione, la difesa italiana ha innanzitutto eccepito la violazione nel caso *de quo* del principio del *ne bis in idem*. L'Italia, ad avviso della difesa del governo, sarebbe infatti già stata oggetto di una procedura di rettifica finanziaria (procedimento finanziario contabile che comporta una riduzione definitiva dei fondi a favore dello Stato membro a seguito di riscontrate irregolarità di gestione) concernente le somme dovute per i prelievi supplementari sulla produzione di latte, svolta nei confronti nell'ambito della politica agricola comune. Tale procedura di rettifica, ad avviso della difesa del governo italiano, rappresenterebbe una misura di natura sanzionatoria comminata agli Stati membri inadempienti a seguito della mancata riscossione del prelievo, che incide necessariamente sul bilancio dello Stato membro che ometta di riscuotere il prelievo supplementare versato dai produttori. In tale prospettiva la proposizione di un ricorso ex art. 258 TFUE rappresenterebbe un'indebita duplicazione sanzionatoria contraria al principio del *ne bis in idem* e a quello di proporzionalità. Viene infine dedotta la natura di obbligazione di mezzi e non di risultato del versamento dei contributi e la mancata prova da parte della Commissione della violazione degli obblighi lamentati.

6. – La Corte di Giustizia richiama preliminarmente alcune considerazioni introduttive, facendo riferimento a propri procedimenti giurisprudenziali. Viene in particolare menzionato l'obbligo di diligenza ex art. 4, par. 3, TUE, dal quale si desume il dovere degli Stati membri di adottare «prontamente i provvedimenti destinati a rimediare alle irregolarità». L'avverbio "prontamente" assume importanza precipua nel caso *de quo*, laddove, dopo un eccessivo periodo di tempo, la riscossione delle somme dovute in virtù dei prelievi supplementari potrebbe divenire impossibile o comunque più onerosa, ad

esempio per la prescrizione dei crediti o il fallimento delle aziende produttive (Cfr. sentenze CGUE 11 ottobre 1990 - C-34/89, 21 gennaio 1999 - C-54/95 richiamate nella decisione).

In secondo luogo, la Corte premette un richiamo alle regole in materia di onere della prova nei giudizi ex art. 258 TFUE. In tali giudizi in particolare la Commissione ha l'onere di dimostrare l'inadempimento dello Stato membro fornendo alla Corte gli elementi fattuali e probatori necessari e, ove provi che i fatti addebitati si sono svolti nel territorio di tale Stato, ad esso spetterà l'onere di liberarsi dalla responsabilità per inadempimento fornendo gli elementi necessari a superare l'addebito.

In tale prospettiva la Corte determina, innanzitutto, l'avvenuto assolvimento degli oneri probatori incombenti sulla Commissione. Ed infatti – rileva la Corte – la Commissione ha fornito evidenza dei dati degli importi di contributi supplementari non riscossi da parte dell'Italia, confermati dai pareri della stessa Corte dei conti italiana. Dal mero accertamento della maturazione di tali ingenti importi non riscossi, peraltro, emergerebbe con evidenza come le autorità italiane abbiano omesso di adottare le misure necessarie per rispettare gli obblighi di diritto dell'Unione europea, pur riconosciuti come esistenti e validi dalla difesa italiana (cfr. punto 46 della sentenza).

Sotto tale profilo, in particolare, la Corte si premura di smentire l'assunto secondo cui l'obbligo di riscuotere i contributi avrebbe natura di obbligazione di mezzi e non di risultato. Tale argomento, infatti, viene considerato inconferente al *thema decidendum*, atteso che la difesa erariale avrebbe frainteso le conclusioni della Commissione. Essa, infatti, non lamentava una riscossione solo parziale degli importi dovuti dai produttori – come riteneva la difesa italiana – ma imputava l'inadempimento alla radicale mancata attuazione degli obblighi eurounitari di garantire che il prelievo supplementare fosse addebitato ai produttori.

Un altro argomento difensivo disatteso dalla Corte riguarda l'asserita imputabilità dell'inadempimento dell'Italia ai numerosi mutamenti del quadro normativo europeo. Sul punto, infatti, la Corte richiama la propria costante giurisprudenza relativa all'impossibilità degli Stati membri di addurre a motivo della mancata attuazione degli obblighi di matrice europea la presenza di disposizioni o prassi interne. Ciò *a fortiori* laddove, nel caso di specie, l'Italia avrebbe potuto adire la Corte per ottenere una verifica della legittimità delle misure dell'Unione, facoltà per contro mai esercitata.

Dopo aver delibato la questione dell'assolvimento degli oneri probatori da parte della Commissione, la Corte esamina quindi la possibile fondatezza dell'ulteriore principale eccezione sollevata dal governo italiano, relativa alla presunta violazione del principio del *ne bis in idem*.

La difesa erariale essenzialmente rilevava che, avendo già versato al fondo europeo FEAOG gli importi corrispondenti al prelievo per l'avvenuto superamento della quota nazionale di produzione di latte, il ricorso promosso dalla Commissione *ex* art. 258 TFUE avrebbe condotto ad una nuova sanzione per l'inadempimento degli stessi obblighi che avevano dato luogo alla procedura di rettifica finanziaria nell'ambito della politica agricola comune, la quale rappresenterebbe già di per sé una sanzione applicata agli Stati membri a fronte della mancata riscossione del prelievo supplementare.

Sotto tale profilo, la Corte ricostruisce preliminarmente il sistema degli obblighi previsti a carico degli Stati membri ex art. 5 del regolamento n. 1788/2003, specificati ulteriormente al considerando 38 del regolamento n. 1234/2007.

In particolare, ogni Stato membro ha da un lato l'obbligo di versare il prelievo supplementare complessivamente maturato per il superamento delle quote nazionali al FEAOG e, dall'altro lato, l'ulteriore obbligo di porre detto prelievo a carico dei produttori che in concreto hanno contribuito al superamento delle quote e dunque recuperarlo dagli stessi tramite procedure eventualmente coattive.

Conseguentemente, anche l'avvenuto adempimento al primo dei predetti obblighi con il versamento degli importi dovuti al FEAOG, non esclude comunque la responsabilità per inadempimento al secondo obbligo.

Sullo sfondo di tale conclusione, pare doversi riconoscere un riferimento alla *ratio* ultima del prelievo: come affermato sin dal celebre caso Cooperativa Lattepiù (sentenza CGUE 25 marzo 2004, cause C-231/00, C-303/00 e C-451/00), infatti, la finalità perseguita da tale misura consisteva nell'intimare ai produttori il rispetto dei quantitativi di produzione di latte assegnati loro e sanzionarli in caso di violazione.

Ove si ammettesse invece la correttezza dell'operato dell'Italia, sottolinea la Corte, si arriverebbe in sostanza ad un appannamento di tale *ratio*, ove l'importo dovuto alle istituzioni europee non sarebbe posto a carico dei soggetti che concretamente hanno contribuito alla sovrapproduzione, bensì rimarrebbe a carico dell'erario. Così facendo, inoltre, verrebbe evidentemente meno la funzione di deterrente di tale misura per i produttori, che non avrebbero motivo di limitare la produzione ai quantitativi stabiliti.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte rigetta anche l'argomento della possibile violazione del principio del *ne bis in idem* eccepita dal governo italiano.

Giova rilevare al riguardo come l'argomento dell'Italia fosse in realtà smentito anche dalla giurisprudenza amministrativa nazionale che, già nel 2003, affermava la natura non sanzionatoria del prelievo sopra indicato (cfr. Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2003).

A ben vedere la Corte di Giustizia, nella decisione in commento, omette di diffondere espressamente sulla natura sanzionatoria della procedura di rettifica finanziaria nell'ambito della politica agricola comune, sulla base della quale l'Italia invocava la presunta doppia procedura sanzionatoria.

Il punto, per contro, è stato ampiamente affrontato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston, presentate il 13 luglio 2017. Ad avviso dell'Avvocato Generale, in particolare, l'argomento dell'Italia andava disatteso ove, in primo luogo, non poteva attribuirsi natura sanzionatoria alla procedura di rettifica finanziaria.

A sostegno di tale conclusione vengono evocati diversi argomenti: la procedura di rettifica finanziaria, innanzitutto, persegue esigenze del tutto diverse da quelle proprie del ricorso per inadempimento, siccome mira a garantire il rispetto delle esigenze finanziarie e di bilancio dell'Unione europea, come affermato in diversi precedenti della Corte (cfr. le sentenze 11 gennaio 2001 - Grecia/Commissione - C-247/98 e 9 settembre 2004 - Grecia/Commissione - C-332/01, citate nelle conclusioni). Alla luce del perseguimento di tale finalità, inoltre, la Corte di Giustizia ha sempre escluso la natura sanzionatoria della procedura di rettifica finanziaria.

In secondo luogo, considera l'Avvocato Generale, aderire alla posizione italiana significherebbe attribuire alla riscossione del prelievo natura meramente facoltativa, in contrasto con il quadro normativo europeo e finanche con la ratio dell'istituto del prelievo stesso.

In conclusione, la Corte, dopo aver considerato assolti gli oneri probatori della Commissione e dopo aver respinto tutti gli argomenti difensivi evocati dalla difesa del governo italiano, ha affermato l'inadempimento dell'Italia agli obblighi su di essa incombenti ai sensi del diritto eurounitario, in tema di riscossione del prelievo supplementare per la produzione di latte in eccesso rispetto alle quote nazionali fissate, in relazione alle campagne dall'annata 1995/1996 e sino all'ultima campagna con produzione in eccesso (2008/2009).

Il dispositivo, peraltro, precisa come detto inadempimento risulti dall'aver l'Italia omesso di:

- addebitare il prelievo ai singoli produttori che avevano contribuito a ciascun superamento di produzione;
- assicurare il tempestivo pagamento degli importi dovuti, anche al fine di evitare che nelle more delle lunghe procedure di recupero potessero verificarsi eventi tali da rendere impossibile la riscossione, quali procedure concorsuali, maturazione di prescrizione dei diritti ecc.;
- assicurare che i contributi non tempestivamente pagati dai produttori fossero immediatamente iscritti a ruolo e riscossi coattivamente.

La decisione non contiene, invece, indicazioni precise quanto agli importi dovuti e non riscossi, invero oggetto di discussione tra la Commissione e le stesse autorità italiane. In particolare ad avviso della Commissioni il totale dei prelievi supplementari non riscossi ammonterebbe ad Euro 1.343 milioni, mentre l'Italia riporta una stima pari ad Euro 827,39 milioni.

7. – La sentenza in commento ha sollevato ed è destinata a sollevare in futuro un ampio dibattito politico ed istituzionale.

Sul piano politico, complice la vicinanza temporale alle elezioni del marzo 2018, la condanna dell'Italia è stata oggetto di discussione in relazione alle effettive responsabilità politiche per i ripetuti errori e ritardi nell'adeguare gli strumenti normativi interni alle prescrizioni del diritto europeo che hanno contribuito a provocare la condanna della Corte di Giustizia. Accanto ad alcune difficoltà strutturali e oggettive relative ad esempio all'ampio contenzioso sviluppatosi in oltre diciotto anni di applicazione del sistema delle quote-latte che ha evidentemente penalizzato l'effettività della riscossione, alcuni commentatori hanno evidenziato come alla base dell'inadeguatezza dell'impianto italiano vi fosse in realtà una certa volontà politica volta a supportare le ragioni degli allevatori, senza tuttavia ponderare adeguatamente le conseguenze sul piano sanzionatorio per la violazione del diritto eurounitario. Al netto di tali elementi, invero estranei all'analisi giuridica della decisione, giova rilevare come, un elemento piuttosto sottovalutato nella gestione normativa del sistema nazionale dei prelievi supplementari sia stato la tutela dei livelli di concorrenza del mercato nazionale di latte.

A ben vedere, infatti, omettendo di addebitare ai produttori che hanno superato le quote l'ammontare dei prelievi supplementari dovuti, il risultato ottenuto sul piano economico è stato evidentemente l'attribuzione di un vantaggio indebito ai predetti produttori irrispettosi della normativa, a danno degli altri produttori che hanno invece adeguato la produzione al rispetto delle quote attribuite.

Ed infatti i produttori che hanno contribuito all'eccedenza nella produzione, così contribuendo al maturare dei contributi supplementari, non hanno sopportato le conseguenze economiche di tale scelta, rimaste a carico dell'erario, con conseguente violazione della *ratio* del sistema europeo dei prelievi e responsabilità per inadempimento dell'Italia, che potrebbe essere esposta in futuro ad ulteriori misure e sanzioni.

Vendita di società "ready made" ed obblighi di verifica della clientela nella disciplina sulla prevenzione di riciclaggio e finanziamento del terrorismo: contrasto all'anonimato e valute virtuali

di Pietro Maria Sabella

Title: Selling of "Ready made" companies and customers due diligence provisions in the normative on prevention of money laundering and terrorism financing purposes: new instruments to fight anonymity through the use of virtual currencies

Keywords: "Ready made" company; Money laundering; Virtual currency.

1. – Con la decisione del 17 gennaio 2018, la Prima Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta, su rinvio pregiudiziale, ex art. 267 TFUE, promosso da parte della Corte Suprema amministrativa della Repubblica Ceca (Nejvyšší správní soud) sull'interpretazione di alcune disposizioni della Direttiva 2005/60/CE in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e finanziamento del terrorismo.

In particolare, la domanda veniva presentata nell'ambito di una controversia sorta fra la società *Corporate Companies s.r.o.* ed il Ministero delle Finanze (*Ministervsto financì CR*) riguardo all'osservanza, da parte dell'ente suddetto degli obblighi previsti dalla normativa nazionale posti in recepimento della Direttiva del 2005.

La pronuncia appare da subito di particolare interesse poiché chiarisce quali siano i soggetti privati, operanti all'interno dell'Unione Europea, ad essere destinatari delle misure di prevenzione volte ad ostacolare la commissione di fatti di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, poste dalla c.d. "Terza Direttiva anti-riciclaggio" del 2005 e a quali forme di controllo essi possano essere sottoposti dalle autorità nazionali a tutela dell'integrità del sistema finanziario europeo (sul tema, la CGUE è intervenuta con *sentenza del 10 marzo 2016, causa C- 235/14, Safe Interenvios, SA contro Liberbank, SA e a., sentenza del 25 aprile 2013, causa C-212/13, Jyske Bank Gibraltar Ltd contro Administración del Estado*).

Nel caso di specie, il giudice del rinvio domandava se l'art. 2, par. 1, punto 3, lett. c), da considerarsi in combinato disposto con l'art. 3, punto 7, lett. a) della Direttiva 2005/60/CE, trasposta nell'ordinamento ceco con la legge n. 253/2008, dovesse essere interpretato nel senso che, fra i soggetti destinatari della norma, potessero rientrare anche quelle persone giuridiche, la cui attività commerciale principale consista nella vendita di società appositamente costituite in assenza di alcuna preventiva richiesta di acquisto da parte di un cliente.

In poche parole, a differenza di quanto già statuito con la causa *C-212/13*, la questione di diritto concerneva l'ipotesi se il controllo sulla cessione di quote societarie ed

altri benefici economici dovesse essere svolto anche in assenza della preventiva identificazione del soggetto beneficiario.

Sul punto, infatti, la *Corporate Companies s.r.o.* riteneva di non rientrare nell'ambito applicativo delle norme sopra citate proprio in relazione al fatto che essa si limitava a costituire delle società c.d. *"ready-made"*, già iscritte nel registro delle imprese ma prive di un acquirente e dunque non ancora in grado di svolgere alcuna reale attività economica.

Già prima del rinvio pregiudiziale, con sentenza del 25 maggio 2016, il Městský soud v Praze (Corte regionale di Praga capitale) confermava che la *Corporate Companies* rientrasse nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera h), punto 1, della legge sulla prevenzione del riciclaggio di denaro.

Il giudice ceco sottolineava che la suddetta disposizione si applicasse a tutte le persone che, nell'ambito della loro attività professionale, costituissero persone giuridiche per i loro clienti, a prescindere dal fatto che ciò avvenisse su richiesta del cliente o che le persone giuridiche fossero costituite al fine di essere integrate in un portafoglio di offerte per futuri clienti potenziali.

Successivamente, la *Corporate Companies* proponeva ricorso innanzi alla Corte di Cassazione della Repubblica ceca avverso la summenzionata decisione, continuando ad affermare che l'attività da essa esercitata, consistente nella creazione di società per sé stessa e a proprie spese, non potesse far rientrare la stessa fra i soggetti obbligati ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. h), punto 1 della legge ceca sulla prevenzione del riciclaggio, in quanto tali operazioni non avvenivano né su richiesta di specifici clienti né a favore di prestanomi.

La Corte di Cassazione sospendeva così il giudizio rinviando, *ex* art. 267 TFUE, la questione alla CGUE.

Nel confrontare il caso specie e la legislazione ceca alla lettera ed alla *ratio* della Direttiva 2005/60/CE, la Corte europea precisava come, ai fini dell'applicazione dell'art. 3, punto 7, lett. a) della Direttiva 2005/60/CE, fosse del tutto irrilevante per l'applicazione della norma la circostanza che una società del genere, come la *Corporate Companies s.r.o.*, costituisse persone giuridiche con finalità di lucro in vista di una successiva cessione ad un cliente non ancora identificato.

E ciò sulla base del fatto che questa disposizione non operi alcun tipo di distinzione fra il caso in cui la cessione avvenga successivamente all'identificazione del cliente beneficiario o in precedenza. Del resto, come verrà successivamente osservato, in nessun modo la Terza Direttiva anti-riciclaggio lascia desumere che il legislatore europeo abbia optato per escludere dall'ambito di applicazione di detto articolo le persone giuridiche che svolgano un'attività commerciale come quella praticata dalla società ceca.

Per questo motivo, la Prima Sezione della Corte di Giustizia confermava che l'art. 2, par. 1, punto, 3, lett. c) da leggersi in combinato disposto con l'art. 3, punto 7, lett.a) della Direttiva 2005/60/CE, andasse interpretato nel senso che fra i soggetti destinatari dell'obbligo di verifica rientrano anche quei soggetti, come quello del caso di specie, la cui attività commerciale consiste nel vendere società da esso stesso costituite, senza alcuna previa richiesta da parte di propri potenziali clienti, al fine di essere successivamente vendute mediante la cessione delle quote che tale soggetto detenga nel capitale dell'ente.

2. – Per comprendere adesso le ragioni che hanno condotto la CGUE a tale statuizione, può essere utile esaminare la *ratio* della Direttiva 2005/60/CE, e in generale della normativa antiterrorismo e antiriciclaggio, peraltro, recentemente superata dalla c.d. "Quarta Direttiva Anti-riciclaggio", 849/2015/UE, del 20 maggio del 2015, che ha ancor più contribuito ad intensificare le misure specificatamente rivolte al contrasto dell'uso del sistema finanziario europeo ai fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo ed al quale l'ordinamento nazionale italiano si è recentemente conformato con il d.lgs. n. 90/2017 (cfr. A. Rossi, *Prevenzione del riciclaggio e finanziamento del terrorismo: finalità e novità normative*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2018, 25 e ss; R.M. Vadalà, *La provenienza illecita nel*

delitto di riciclaggio: possibili novità dalla IV direttiva autoriciclaggio?, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2017, 391 e ss; V. Aragona, *Il contrasto al finanziamento del terrorismo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1 giugno 2017;).

In primo luogo, occorre ricordare come il fenomeno del terrorismo internazionale rappresenti oggigiorno un elemento di forte e costante espansione del diritto penale contemporaneo (si veda V. Militello, *Terrorismo e sistema penale*, in *Riv. Trim. dir. pen. cont.*, 2016, 4 e ss.) che tende ad esprimersi secondo un approccio *multilivello* ed *integrato*, caratterizzato, appunto, dall'intervento costante della legislazione internazionale, europea e nazionale.

A partire dagli attacchi alle Torri Gemelle del 2001, come noto, si è assistito ad un affastellamento della normativa in materia di prevenzione e contrasto al terrorismo internazionale che ha fatto emergere contraddizioni ma che ha condotto anche a notevoli risultati.

Infatti, da un lato, si è acuito il rischio di un ritorno al diritto penale del nemico e dell'autore (F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico*, jus in bello *del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; M. Donini, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. Pen.*, 2006, 737 e ss; F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, 674 e ss;) anche a fronte dell'impiego di una tecnica di legislazione improntata su di un'eccessiva anticipazione della tutela per comportamenti prodromici alla realizzazione di fatti di reato: esempi specifici possono essere tratti dalla criminalizzazione delle condotte di "addestramento" e c.d. "auto-addestramento" con finalità di terrorismo, disciplinati nel codice penale italiano all'art. 270-*quinquies* c.p.

Peraltro, recentemente, la realizzazione di attività di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo mediante l'impiego di mezzi informatici (c.d. cybercrimes "in senso ampio", L. Picotti, *La nozione di criminalità informatica e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2011, 827 e ss) ha indotto, come per esempio accaduto in Italia, all'impiego di captatori informatici, quali il *Trojan horse*; si tratta infatti di strumenti impiegati quali mezzi di ricerca della prova che, ingerendosi profondamente nella vita privata degli indiziati, mettono in luce profili di potenziale contrasto fra le esigenze investigative e di repressione dei reati con la tutela della *privacy* e della riservatezza, salvaguardati sia a livello costituzionale che convenzionale (nella giurisprudenza CGUE, recentemente *sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-203/15, Tele 2 Sverige AB c. Post-och telestyrelsen*).

Ecco che, in un certo senso, oggi si assiste ad un'attività normativa che cerca di adeguarsi alla "perenne emergenza" causata dalla imprevedibilità del fenomeno terroristico e che si snoda fra eccessi di tutela e conflittualità con i diritti fondamentali.

Dall'altro lato, invece è necessario evidenziare come, sia con la Direttiva 2005/60/CE, che con altre più recenti, quali la summenzionata Direttiva 849/2015/UE o la Direttiva Antiterrorismo 2017/541/UE (si veda sul punto, S. Santini, *L'Unione Europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della Direttiva 2017/541*, in *Dir. Pen. cont.*, 2017, 13 e ss;), nonché con le Direttive 2017/1371/UE (c.d. Direttiva PIF, sul punto E. Basile, *Brevi note sulla nuova Direttiva PIF. Luci ed ombre del processo di integrazione europea in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 dicembre 2017;) in materia di contrasto alle frodi che ledono gli interessi finanziari UE e la Direttiva 2016/1148/UE (c.d. Direttiva NIS), sulla prevenzione del cybercrime condivisa dai Paesi UE, sia stato costruito un impianto legislativo composito e articolato, che agendo su piani diversi, appare, almeno sulla carta, in grado di prevenire condotte di finanziamento e di arricchimento illecito della criminalità organizzata e terroristica.

E tutto ciò nella consapevolezza da parte del legislatore europeo che i traffici illeciti avvengono su scala globale ed attraverso l'impiego dei mezzi informatici in internet e nel *dark web*.

Allo stesso modo, negli ultimi anni, è stato compreso – e la Direttiva 2005/60/CE ne è un chiaro esempio, come il finanziamento del terrorismo sia un fenomeno criminoso interdipendente dalla realizzazione di altri gravi reati, quali il riciclaggio, l'auto-riciclaggio ed i reati tributari.

Vi è una florida letteratura che evidenzia la continuità tra criminalità economica e criminalità organizzata, tanto che è possibile affermare come esse cooperino per l'ottenimento di una pluralità di fini condivisi, il cui raggiungimento è consentito attraverso un'organizzazione ed una razionalizzazione delle risorse economiche ed umane congiunto (si veda U. Savona, *Economia e criminalità*, in *Scienze soc.*,Vol IX, Roma, 2001, 97). Si registrano, peraltro, casi di vera e propria sovrapposizione fra le attività delle organizzazioni criminali con finalità di terrorismo e il crimine economico tanto da potere parlare di consorterie criminali transnazionali che riescono a fornire servizi economici su scala globale ed in modo anche apparentemente lecito.

Per queste ragioni le preoccupazioni per la tutela del sistema finanziario europeo si sono acuite al punto da indurre le istituzioni europee a predisporre strumenti normativi complessi finalizzati anche a salvaguardare la concorrenza e la trasparenza nel mercato, anche attraverso l'armonizzazione delle tecniche di prevenzione e repressione delle condotte di riciclaggio.

Del resto, la libera circolazione di merci, capitali, servizi e persone all'interno del mercato libero non può che essere garantita se non attraverso un efficace monitoraggio della circolazione delle finanze e delle transazioni economiche.

Ecco perché prima la Direttiva 2005/60/CE e successivamente la nuova Direttiva 849/2015/UE hanno obbligato gli stati membri ad intervenire per evitare che «i flussi di denaro illegali possano danneggiare l'integrità, la stabilità e la reputazione del settore finanziario e minacciare il mercato interno dell'Unione e lo sviluppo internazionale» (Considerando 1).

Ciò al fine di evitare di mettere in grave pericolo la «solidità, l'integrità e la stabilità degli istituti finanziari e di credito, nonché la fiducia nel sistema» (Considerando 2).

Dalla prospettiva del penalista va però fin da ora evidenziato come i concetti di "solidità", "integrità", "corretto funzionamento", "reputazione" e "stabilità del sistema sistema finanziario", non possano, *prima facie*, essere identificati quali veri e propri beni giuridici costituzionalmente rilevanti, idonei a ricevere una protezione penale, ma più che altro quali "meri" obiettivi di politica economica protetti dalla sanzione punitiva.

In un certo qual modo, dunque, si è assistito così ad una evoluzione del modello tradizionale del diritto penale e, in generale, sanzionatorio che, al fine di garantire la tutela di una pluralità di interessi giuridici di dimensione collettiva e transnazionale, - rispetto ai quali il diritto penale tradizionale appare inefficace -, si sviluppa in modo frammentario e segmentato fra codici, leggi speciali e normative europee che necessitano così del costante intervento delle Corti nazionali ed europee per assicurarne una dimensione unitaria su tutto il territorio dell'UE nonché il rispetto dei principi costituzionali e convenzionali dei Paesi membri.

3. – In questo contesto, la Direttiva 2005/60/CE rappresentava già, al momento della sua adozione, il frutto di un approccio moderno al contrasto all'approvvigionamento di risorse economiche e finanziarie da parte del terrorismo internazionale ed al compimento di attività di riciclaggio (in questo senso, A. Balsamo, *La destinazione delle somme di denaro fa scattare il finanziamento del terrore*, in *Guida al diritto – Diritto Comunitario ed internazionale*, 2006, 37) per tre ragioni fondamentali.

La prima è che con questa direttiva il legislatore europeo ha disciplinato il finanziamento al terrorismo ed il riciclaggio di proventi illeciti in modo del tutto autonomo e non quale appendice del più ampio fenomeno del reato associativo con finalità di terrorismo, fondato su ragioni para-ideologiche e che si manifesta tendenzialmente mediante la realizzazione di attacchi e atti di violenza su vasta scala (cfr. M. Levi,

Combating the financing of Terrorim. A history and Assesent of the control of "threat finance", in *The British journal of Criminology*, 2010, 650 e ss;).

La seconda attiene al fatto che non è più contemplato quale presupposto del finanziamento l'elemento soggettivo della volontà di finanziare le associazioni criminali per la realizzazione di specifici atti di terrorismo, contenuto invece nella Convenzione di New York del 1999; nel quadro legislativo europeo, infatti, la condotta di finanziamento si configura anche indipendentemente dalla partecipazione psicologica dell'autore del reato alla realizzazione successiva di attacchi. Fin dai primi interventi legislativi in materia (decisione del Consiglio n. 931/2001 e decisione del Consiglio n. 475/2002), la disciplina del finanziamento del terrorismo ha potuto così avere una propria autonomia ed identità giuridica (diversamente, come visto, da quanto accaduto in un primo momento nelle Convenzioni internazionali, sul punto, W. Allen, *The war against terrorism financing*, in *Journal of money laundering control*, 2003, 306 e ss;).

La terza è conseguenza del fatto che la Direttiva comunitaria, recependo le indicazioni del GAFI (sul punto, C. Di Gregorio – G. Mainolfi, *Le transazioni finanziarie sospette: controlli e adempimenti*, Roma, 2004;), che aveva evidenziato le forti interconnessioni tra riciclaggio di denaro e altre risorse economiche e foraggiamento delle imprese terroristiche, si caratterizza per avere quale punto qualificante il controllo preventivo e capillare dei traffici e degli scambi commerciali e finanziari attraverso un'adeguata verifica da parte di enti, persone giuridiche e professionisti nei confronti della propria clientela.

Infatti, i soggetti indicati dall'art. 2 della Direttiva del 2005, come qualificati dall'art. 3, sono chiamati ad identificare la propria clientela trascrivendo ed archiviando tutta una serie di informazioni specifiche, come esito di un'adeguata verifica, tutte le volte in cui:

– instaurano rapporti di affari;

– eseguono transazioni occasionali il cui importo sia pari o superiore a 15.000,00 Euro, indipendentemente dal fatto che siano effettuate con un'operazione unica o con diverse operazioni che appaiono collegate;

– vi sia un sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo e indipendentemente da qualsiasi deroga, esenzione o soglia applicabile; (si precisa come la giurisprudenza della CGUE, *sentenza 10 marzo 2016, causa C-235/14, Safe Interenvios SA c. Liberbank Sa e a.* abbia affermato che la Direttiva 2005/60/CE non osta a che la normativa dei Paesi membri possa prevedere strumenti di controllo più pregnanti attivabili anche quando il sospetto di riciclaggio non sia ancora sorto);

– vi siano dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti ai fini dell'identificazione del cliente.

Gli obblighi di verifica vengono ulteriormente incrementati in presenza di situazioni che, per loro natura, potrebbero presentare un rischio più elevato di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Un caso esemplificativo si ha in tutte le ipotesi in cui il cliente non sia fisicamente presente per l'identificazione; in questa evenienza la direttiva impone ai soggetti obbligati misure specifiche per scongiurare la commissione di illeciti connessi ad un rischio più elevato attraverso l'applicazione di misure volte a:

– garantire l'accertamento dell'identità del cliente tramite documenti, dati o informazioni supplementari;

– adottare misure ulteriori per la verifica o la certificazione dei documenti forniti o richiedere una certificazione di conferma di un ente creditizio o finanziario soggetto alla presente direttiva;

– garantire che il primo pagamento relativo all'operazione sia effettuato tramite un conto intestato al cliente presso un ente creditizio.

La seconda ipotesi che richiede misure specifiche e più rigide riguarda i casi in cui le operazioni o i rapporti di affari vengano posti in essere con persone "politicamente esposte" (art. 13, par. 4, della direttiva del 2005; termine mutuato dalle raccomandazioni

del GAFI, cfr. T. Persio Porzia, *Il valore "condizionante" delle raccomandazioni del GAFI tra soft law e vocazione prescrittiva*, in *Cass. Pen.*, 2015, 2064 e ss;) residenti in un altro stato membro o in un paese terzo. In particolare, rispetto a questi individui, ai soggetti obbligati incombe l'obbligo di attivarsi per adottare ogni misura adeguata per stabilire l'origine del patrimonio e dei fondi impegnati nel rapporto d'affari o nell'operazione.

Tali previsioni normative evidenziano come il legislatore europeo abbia avvertito l'esigenza di identificare tutti coloro che vengano coinvolti in operazioni economiche e transazioni finanziarie realizzate dai soggetti destinatari della Direttiva, agli artt. 2 e 3, in loro favore ed indipendentemente dal tipologia dell'affare o dello scopo al quale esso sia diretto.

E ciò proprio in considerazione del fatto che la vera prevenzione possa essere efficacemente ottenuta solo tramite l'apposizione di strumenti normativi con una capacità deterrente tale da porsi quale barriera immediata per l'ingresso di proventi illeciti nel libero mercato europeo.

In questo, la precedente legislazione in materia, contenuta nella Direttiva 91/308/CE, abrogata nel 2005, risultava avere una scarsa applicazione in quanto si limitava a prevedere solo alcune indicazioni generali in merito alle procedure da applicare nell'identificazione dei soggetti beneficiari da parte di persone giuridiche e professionisti.

Invece, con la terza direttiva antiriciclaggio l'adeguata verifica, per il professionista e per la persona giuridica che operi nel mercato, consiste in un obbligo effettivo che non ha ad oggetto la semplice identificazione della clientela ma contempla un procedimento complesso volto a conoscere il titolare effettivo dell'operazione, ad ottenere informazioni e svolgere un controllo costante sul rapporto d'affari; attività che comprende anche la conoscenza dell'origine dei fondi e delle risorse economiche prima che esse vengano impiegate nell'operazione.

Tant'è vero che per l'art. 9 della Direttiva 2005/60/CE, la verifica deve avvenire prima dell'instaurazione del rapporto di affari, dell'esecuzione della transazione o, in via residuale, in ogni momento ritenuto opportuno.

Dunque, si pone già un vincolo di controllo in un momento antecedente allo svolgimento dell'operazione economica proprio al fine di tutelare, in via preventiva ed efficace, la solidità e l'integrità del sistema finanziario in tutte le fasi in cui esso possa essere messo a repentaglio (precedentemente ne conferma la finalità preventiva *sentenza 4 maggio 2017, causa C-17/16, Oussama El Dakkak c. Administration des douanes et des droits indirects*).

Per questa principale ragione, nel caso di specie, viene affermato come la costituzione di una cosiddetta società *"ready made"* rappresenti, di per sé, un'operazione idonea alla realizzazione tanto di attività di riciclaggio di proventi illeciti quanto del finanziamento del terrorismo. Ed infatti, la possibilità di acquistare un ente già iscritto presso il registro delle imprese e con il capitale interamente versato mediante la semplice sottoscrizione di un contratto di compravendita anche *online* è, in realtà, il metodo più rapido e proficuo per assicurarsi l'ingresso nel mercato con l'impiego di risorse illecite.

La società *"ready made"* è dunque un ente già perfettamente costituito, "pronto all'uso" da parte di qualunque soggetto voglia intraprendere un'attività commerciale in un dato mercato e per tale ragione esso può rappresentare uno strumento adeguato per dissimulare e trasferire risorse ottenute illegalmente o per finanziare indirettamente il terrorismo. Ecco che l'identificazione del cliente costituisce un passaggio necessario e fondamentale per prevenire tali attività, in quanto il controllo sulla creazione di una struttura aziendale siffatta risulta essere la prima vera barriera per dissuadere tutti coloro che intendano utilizzare un ente per ripulire denaro e altri proventi illeciti.

I rischi connessi al compimento di attività di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo non si presentano, pertanto, solo nel caso in cui una società venga costituita a monte per conto o a nome di un terzo, ma anche e forse soprattutto nel momento in cui essa, anche se costituita per *incertam personam*, venga poi ceduta ad un cliente successivamente acquisito mediante il trasferimento, a favore di quest'ultimo, delle quote

detenute nel capitale della società suddetta.

Senza considerare che la costituzione e la vendita di società *"ready made"* da parte di persone giuridiche collegate ed operanti in Paesi UE ed extra UE può occultare altresì, come anticipato, fenomeni di evasione fiscale e di frode IVA, fortemente lesive degli interessi finanziari dell'UE, nonché, come visto, di riciclaggio il cui provento illecito derivi proprio dal compimento illeciti tributari quali delitti presupposto (sul rapporto tra delitti tributari e riciclaggio, *ex multis*, R. Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e riciclaggio*, in *Riv. Dir. trib.*, 2013, 116 e ss; G. Izzo, *La frode fiscale quale possibile presupposto del riciclaggio*, in *Il fisco*, 1996, 5291 e ss;).

Del resto, l'acquisto di una società *"ready made"* può essere indicativo di un'anomalia nella vita commerciale di un ente; spesso, infatti, queste società precostituite vengono impiegate quali vere e proprie "cartiere" (sul tema *ex multis*, I. Caraccioli, *La responsabilità penale dei c.d. "buffers" (o "filtri") nelle frodi carosello in materia di Iva: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014; 3; G. Salcuni, *Il "giro dei diritti": fra frode fiscale, transfer pricing e tax saving*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2013, 523 e ss; F. Tesauro, *In tema di frode carosello e sanzioni*, in *Giur. It.*, 2013, 2166;) per chiari scopi di evasione fiscale nel breve termine o di riciclaggio di alcuni capitali, destinate successivamente alla chiusura al momento di adempiere agli obblighi dichiarativi e fiscali.

Queste aziende fittizie, in secondo luogo, vengono soventemente impiegate per abbattere i costi dell'ente acquirente mediante la produzione di documentazione falsa dichiarata in fatture emesse per prestazioni inesistenti con la conseguenza di produrre un ragguardevole profitto a seguito dell'omesso versamento dell'IVA.

Non v'è dubbio quindi che la mancata collocazione fra i soggetti destinatari degli obblighi di verifica della clientela derivanti dalla Direttiva del 2005 degli operatori che forniscono società *"ready made"*, idonee a riciclare prontamente denaro sporco, frodare l'IVA o finanziare la criminalità transnazionale, avrebbe rappresentato un chiaro *vulnus* allo spirito e allo scopo della suddetta disciplina europea.

Pertanto, le argomentazioni della CGUE, al di là delle tecniche interpretative sviluppate, possono dirsi condivisibili. Escludere dall'alveo applicativo dell'art. 3, punto 7, lett. a) della direttiva 2005/60/CE, i soggetti che offrono servizi commerciali di vendita di società *"ready made"*, significherebbe favorire l'anonimato degli acquirenti delle società precostituite nonché l'elusione della prima barriera posta dal legislatore europeo per impedire l'uso di enti commerciali per fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. In altri termini, afferma la CGUE «un'interpretazione siffatta dell'art. 3, punto 7, lett. a), della direttiva 2005/60 favorirebbe, in definitiva, ciò che la direttiva 2005/60 mira proprio ad evitare».

4. – Il problema della pericolosità dell'anonimato nelle transazioni finanziarie e commerciali risulta essere oggi ancora centrale tanto più in considerazione del fatto che, in molti casi, esse vengono realizzate mediante l'impiego delle criptovalute, oggetto di costanti riflessioni e dibattiti che si muovono fra esigenze di regolamentazione e spinte innovative.

Ecco che può essere ora utile analizzare tale problematica alla luce dei nuovi strumenti di prevenzione e contrasto al finanziamento del terrorismo ed al riciclaggio di proventi illeciti.

Come è noto, infatti, le transazioni che avvengono con l'uso delle monete digitali e, in particolare, attraverso i c.d. *bitcoins* (cfr. R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, 27 e ss; R. Razzante, *"Bitcoin" e monete digitali. Problematiche giuridiche*, in *Gnosis*, 2014, 106 e ss; N. Passerelli, *Bitcoin e antiriciclaggio*, in www.sicurezzanazionale.gov.it, 15 novembre 2016; N. Vardi, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica del "Bitcoin"*, in *Rivista dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 443 e ss;) garantiscono una scarsa tracciabilità da parte

dell'amministrazione finanziaria e della polizia giudiziaria, divenendo così il nuovo strumento principe nel compimento di attività di riciclaggio e di finanziamento illecito del terrorismo e della criminalità organizzata, oltre che di evasione fiscale.

Lo stesso *bitcoin*, definito quale nuovo "contante digitale" (N. Passerelli, *Bitcoin e antiriciclaggio*, cit., 2;) è contemporaneamente un sistema di pagamento ed una moneta (così si è espressa anche la CGUE, *sentenza del 22 ottobre 2015, causa C-264/14, Skattervertek c. David Hedqvist*). Essendo una rappresentazione digitale di valore (vedi Art. 1, Direttiva 849/2015/UE), gestita elettronicamente, e indipendentemente da intermediari finanziari, banche o altri istituti di credito, può dar facilmente luogo a operazioni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo in quanto appare, per sua natura, idonea a dissimulare il reale oggetto del trasferimento realizzato nel web, luogo virtuale in cui, come anticipato, i controlli da parte degli istituti e degli enti deputati al monitoraggio delle transazioni sono ancora più difficili ed incerti.

Se poi consideriamo quanto può avvenire all'interno del *deep web*, ed in particolare nel *dark web*, ovvero in quella parte dell'internet nascosta, poco conosciuta o normalmente non frequentata, poiché decisamente inaccessibile, i sistemi di prevenzione si mostrano ancora più fragili.

Esso è del resto un luogo in cui gli *hackers* provenienti da tutto il mondo comunicano attraverso il sistema *peer to peer*, per cui risulta particolarmente complicato tracciare le transazioni finanziarie e prevenire, in generale, la commissione di illeciti.

In pratica, il nuovo sistema virtual-finanziario fondato sul *bitcoin* pone chiare difficoltà per il legislatore nazionale ed europeo così chiamato a disciplinare i rischi che derivano dall'anonimato, o meglio dallo "pseudo-anonimato" delle transazioni; infatti, ogni soggetto titolare di un account *bitcoin* è garantito sulla totale riservatezza della propria identità e dell'oggetto delle transazioni compiute (S. Nakamoto, *Bitcoin, a peer-to peer electronic cash system*,in www.bitcoin.org, 2008). Recentemente, peraltro, da uno dei più recenti rapporti del GAFI (Rapporto GAFI, *Virtual currcencies Key definitions and potential AML/CFT risks*, in www.faft-gafi.org, 2014) sono emersi alcuni fra gli espedienti illeciti impiegati per occultare l'origine della transazione, quali il collegamento della transazione ad un indirizzo diverso dal reale attraverso il meccanismo del *tumbler*, o l'utilizzo del browser *T.O.R.* che consente, fra l'altro, l'accesso al *deep web* (si veda N. Passarelli, *Bitcoin e antiriciclaggio*, cit., 14; S. Capaccioli, *Riciclaggio, antiriciclaggio e bitcoin*, in *Il Fisco*, 2014, 4562 e ss;).

Sebbene ogni transazione che avvenga mediante l'uso delle criptovalute sia registrata in un *distributed ledger*, ovvero in un libro contabile digitale, di pubblico dominio, accessibile da chiunque per risalire ai soggetti titolari degli account mediante l'impiego delle nuove tecnologie di criptazione e decriptazione di *blockchain*, va evidenziato come l'algoritmo matematico con il quale coincide la catena delle transazioni, non solo è alquanto ardua da decifrare, ma soprattutto non garantisce la riconducibilità delle operazioni ad una ben definita persona fisica o giuridica (cfr. L. La Rocca, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 201 e ss; S. Capaccioli, *Riciclaggio, antiriciclaggio e bitcoin*, in *Il Fisco*, 2014, 4562) .

Inoltre, esistono alcuni soggetti che svolgono un'attività di intermediazione tra il mondo reale della moneta ad uso corrente e quello virtuale delle criptovalute. In particolare, vi sono ruoli, come quello del *virtual currency exchanger*, che effettua operazioni di scambio delle valute virtuali in valute con corso legale o il c.d. *wallet provider* (cfr. G.P. Accinni, *Profili di rilevanza penale delle criptovalute nella riforma della disciplina antiriciclaggio 2017*, in *Arch. Pen.*, 2018, 27 e ss;), il quale fornisce all'utente un portafoglio elettronico per conservare e trasferire la moneta virtuale, che proprio in ragione dell'attività praticata possono concorrere nel delitto di riciclaggio con l'autore del reato-presupposto e contribuire considerevolmente a minacciare l'integrità del sistema finanziario dell'UE che le Direttive 2005/60/CE e 2015/849/UE tendono a preservare.

Sebbene il contributo di questi soggetti appaia eventuale, in quanto il *bitcoin*,

profitto illecito del reato presupposto, non deve necessariamente essere re-immesso nel circuito economico reale, ben potendo continuare a circolare nel mondo virtuale o essere scambiato con ulteriori criptovalute che non necessitano poi del contributo degli *exchangers* per essere introdotti nel circuito legale (sulle operazioni di cambio fra *bitcoin* e moneta reale, nella giurisprudenza CGUE si veda *sentenza 22 ottobre 2015, causa C- 264/14, Skattevertek c. Davide Hedqvist*), è innegabile come questi soggetti possano diventare i veri e propri responsabili dell'efficacia della normativa antiriciclaggio, poiché essi risultano essere gli unici in grado di accertare l'identità dell'utente che utilizza il *bitcoin* prima che questo compia ulteriori operazioni o attivi un account diverso.

Nulla dunque esclude che, per esempio, società *"ready made"* possano essere acquisite anche con criptovaluta o con proventi derivanti dal riciclaggio *online* della moneta digitale.

Ecco perché gli obblighi di verifica sulla provenienza dei fondi e sull'identità degli acquirenti devono essere capillari e coinvolgere non solo le nuove figure degli *exchangers* e dei *wallet providers*, ma ogni soggetto operante nel mercato in grado di immettere nel mercato nuove risorse economiche.

5. – Sul punto, quindi, può essere utile evidenziare quali siano gli ultimi provvedimenti normativi adottati a livello europeo per integrare e migliorare il sistema di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, mediante l'imposizione di obblighi di verifica in capo ad imprese e professionisti operanti all'interno dell'UE.

In particolare, già nel 2012, il GAFI, con le raccomandazioni 24 e 25 aveva inquadrato le proprie riflessioni sugli abusi del diritto (*ex multis*, F. Gallo, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. Trib.*, 1315 e ss;) compiuti con l'utilizzo di società fittizie o "schermo", fra le quali possono sicuramente rientrare, per alcuni profili, anche le società *"ready made"*, il cui acquisto, celato dall'anonimato dell'identità del cliente e dei fondi, può integrare, come anticipato, gravi ipotesi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, nonché di frodi IVA ed evasione fiscale.

In questo contesto, solo la trasparenza degli assetti societari e la conoscenza degli effettivi titolari degli enti costituiti e ceduti possono assicurare un adeguato meccanismo per inibire l'occultamento di risorse economiche (O. Salvini, *Il contrasto all'abuso del sistema finanziario per scopi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo: la IV Direttiva (EU) 2015/849, tra coordinamento e cooperazione*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2016, 147 e ss; R. Razzante, *La quarta direttiva contro il riciclaggio: spunti per una nuova regolamentazione italiana del fenomeno*, in www.magistraturaindipendente.it, 2015;).

Decisivo, dunque, risulta ancora una volta essere il ruolo degli intermediari, persone fisiche e giuridiche, nell'adempimento degli obblighi di verifica della clientela anche per le prestazioni rese *online*.

Tuttavia, sebbene la formulazione originaria della Direttiva 2015/849/UE, che raccoglie alcune indicazioni del GAFI, abbia rafforzato il sistema di prevenzione degli illeciti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione Europea, prevedendo fra i reati gravi la cui perpetrazione configura "attività criminosa" anche i reati fiscali relativi a imposte dirette e indirette, puniti con una certa pena, (la direttiva invita gli stati membri ad armonizzare la nozione di reato fiscale a livello europeo tramite un costante scambio di informazioni da parte delle *Financial Information Units)*, non ha però previsto particolari modifiche in relazione ai soggetti destinatari della stessa.

Anzi, per un certo verso, ne è stato delimitato l'ambito di applicazione, conferendo agli stati membri la facoltà di escludere i soggetti che esercitino in modo occasionale o, su scala molto limitata, attività finanziarie con rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo molto basso (art. 2, par. 3), purché tali attività siano limitate in termini assoluti e a livello di singola operazione ed abbiano il carattere dell' accessorietà e siano direttamente collegate all'attività principale, essendo prestate solamente a favore dei clienti della stessa.

Un passo in avanti è stato però compiuto con riferimento alle modalità con cui

effettuare le verifiche che sono fondate su criteri più stringenti circa l'identificazione del cliente e la provenienza dei fondi e la con l'adozione, all'interno di ogni stato membro, di un registro centrale esterno alle società all'interno del quale trasferire i dati raccolti (artt. 30 e 31 della Direttiva 2015/849/UE).

Il pregio della Direttiva del 2015, in poche parole, è l'aver messo in luce la necessità che le misure di prevenzione, fra le quali rientrano gli obblighi di verifica della clientela, svelino il mascheramento di fondi provenienti da forme gravi di criminalità e dalla raccolta di beni o di denaro a scopo di finanziamento del terrorismo mediante un approccio che sia fondato sul riconoscimento e l'identificazione del "rischio"; agli operatori del mercato viene chiesto di porre in essere processi di verifica basati sull'evidenza fattuale, al fine di individuare in modo più efficace i rischi di riciclaggio di finanziamento del terrorismo.

Le modifiche più rilevanti rispetto alla categoria di soggetti destinatari dell'obbligo di verifica della clientela e di riduzione dei rischi derivanti dall'impiego delle *virtual coins* e dalle operazioni compiute nel totale anonimato sono giunte soltanto negli anni successivi ed, in particolare, nel 2016 (L. Starola, *Contrasto al finanziamento del terrorismo, all'elusione fiscale internazionale e al riciclaggio*, in *Corr. Trib.*, 2016, 2630;) e, successivamente nell'aprile del 2018 con l'approvazione della proposta della Commissione da parte del Parlamento Europeo .

Infatti, con la precipua finalità di contrastare il finanziamento del terrorismo, in primo luogo, la Commissione Europea ha adottato, il 5 luglio 2016, una proposta di modifica della Direttiva 849/2015, nonché della Direttiva 2009/101/CE, in materia di coordinamento delle norme aventi ad oggetto la pubblicità delle società.

Essa ha previsto l'introduzione, entro il 1° gennaio 2017, di disposizioni volte a neutralizzare i rischi di finanziamento del terrorismo legate proprio all'impiego delle valute virtuali ed i rischi derivanti dagli strumenti di pagamento anonimi, nonché il rafforzamento dei poteri delle *Financial Intelligence Units (FIU)* e la promozione di una maggiore cooperazione fra le stesse. (A. Rossi, *Prevenzione del riciclaggio e finanziamento del terrorismo: finalità e novità normative*, cit. 28; in particolare sulle *FIU*, si veda il *Rapporto annuale di informazione finanziaria per l'Italia, n. 9, anno 2017*, con commento di A. Di Lernia, *Il rapporto dell'unità di informazione finanziaria per l'Italia per l'anno 2016*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2017;).

Sono previste, peraltro, anche disposizioni che mirano a promuovere una maggiore trasparenza fiscale ed una più efficace lotta all'evasione fiscale ed al riciclaggio, attraverso la totale accessibilità ai registri dei beneficiari effettivi e la pubblicizzazione di alcune informazioni in essi contenuti riferite sia a società che a *trusts*; l'interconnessione dei registri nazionali per agevolare la cooperazione tra gli stati membri; l'estensione delle informazioni a disposizione delle autorità degli stati membri che vigilano sulle attività di riciclaggio ed un controllo più stringente sulle operazioni compiute con soggetti residenti in Paesi extra UE.

Grazie alla proposta della Commissione Europea, tutti i prestatori di servizi che operano *online* e con le valute digitali, in particolare gli *exchangers*, i *money tranfers* e i *wallet providers*, saranno chiamati ad adempiere agli specifici vincoli di adeguata verifica della clientela in occasione dell'instaurazione di un rapporto o del conferimento dell'incarico, finanche in presenza di un'operazione occasionale. L'*escamotage* suggerito dalla Commissione consentirà di imporre l'obbligo nei confronti di qualunque tipologia di soggetto privato operante sul mercato, a prescindere dalla qualificazione data dall'art. 3 della Direttiva, almeno tutte le volte in cui la transazione e l'investimento sia fatto in criptovalute o con strumenti che generino un rischio di anonimato.

Infine, una misura particolarmente innovativa ha ad oggetto l'abbassamento della soglia richiesta per potere procedere all'identificazione del titolare effettivo di un ente. La proposta della Commissione Europa, infatti, vuole ridurla dal 25% al 10% in modo da potere far emergere il numero delle entità commerciali "non reali", che non svolgono alcuna attività, essendo esse normalmente entità di intermediazione, costituite con lo scopo di separare alcuni beni e redditi da quelli del titolare effettivo per fini di risparmio

fiscale. In questo modo, verrà garantito un controllo più approfondito anche rispetto alle società *"ready made"*, che, come già affermato, vengono frequentemente acquistate proprio per trasferire capitali da un ente all'altro solo per fini elusivi e non per l'esercizio di attività di impresa.

Complessivamente, dunque, lo scopo specifico dell'emendamento della Commissione Europea è quello di approntare sistemi di prevenzione in grado di affrontare il problema, ormai a tutti noto, della smaterializzazione del denaro e del reddito, alla base del quale fondamentalmente vi è l'interesse della persona fisica e giuridica di pianificare il proprio carico fiscale e di collocare le proprie risorse economiche in Paesi diversi da quello di residenza in modo elusivo o fraudolento.

Ecco che l'esatta e corretta identificazione della clientela diventa un presupposto fondamentale per ridurre i rischi. E dal momento che la maggior parte delle attività di intermediazione finanziaria e di investimento è posta in essere da persone giuridiche, il processo di armonizzazione europeo dovrebbe fondarsi anche su un riavvicinamento delle legislazioni in materia di responsabilità da reato degli enti (in particolare sulla responsabilità degli enti e terrorismo, si veda R. Sabia, *Delitti di terrorismo e responsabilità da reato degli enti tra legalità ed esigenze di effettività*, in *Riv. Trim. dir. pen. cont.*, 2017, 208 e ss;) in modo che non solo si possa agire adeguatamente sul piano della repressione dell'illecito ma che si possa soprattutto condividere una strategia di prevenzione rispetto all'ingresso nel mercato di risorse economiche illecite gestite dalle imprese stesse e provenienti, in particolare, da Paesi extra UE.

Dopo l'approvazione della proposta della Commissione Europea del 2016 da parte del Parlamento Europeo, avvenuta il 19 aprile 2018, il 14 maggio scorso, il Consiglio ha adottato una Direttiva che rafforza la prevenzione del riciclaggio di denaro sporco e di finanziamento del terrorismo (www.consilium.europa.eu).

In particolare, al fine di garantire «la maggiore trasparenza delle operazioni finanziarie, delle società e degli altri soggetti giuridici, nonché dei *trusts* e degli istituti giuridici aventi assetto o funzioni affini a quelli dei trusts, allo scopo di migliorare l'attuale quadro di prevenzione e di contrastare più efficacemente il finanziamento del terrorismo» (Considerando 2), ed al fine di combattere l'anonimato e di distinguere correttamente fra le valute virtuali e la moneta elettronica (Considerando 10) e di garantire così la trasparenza nel mercato e la fiducia degli investitori, fra le altre cose, i prestatori di servizio delle valute virtuali saranno equiparati alle banche e agli altri intermediari finanziari, venendo così chiamati ad applicare controlli di *due diligence* e di adeguata verifica della clientela per porre un freno al regime di anonimato associato alle transazioni economico-finanziarie realizzate *online*.

L'ambito di applicazione della direttiva è esteso a tutte le forme di servizi di consulenza fiscale, alle agenzie di locazione, ai commercianti d'arte, ai prestatori di servizi di portafogli elettronici e a quelli di cambio valuta virtuale.

In questo modo, sono ampliate le misure per l'identificazione delle società "cartiere" e "fantasma" e per tracciare i flussi finanziari diretti ad alimentare atti di terrorismo nel territorio europeo. Di fatto, si tratta della prima regolamentazione organica in tema di criptovalute.

6. – Così intervenendo, ancora una volta, le istituzioni europee stanno contribuendo allo sviluppo di un *diritto penale europeo* fondamentalmente imperniato sulla salvaguardia degli interessi finanziari comunitari mediante tecniche di tutela che agiscono più sul piano della prevenzione che della repressione e che tendono ad inibire l'approvvigionamento di risorse illecite da parte della criminalità organizzata transazionale, a volte, anche a scapito della tutela della privacy o della manifestazione di altre libertà fondamentali.

In questo contesto, dunque, non si dovrà attendere molto prima di potere analizzare nuovi arresti della giurisprudenza europea sui confini applicativi di un diritto europeo "della prevenzione da rischio di reato" che sembra trovare sempre di più le proprie radici

nell'art. 325 TFUE, concentrato sulla primaria tutela degli interessi finanziari.

Tuttavia, sarà proprio nel *metodo dialogico* (I. Rivera, *L'Europa dei giudici e dei diritti. Questioni di metodo dialogico*, in www.federalismi.it, 2014, 26 e ss;) di confronto attuato dalle Corti nazionali ed europee, ed in particolare, dalla Corte EDU, che sarà possibile influire sulla costruzione di un sistema disciplinare multilivello ed integrato in materia penale più avanzato, che possa rispondere all'esigenza di tutelare in via primaria non solo, appunto, gli interessi finanziari, ma anche altri interessi collettivi e del singolo, consacrati nella Carta di Nizza o nella Convenzione di Strasburgo sui diritti dell'uomo, fondamentali per un' Europa dal volto "umano e solidale".

Le tre tappe del "gioco dell'oca" del richiedente protezione internazionale: dalla determinazione dello Stato membro competente, alla decisione di trasferimento passando per la domanda di ripresa in carico

di Alessia Tranfo

Title: Three steps of "the game of goose" played by applicants for international protection: from the determination of the Member State responsible for examining an application for international protection to the transfer decision moving through the take back procedure

Keywords: Transfer decision; Take back procedure, Unlawful return.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (d'ora in avanti CGUE) fornisce indicazioni interpretative utili in merito ai meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per la domanda di protezione internazionale presentata in più di uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

La pronuncia affronta un caso complesso ed articolato definendo diverse questioni e sottoquestioni afferenti all'interpretazione di talune disposizioni cruciali del Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 (in seguito Regolamento di Dublino III o il Regolamento).

È opinione unanime che il meccanismo di Dublino III rappresenti il perno attorno al quale ruota il sistema europeo comune di asilo; si tratta, infatti, dello strumento giuridico deposto alla definizione di criteri e meccanismi di individuazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale. La sua applicazione è determinante in quanto mira ad assicurare che la responsabilità dell'esame della domanda di protezione internazionale ricada esclusivamente su un solo Stato membro così evitando, almeno sulla carta, sia la diffusa pratica del *forum shopping* che il fenomeno dei cosiddetti "richiedenti in orbita" respinti ad ogni frontiera. In particolare, il Regolamento ambisce ad attribuire la competenza per l'esame della domanda di protezione internazionale allo Stato con cui il richiedente ha un maggior legame, come meglio si dirà nei prossimi paragrafi (la letteratura sull'ultima riforma del Regolamento di Dublino è sconfinata, si segnala l'originale contributo di F. MAIANI, *Commentary to the Dublin III Regulation (EU) No. 604/2013*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (a cura di), *EU Immigration and asylum law: a commentary*, Oxford, 2016)

Ai fini della presente analisi, occorre mettere in evidenza che il sistema di Dublino III disciplini, tra gli altri, il caso in cui un cittadino extracomunitario presenti domanda di protezione internazionale presso uno Stato membro da cui poi si allontana spontaneamente per depositare una nuova domanda di asilo in un secondo Stato membro (detto Stato richiedente o ospitante) che non è competente e viene, alla luce del difetto di

competenza, trasferito verso il primo Stato membro (detto Stato competente). Tuttavia, il Regolamento sembra ignorare la fattispecie in cui, a seguito del trasferimento nel Paese competente, il richiedente faccia nuovamente ingresso irregolare sul territorio dello Stato membro in cui aveva presentato domanda di tutela internazionale e radichi un ricorso giurisdizionale avverso la decisione di trasferimento.

2. – In sintesi, i fatti da cui trae origine il caso in esame si svolgono in Germania. Il Sig. Aziz Hasan, cittadino siriano, presentava una domanda di protezione internazionale alle autorità italiane nel settembre 2014, poco dopo si trasferiva nel territorio della Repubblica federale della Germania ove depositava un'analoga domanda nell'ottobre 2014.

Le autorità tedesche, alla luce della doppia domanda di protezione internazionale, chiedevano alle autorità italiane di riprendere a carico il Sig. Hasan ai sensi dell'art. 18 e ss. del Regolamento di Dublino III secondo cui, «lo Stato membro competente in forza del Regolamento è tenuto a riprendere in carico (…)il richiedente la cui domanda è in corso di esame e che ha presentato domanda in un altro Stato membro (…)» e, pertanto, adottavano un provvedimento di irricevibilità della domanda di asilo disponendo il trasferimento del cittadino siriano in Italia. Quest'ultima, tuttavia, mai dava riscontro alla richiesta di presa a carico ricevuta dalla Germania.

Il sig. Hasan proponeva ricorso nanti al giudice amministrativo tedesco di Trier il quale nel marzo 2015 respingeva le pretese del ricorrente e ordinava l'esecuzione del trasferimento in Italia. Dunque, la parte soccombente veniva accompagnata nell'Agosto 2015 in Italia – ritenuta dalle autorità tedesche unico Stato membro competente a valutare la domanda di protezione internazionale del sig. Hasan –.

Tuttavia, pochi giorni dopo il cittadino siriano tornava irregolarmente in Germania e impugnava la decisione di rigetto del Tribunale amministrativo di prima istanza. Nel corso del giudizio di appello, il giudice amministrativo superiore del Land Renania Palatinato nel novembre 2015 ribaltava la pronuncia appellata ravvisando la competenza della Germania ad esaminare la domanda di asilo, in quanto il trasferimento del cittadino extracomunitario sarebbe avvenuto successivamente al decorso del termine di sei mesi, stabilito dall'art. 29, par. 1 del Reg. Dublino III, dalla decisione sul ricorso di primo grado. Pertanto, il trasferimento tardivo avrebbe liberato lo Stato membro competente (la Repubblica italiana) dall'obbligo di prendere a carico il richiedente e avrebbe attribuito la competenza allo Stato membro che non aveva provveduto tempestivamente al trasferimento (la Repubblica federale di Germania). Tuttavia, la motivazione del Tribunale della Renania pareva imprecisa perché fondata su un computo errato del termine di sei mesi prescritto dal Regolamento di Dublino III, veniva perciò adita dalla Repubblica federale tedesca la Corte amministrativa federale. Quest'ultima sottolineava come la competenza italiana circa la domanda del Sig. Hasan non potesse essere stabilita in maniera definitiva, come meglio si dirà nel successivo paragrafo.

Pertanto, il giudice federale di ultima istanza deferiva cinque articolate questioni pregiudiziali alla CGUE riassumibili in tre diversi filoni tematici circa il carattere definitivo della determinazione dello Stato competente a seguito della decisione di trasferimento, la portata del controllo giurisdizionale esercitata sulla decisione di trasferimento e le modalità e i termini applicabili al richiedente protezione internazionale che, nonostante sia già stato destinatario di una procedura di trasferimento, sia rientrato illegalmente nel territorio dello Stato membro richiedente in cui è ancora pendente un giudizio sulla legittimità della decisione di trasferimento.

3. – Brevemente si forniscono le coordinate per inquadrare gli istituti giuridici coinvolti. Innanzitutto, come già detto, il Regolamento di Dublino III ambisce a introdurre meccanismi per determinare con chiarezza e rapidità lo Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale. In particolare, il legislatore europeo

con la terza riforma del Regolamento di Dublino ha voluto accrescere la certezza del diritto quanto alla determinazione dello Stato competente a trattare la domanda di asilo con l'obiettivo principale di accelerare il trattamento delle domande nell'interesse tanto dei richiedenti asilo quanto degli Stati partecipanti.

Non potendo in questa sede esaminare, neppure per grandi linee, i singoli criteri che indirizzano la determinazione dello Stato competente (si rimanda, pertanto, alla copiosa letteratura in materia; tra tutti, per una sintetica ma puntuale disamina, si suggerisce O. FERACI, *Il Nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2013; per una lettura critica del sistema di Dublino III si rimanda a C. DI STASIO, *La crisi del «Sistema Europeo Comune di Asilo» (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 2/2017), pare opportuno almeno evidenziare che essi siano volti ad accertare l'esistenza di un collegamento tra lo Stato membro competente a esaminare la domanda di protezione internazionale e il richiedente della stessa.

Si tratta di criteri applicabili nell'ordine in cui sono definiti nel Regolamento, tenendo conto della situazione esistente al momento in cui il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale per la prima volta in uno Stato membro e riassumibili in tre categorie, concernenti rispettivamente «l'interesse superiore del minore» (art. 8), «il rispetto dell'unità familiare» (art. 9 e ss.) e «il riconoscimento dei diritti in precedenza acquisiti dal richiedente protezione internazionale all'interno di uno Stato membro» (art. 12).

Qualora, invece, non siano riscontrabili legami giuridicamente riconosciuti con il territorio di uno Stato membro, subentra un criterio residuale che mira a coprire l'insieme delle fattispecie escluse dalle disposizioni summenzionate. In tal caso, infatti, il sistema di Dublino III postula il principio della «rapida definizione della posizione giuridica dei soggetti sprovvisti di un collegamento effettivo con uno Stato membro dell'Unione» che si completa con l'ultimo – e il più dibattuto – criterio di definizione dello Stato competente, ossia il ben noto meccanismo dello Stato di primo ingresso secondo cui, laddove lo Stato membro competente per l'esame della domanda d'asilo non possa essere designato sulla base dei criteri sopra enunciati, la competenza spetterà al primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata (art. 3, par. 2).

Non di rado, a fronte di due domande di asilo depositate in due Stati membri, lo Stato competente non corrisponde allo Stato ove il richiedente si trova. In questi casi – come quello da cui scaturisce la sentenza in oggetto – entra in gioco l'istituto del trasferimento verso il Paese competente (art. 29). Si tratta di un provvedimento assunto dallo Stato membro che, applicando i criteri del regolamento, non ravvisa la propria competenza e richiede, al più tardi entro due mesi dalla scoperta del difetto di competenza, ad un altro Stato membro, individuato come unico competente, di riprendere in carico lo straniero richiedente protezione internazionale. Qualora il termine prescritto dal legislatore europeo scada, allora il richiedente è autorizzato a presentare una nuova domanda di protezione internazionale presso lo Stato membro che ha tardato l'avvio della procedura di ripresa in carico (art. 24).

La combinazione dei criteri per la definizione della competenza, del conseguente ed eventuale provvedimento di trasferimento e della ripresa in carico da parte dello Stato competente ha suscitato talune criticità che la sentenza in oggetto tenta di superare.

4. – Il giudice di rinvio affronta *in primis* una sottoquestione interrogandosi circa il carattere definitivo o meno della determinazione dello Stato membro competente a seguito di una decisione di trasferimento.

Secondo la ricostruzione della CGUE, per poter definire la portata della decisione di trasferimento occorre valutare l'applicazione dell'art. 27, par. 1 del Regolamento di Dublino III ove il legislatore europeo prevede che i richiedenti protezione internazionale

debbano poter disporre di mezzi di impugnazione effettivi per contestare le decisioni di trasferimento adottate nei loro confronti.

Secondo la normativa in esame, infatti, la possibilità di fare ricorso avverso il trasferimento deve esercitarsi entro un termine ragionevole e può fondarsi anche su motivi che mettano in discussione la determinazione dello Stato competente (in tal senso si legga la sentenza *Ghezelbash* C- 63/15, punto 50 con cui la Corte ha dato luogo a un rilevante *overruling* smentendo l'assunto secondo cui dalla propria precedente giurisprudenza, in particolare dalla sentenza *Abdullahi* C-394/12, si potesse arguire che la decisione di trasferimento fosse contestabile solo ai sensi dell'art. 3, par. 2 del regolamento, ossia in presenza di situazioni di carenze sistemiche del funzionamento della procedura di asilo nello Stato membro individuato quale Stato competente).

Dunque, il diritto a un ricorso effettivo avverso la decisione di trasferimento sembra derivare dalla consapevolezza che detta decisione discenda proprio dall'individuazione, come competente per l'esame della domanda, di uno Stato diverso da quello in cui tale richiedente si trova. La Corte, pertanto, sottolinea nelle proprie argomentazioni l'imprescindibile interconnessione tra la decisione di trasferimento e la determinazione dello Stato competente: la prima, infatti, può essere contestata in sede giudiziaria laddove si ravvisi una inesatta o finanche scorretta applicazione dei principi e dei criteri oggettivi – di cui sopra si è accennato – che consentono di pervenire alla seconda decisione, ossia riconoscere lo Stato competente per la domanda di asilo.

Dunque, il fatto che la decisione di trasferimento possa essere confutata con un'azione giudiziaria, basata su argomentazioni relative al difetto di competenza dello Stato membro, sembra presupporre in modo speculare che la decisione circa lo Stato membro competente assuma carattere definitivo solo allorché il provvedimento di trasferimento non sia più sottoposto ad alcuna contestazione.

Al riguardo paiono poco condivisibili le critiche mosse in diverse occasioni dalla Commissione, dal governo polacco e finanche dal governo britannico (le cui posizioni sono ben sintetizzate nelle conclusioni generali dell'avvocato generale Evengeni Tanchev in *Republika Slovenija c. Altri*, C-578/16, punto 39) e anche da autorevole dottrina (si veda R. PALLADINO, *La "derogabilità" del "sistema Dublino" dell'UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dalle "deficienze sistemiche" ai "seri dubbi sulle attuali capacità del sistema italiano di accoglienza"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2015, p. 226 ss.) secondo cui la facoltà di proporre un ricorso anche basato su argomentazioni che contestino la competenza rischierebbe di celare un sistema di *forum shopping* che, invece, il sistema di Dublino dovrebbe tendere a evitare. Simile scetticismo pare infondato: il giudice investito del ricorso, infatti, non è chiamato ad attribuire la competenza a uno Stato membro designato secondo la discrezionalità e le valutazioni di opportunità del ricorrente, bensì a verificare se i criteri di competenza fissati dal legislatore dell'Unione siano stati correttamente applicati.

Inevitabile in questo contesto è anche una breve disamina del contenuto dell'art. 29, par. 2 del Regolamento di Dublino III. Infatti, nel caso in cui lo Stato membro, che dovrebbe eseguire il trasferimento verso lo Stato competente, non vi provveda entro sei mesi dalla adozione della decisione, la sua inerzia rende caduca l'iniziale determinazione dello Stato competente e diviene nuovo Stato competente quello le cui autorità hanno tardato l'esecuzione del trasferimento.

Si tratta di un ulteriore caso in cui la decisione di trasferimento non cristallizza l'attribuzione della competenza ad esaminare la domanda di asilo, bensì è prevista dal legislatore europeo la revisione della determinazione dello Stato competente. L'art. 29, par. 2 sembra perciò escludere il carattere definitivo della determinazione dello Stato competente una volta emessa una decisione di trasferimento.

Alla medesima conclusione si perviene dalla lettura dell'art. 19, par. 2 del Regolamento di Dublino III ove è stabilito che, qualora l'interessato si allontani dal territorio degli Stati membri per almeno tre mesi, verrebbe meno il dovere di prendere a carico la domanda di asilo per lo Stato membro, individuato come Stato competente. In

questi casi, qualora dopo il periodo di assenza venisse presentata una nuova domanda, questa darebbe avvio a un nuovo procedimento di individuazione dello Stato membro competente.

Si desume quindi da una lettura sistematica del Regolamento di Dublino che emergono almeno tre situazioni in cui la competenza dello Stato membro potrebbe essere messa in discussione anche dopo il provvedimento di trasferimento:

a) la facoltà di adire un giudice avverso la decisione di trasferimento per incompetenza dello Stato richiesto (art. 27, par. 1), senza che l'organo giurisdizionale sia necessariamente tenuto a sospendere suddetta decisione, e ben potendo il ricorrente addurre a motivazione del proprio ricorso il difetto di competenza dello Stato verso cui è previsto il trasferimento,

b) lo slittamento della competenza sullo Stato membro inerte, qualora questi non provveda tempestivamente e nei termini di legge all'esecuzione del trasferimento (art. 29, par. 2),

c) l'avvio di una nuova procedura di individuazione della competenza, allorché sia provata l'assenza del richiedente per un periodo superiore a tre mesi dal territorio degli Stati membri successiva all'esecuzione del trasferimento verso lo Stato ritenuto competente (art 19, par. 2)

La lettura analitica delle disposizioni di cui sopra fa propendere la CGUE a negare che la decisione di trasferimento conferisca carattere definitivo alla determinazione dello Stato competente.

5. – Acclarato che l'assunzione della decisione di trasferimento non cristallizzi in modo definitivo la competenza, si aprono le porte alla disamina della prima questione vera e propria sollevata dal giudice di rinvio. Quest'ultimo si chiede se il controllo giurisdizionale esercitato sulla decisione di trasferimento debba trovare la propria legittimazione nella situazione di fatto esistente al momento dell'adozione del provvedimento di trasferimento oppure se sia ammissibile un controllo che tenga conto anche dell'evoluzione degli elementi fattuali e giuridici presenti al momento in cui il giudice si pronuncia sul ricorso stesso.

Di fatto, il giudice tedesco sottende un'altra questione che viene solo adombrata: l'applicabilità o meno dei principi e dei criteri del Regolamento di Dublino III anche agli eventi successivi alla decisione di trasferimento.

Nel caso di specie, la valutazione o meno di taluni elementi posteriori incide notevolmente sulla competenza: da un lato, la scadenza dei termini per la ripresa in carico dell'interessato, dall'altro, il decorso infruttuoso del termine prescritto dal legislatore europeo per procedere al materiale trasferimento del cittadino siriano verso lo Stato competente potrebbero far slittare la competenza sulla Germania invalidando così la decisione di trasferimento verso l'Italia.

L'art. 27 del regolamento non precisa la portata del diritto ad impugnare la decisione di trasferimento bensì si limita a prescrivere «il diritto a un ricorso effettivo». Nonostante il laconico dettato normativo, la CGUE argomenta il proprio ragionamento sulla base del considerando 19 del Regolamento e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (già in altre occasioni, dette disposizioni venivano richiamate dalla Corte a suffragio di un'interpretazione estensiva dell'art. 27 del Regolamento di Dublino III, si leggano le sentenze *Mengesteab* C-670/16, punto 43; *Shiri* C- 201/16, punto 37 e ss.).

In particolare, il considerando indica che «al fine di assicurare una protezione efficace dei diritti dei richiedenti protezione internazionale, si dovrebbero stabilire garanzie giurisdizionali e il diritto a un ricorso effettivo avverso le decisioni di trasferimento, ai sensi dell'art. 47 della Carta».

La CGUE procede con un ragionamento condivisibile: i richiedenti asilo sarebbero inevitabilmente privati del diritto a tale «ricorso effettivo» se le circostanze successive alla

decisione di trasferimento dovessero essere escluse dal controllo giurisdizionale sulla legittimità di detta decisione.

Non pare arbitrario, infatti, affermare che gli elementi successivi arricchiscano il controllo giurisdizionale che, se dovesse circoscriversi al mero studio dei fatti pregressi avvenuti al momento della proposizione della prima domanda di asilo presentata, farebbe venir meno la *ratio* stessa del Regolamento di Dublino III, approvato nel 2013 proprio con l'intento di riformare il precedente meccanismo previsto dal Regolamento (CE) 343/2003 (cosiddetto sistema di Dublino II). In particolare, la novità apportata da Dublino III constava non solo nel rivisitare le regole organizzative disciplinanti i rapporti tra Stati membri ai fini dell'individuazione della competenza ma consisteva soprattutto nel coinvolgimento in tale procedura dei richiedenti asilo stessi, scegliendo di imperniare tutto il nuovo sistema di Dublino sulla tutela del richiedente più che sulle logiche di distribuzione della competenza tra gli Stati membri. Impensabile, pertanto, prescrivere un ricorso giurisdizionale effettivo senza prendere in considerazione tutti gli sviluppi avvenuti tra il deposito della domanda e il giorno in cui il giudice decide sulla contestazione del trasferimento.

Pertanto, la Corte perviene alla conclusione che la normativa tedesca relativa al diritto d'asilo (*Asylgesetz* 2008) – che consente al richiedente di invocare le circostanze successive all'adozione della decisione – soddisfi proprio la necessità di un ricorso effettivo garantito dall'art. 27 del Regolamento.

6. – La Corte, inoltre, è chiamata dal giudice di rinvio a valutare le modalità di applicazione dell'art. 24 del Regolamento che disciplina il meccanismo della richiesta, rivolta da uno Stato membro privo di competenza allo Stato membro competente, di ripresa in carico della domanda del cittadino extracomunitario che si è già allontanato dallo Stato membro competente per proporre altrove una seconda domanda di protezione internazionale.

La criticità sorge, dunque, in merito ai cosiddetti movimenti secondari dei richiedenti asilo che proprio il sistema di Dublino III ambiva ad osteggiare (sul tema si legga, tra gli altri, C. FAVILLI, *Reciproca fiducia. Mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea* in *Rivista di diritto internazionale*, 2015) nella misura in cui è dubbio se l'art. 24 sia applicabile o meno al caso di specie o se, invece, lo Stato membro ove si trova lo straniero richiedente asilo possa eludere la procedura di ripresa in carico e – sulla scorta di una precedente decisione di determinazione dello Stato competente – procedere all'automatica esecuzione di un secondo trasferimento. In particolare, l'art. 24 prescrive che la ripresa in carico si avvii solo qualora «il richiedente soggiorni senza un titolo valido presso uno Stato privo di competenza nel quale non è stata presentata una nuova domanda di protezione internazionale». I dubbi interpretativi sorgono perché nel caso di specie è stata, di fatto, presentata una seconda domanda di protezione allo Stato incompetente, pertanto, ad una prima lettura non sembrerebbe sussumibile la situazione del sig. Hasan alla fattispecie di cui all'art. 24 del Regolamento.

Tuttavia, la CGUE ha acutamente sottolineato che nel caso *de quo* la seconda domanda di protezione è stata proposta in una fase prodromica al rientro irregolare del richiedente presso lo Stato incompetente e che, in concreto, il cittadino siriano non ha depositato alcuna domanda nuova durante la permanenza in Germania successiva al primo trasferimento verso l'Italia. Tale precisazione torna utile alla Corte per legittimare l'applicazione dell'art. 24 del regolamento al caso di specie.

Dunque, a fronte delle due alternative percorribili, la CGUE aderisce alla soluzione che prevede la necessità di riavviare una procedura di ripresa in carico nei termini previsti dal legislatore europeo, anziché a quella di procedere a un nuovo immediato trasferimento, come conclusione logica più che naturale della sopra descritta inidoneità dell'esecuzione del trasferimento a stabilire in modo definitivo la competenza dello Stato membro nel quale la persona è stata trasferita. Pertanto, non è immaginabile un nuovo trasferimento

senza che la situazione del richiedente sia nuovamente riesaminata al fine di verificare se, dopo il primo trasferimento, per una qualunque delle cause di cui si è già detto al quarto paragrafo, la competenza non si sia trasmessa ad altro Stato membro.

Strettamente interconnessa a quest'ultimo profilo è la successiva tematica affrontata dalla CGUE chiamata a pronunciarsi sull'eventualità del mancato riscontro da parte dello Stato competente circa la domanda di ripresa in carico del richiedente.

La questione pare di interesse, benché la sentenza in esame vi dedichi poche riflessioni limitandosi ad affermare quasi apoditticamente un principio ampiamente consolidato nella giurisprudenza europea (si legga sentenza Mirza C-965/15, punto 49): gli Stati membri non possono sottrarsi all'applicazione delle disposizioni rilevanti del sistema di Dublino III con il pretesto che il richiedente avrebbe in mala fede lasciato il territorio dello Stato competente dopo essere stato oggetto di una procedura di trasferimento la cui legittimità è oggetto di una causa ancora pendente in un altro Stato membro. Pertanto, lo Stato membro considerato competente, in applicazione dei criteri del Regolamento di Dublino III, è obbligato a riprendere in carico lo straniero extracomunitario, come peraltro si evince dal dettato letterale dell'art. 18 del Regolamento.

Le valutazioni della Corte paiono ragionevoli: se, da un lato, è innegabile che vi sia un abuso di diritto da parte del richiedente protezione internazionale che presenta più di una domanda, dall'altro, ciò non può giustificare la disapplicazione delle disposizioni del Regolamento di Dublino da parte degli Stati membri. Ammettere il contrario significherebbe dare un peso specifico ai movimenti secondari, che come già detto, l'Unione tenta di ostacolare (si vedano il considerando 18 della Direttiva 2013/32/Ue e l'allegato decimo del Regolamento 1560/2003).

7. – Un'ultima questione affrontata dalla CGUE, si concentra sulla portata dell'art. 24, par. 3 del Regolamento che stabilisce che nel caso del mancato espletamento della domanda di ripresa in carico nei termini previsti dal legislatore europeo, corrispondenti a due mesi dalla rilevazione tramite il sistema Eurodac di una precedente domanda di asilo pendente in altro Stato membro provvisto di competenza, «lo Stato membro in cui si trova la persona interessata senza titolo di soggiorno gli offre la possibilità di presentare una nuova domanda di protezione internazionale».

Le criticità derivano dal fatto che la norma citata nulla statuisce circa la competenza sull'esame di tale nuova domanda, quindi potrebbe essere interpretata nel senso che implichi che il richiedente abbia diritto a depositare una nuova domanda di asilo nel Paese ove si trova ma che questa non produca alcun effetto sulla determinazione della competenza, ben potendo essere ancora avviata un'ennesima nuova domanda di ripresa in carico nei confronti di un altro Stato membro.

La Corte, adombrata la pluralità di interpretazioni di cui l'art. 24, par. 3 del sistema di Dublino III sarebbe suscettibile, riflette sul rischio che si correrebbe ad ammettere un'interpretazione del dettato normativo come quella sopraccennata. Si incorrerebbe, infatti, nel pericolo di ritardare ancora l'esame della domanda dovendosi quindi attendere i termini per la ripresa in carico e il conseguente trasferimento.

Pertanto, la CGUE con la sentenza in esame interpreta l'art. 24, par. 3 del Regolamento nel senso che spetterà allo Stato membro, che non ha provveduto tempestivamente all'avvio della domanda di ripresa in carico allo Stato originariamente competente e nel cui territorio si trova il richiedente, la competenza dell'esame della nuova domanda di protezione internazionale che tale persona è autorizzata a presentare.

È chiaro che la Corte si sia mossa su un campo delicatissimo scegliendo la via più aderente ai principi e agli obiettivi sottesi al sistema di Dublino III. Se avesse abbracciato una diversa interpretazione avrebbe legittimato il verificarsi di una catena viziata, impossibile da spezzare, poiché lo scadere dei termini per la ripresa in carico non avrebbe impedito l'applicazione di una nuova procedura di ripresa in carico che avrebbe

procrastinato nuovamente l'esame della domanda di protezione internazionale. Si sarebbe, in altre parole, sacrificato l'obiettivo di un rapido e contingentato esame delle domande di protezione internazionale (ritenuto un caposaldo del sistema di Dublino III come si legge nel Considerando 5 del Regolamento nonché in sent. *Mengesteab* v. *Germania* C-670/16, punto 54) sull'altare del rispetto di una precedente determinazione della competenza che, al momento della presentazione della nuova domanda, potrebbe già essere divenuta obsoleta.

La Corte nella sentenza in esame ammette tuttavia una deroga a quanto detto fino ad ora. Viene infatti considerato il caso in cui, decorsi infruttuosamente i termini per avviare il meccanismo della ripresa in carico del richiedente, quest'ultimo non si avvalga della facoltà concessagli dall'art. 24, par. 3 e dunque non presenti domanda nuova nel Paese ove si trovi.

La CGUE – coerentemente con quanto già si è detto nel sesto paragrafo del presente contributo – non ammette che lo Stato ospitante provveda automaticamente al trasferimento del richiedente, bensì apre le porte in via eccezionale ad una nuova domanda di ripresa in carico a cui solo in un secondo momento conseguirà l'effettivo trasferimento. In altre parole, la mancata manifestazione da parte del richiedente della volontà di presentare una nuova domanda di asilo, diventa secondo la CGUE l'unico caso in cui l'inerzia dello Stato membro, che avrebbe dovuto avviare la domanda di ripresa in carico, non precluda il decorso di termini nuovi per la procedura di ripresa in carico.

8. – In conclusione, dallo studio della sentenza in commento si evince come l'intervento della Corte sia imprescindibile al fine di adattare la sterminata casistica, che in concreto può verificarsi in tema di individuazione dello Stato competente, con i principi e gli obbiettivi posti dal Regolamento di Dublino III.

Gli interrogativi sorti in relazione al caso del Sig. Hasan hanno permesso alla Corte di verificare, *in primis*, gli effetti del trasferimento verso lo Stato competente; in secondo luogo, di valutare la data a cui fare riferimento per considerare i fatti rilevanti ai fini dell'esame del ricorso; inoltre, di sancire l'impossibilità di un secondo trasferimento automatico del cittadino extracomunitario dallo Stato richiedente – ove pende un giudizio circa la legittimità del primo provvedimento di trasferimento – allo Stato competente che non si è ancora pronunciato sulla presa in carico della domanda di asilo presentata anche in un altro Stato membro; e, da ultimo, di chiarire quale sia lo Stato competente a fronte dell'eventuale mancato o tardivo espletamento del meccanismo della ripresa in carico da parte del Paese ove si trova irregolarmente lo straniero. Questi profili, nel silenzio della normativa, non potevano che essere affrontati in via interpretativa rischiando, altrimenti, di lasciare prive di copertura giuridica talune diffuse situazioni.

Tuttavia, ancora una volta emerge il grande difetto di fondo che trascina con sé il sistema di Dublino dalla sua versione originaria a quella del Regolamento del 2013.

Infatti, nonostante gli sforzi profusi per la creazione del Sistema Europeo Comune di Asilo (per un'accurata descrizione si rimanda alle riflessioni di A. DEL GUERCIO, *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2014), quest'ultimo è stato introdotto senza essere accompagnato, da una armonizzazione effettiva dello *standard* di protezione garantito dagli Stati membri, incidendo negativamente sulla sua efficacia nel contrasto con il fenomeno dell'*asylum shopping* e facendo emergere un altrettanto problematico fenomeno detto *asylum lottery*, secondo cui casi analoghi sono stati trattati in modo diverso, giungendo a risultati differenti a seconda dello Stato membro competente per l'esame della domanda. Basti pensare alle differenze tra i diversi sistemi di asilo nazionali, conseguenti alle carenze e ai ritardi di taluni Stati membri nell'attuazione di *standard* minimi e del trattamento equo sulle condizioni di accoglienza. Oppure si pensi a taluni Stati membri dell'Europa meridionale e orientale a cui l'Unione ha fornito solo in periodi emergenziali di grandi afflussi gli strumenti per maturare esperienza e competenza nelle vesti di Paesi di destinazione dei richiedenti asilo.

Dunque, tali Stati membri difettano probabilmente sia delle capacità amministrative che della volontà politica necessaria per far fronte a un esame accurato delle domande di asilo rendendosi, pertanto, meno appetibili agli occhi del migrante e spingendolo perciò a spostarsi verso Paesi che garantiscono maggiori probabilità di successo della domanda di protezione internazionale.

Altro limite notevole della normativa di Dublino, come oggi strutturata, riguarda la carenza di un sistema di individuazione della competenza che metta concretamente al centro la volontà del richiedente. Sussiste, quindi, l'eventualità che lo straniero venga trasferito in Stati membri diversi da quelli ambiti, frustrando così i suoi interessi e pregiudicando la sua piena integrazione nello Stato membro ospitante. Egli, percependo la decisione dello Stato ove deve trasferirsi come una decisione non partecipata e imposta, tenderà a continuare inesorabilmente a spostarsi verso lo Stato membro ritenuto più adeguato alle proprie esigenze, in un inesorabile, ripetitivo e fallimentare gioco dell'oca (per una completa disamina delle criticità del Sistema Europeo Comune di Asilo si rimanda a B. NASCIMBENE, *Refugees, the European Union and the "Dublin system". The Reasons for a crisis*, in *European Papers* 2016). Questi, in estrema sintesi, sono solo alcuni dei limiti che presenta il sistema di Dublino e, più in generale, il Sistema Europeo Comune di Asilo.

Orbene, il merito che si deve riconoscere al giudice di Lussemburgo è quello di tendere ad interpretare il sistema di Dublino valorizzando i principi umanitari che informano il diritto primario dell'UE, dunque garantire una sempre più ampia certezza circa l'individuazione dello Stato membro competente, pur nella tutela del richiedente. Si pensi all'interpretazione fornita dalla CGUE, nella sentenza in commento, circa la possibilità per gli organi giurisdizionali, chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di una decisione di trasferimento, di considerare anche i fatti successivi alla stessa al fine di offrire al richiedente la più ampia tutela possibile del diritto ad un ricorso effettivo avverso i provvedimenti di trasferimento (v. *supra*).

Tuttavia, nonostante gli apprezzabili sforzi della Corte, il suo intervento non è risolutivo, bensì evidenzia sempre più le carenze del sistema di Dublino che, non a caso, è attualmente oggetto di una proposta di riforma da parte della Commissione (Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 maggio 2016 COM(2016) 270 poi approvata il 19 ottobre 2017 dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del Parlamento Europeo, ad oggi in attesa del vaglio del Consiglio).

La proposta di riforma prospetta l'eliminazione del criterio del Paese di primo ingresso, ponendo così un argine allo squilibrio nella distribuzione degli oneri tra gli Stati membri, nel tentativo di superare il sistema di Dublino III che ha sovraccaricato gli Stati frontalieri con gravi conseguenze per la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti. Non potendo qui dedicare spazio al contenuto della proposta, basti accennare che le novità inserite nel testo della riforma trovano il proprio fondamento giuridico nel principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra Stati membri, sancito nell'art. 80 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), individuato come il perno attorno al quale far gravitare le future politiche della UE in materia di asilo e immigrazione. L'auspicio, dunque, è quello di pervenire al rinnovo del Regolamento di Dublino III al fine, da un lato, di alleggerire la CGUE dal delicato compito di contemperare il rigido e, talvolta miope, testo normativo di Dublino III con la tutela dei diritti del richiedente protezione e, dall'altro, di garantire una effettiva e concreta applicazione dell'art. 80 del TFUE.

Accertamento in concreto ed inconoscibilità in astratto di cosa sia "detenzione umana": la Corte EDU su regime di isolamento e (lamentato) rigore carcerario nel caso *Hansen-Breivik*

di Flavio Guella

Title: Concrete verification and un-knowableness in an abstract way of what a "human detention" is: the European Court of Human Rights' judgment on solitary confinement and (pretended) rigorous imprisonment in the Hansen-Breivik case

Keywords: Inhuman or degrading treatment or punishment; Maximum security prison and solitary confinement; Right of correspondence.

1. – Il regime del 41 *bis*, il sovraffollamento carcerario, il trattenimento in centri destinati ai respingimenti differiti, sono tutte questioni e vicende nelle quali il nostro ordinamento ha incontrato occasioni di potenziale tensione con i parametri forniti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La disciplina delle corrette modalità della detenzione (penale o amministrativa) postula infatti di individuare quel confine entro il quale (o oltre il quale) un trattamento necessario – o doveroso per esigenze di protezione sociale (che la stessa CEDU peraltro non nega, ed anzi pretende) – diviene inumano e degradante (per una trattazione sistematica del tema si rinvia a N. Rodley, M. Pollard. *The treatment of prisoners under international law*, OUP Oxford, 2009 e D. van Zyl Smit, S. Snacken. *Principles of European prison law and policy: Penology and human rights*, OUP Oxford, 2009).

La questione è particolarmente complessa sia sul piano sostanziale (dove lo standard per qualificare il trattamento come degradante è piuttosto incerto, posto che l'idea stessa di detenzione – per sua natura – porta con sé un minimo di degradazione ineliminabile della dignità della persona), sia sul piano processuale (non essendo chiaro chi debba dimostrare che quelle modalità della misura di contenimento fisico della persona, legittimamente ristretta, non rispettano il necessario bilanciamento con altri diritti o con la pur necessaria proporzionalità rispetto alla relativizzazione della dignità umana).

La Corte EDU, con la sentenza del 21 giungo 2018 sulla nota vicenda norvegese della reclusione con isolamento di Hansen-Breivik, ha deciso un caso "al limite", ponendo un ulteriore tassello in una già ricca giurisprudenza in materia di trattamenti carcerari. La pronuncia in particolare si pone come una conferma dell'orientamento giurisprudenziale che sembra rivendicare come – in materia di definizione dei trattamenti detentivi quali umani o inumani – si debba rifuggire da giudizi assoluti, solo la valutazione caso per caso potendo condurre a risultati ragionevoli. Il ricorrente si lamentava infatti *ex* artt. 3 e 8 della Convenzione delle condizioni della sua detenzione, in particolare contestando aspetti che – nella loro astrattezza – sicuramente in altre pronunce della

Corte di Strasburgo sono stati reputati come sintomatici di illegittimità: il suo isolamento rigoroso; il suo essere soggetto a frequenti perquisizioni sul corpo; il controllo sistematico della corrispondenza; il non essere trattato in una struttura *ad hoc* adatta alla sua vulnerabilità mentale.

La Corte, valutando la concretezza del fatto e delle circostanze, non può però che constatale l'implausibilità di statuizioni astratte da calare in questa materia, per sua natura in tensione con il valore della persona. Si conferma quindi, come in passato, che le scelte di rigore carcerario richiamate non determinano in modo sillogistico una violazione dell'art. 3 CEDU, ma vanno apprezzate in un giudizio concreto (cfr. sulla natura del parametro dell'art. 3 CEDU il saggio di P.J. Duffy, *Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *Int'l & Comp. LQ*, 1983, 316 ss.). Alla domanda sul come definire inumano o degradante un trattamento detentivo non si può rispondere in termini assoluti, come pure in altre vicende italiane la stessa Corte EDU è stata indotta a fare (ad es. i caso *Khlaifia* e *Torreggiani*, per i cui richiami cfr. *infra* par. 3), ma ritenendosi legittimata a ciò solo a fronte di violazioni sistematiche e non supportate da ragioni di pubblico interesse. Al di fuori di queste particolari situazioni generali e patologiche, invece, al parametro incerto dell'inumanità – che richiama quello altrettanto giuridicamente incerto della dignità – la giurisprudenza della Corte EDU non può che affidarsi al giudizio opinabile del bilanciamento, nel quale è la casistica ad assumere un ruolo centrale.

L'inquadramento sistematico di singole misure di trattamento speciale del detenuto (come quelle citate in precedenza) non può portare ad una presunzione di inumanità, né assoluta né relativa, l'onere della prova che tali misure (sintomatiche di un particolare sacrificio dei valori della persona a favore di quelli della sicurezza) siano in concreto lesive rimanendo a carico del ricorrente. La Corte EDU non ritiene quindi né conforme alla Convenzione il precluderne l'impiego all'autorità statale, in modo assoluto, l'impiego degli strumenti riconducibili al c.d. carcere duro, né utile un'inversione delle logiche probatorie.

La sentenza annotata conferma questa impostazione ed aggiunge quindi un tassello ulteriore ad una giurisprudenza – quella sulle modalità ammissibili in tema di restrizione della libertà personale – che per sua natura riveste un'importanza centrale sul piano operativo. Solo da una casistica molto dettagliata, infatti, si possono trarre indicazioni univoche circa il cosa sia o non sia inumano o degradante, a fronte delle oggettive esigenze di gestione concreta da parte dell'autorità penitenziaria. Indicazioni che si pongono in un ambito nel quale il tema della prova del carattere inumano e degradante rimane centrale sia sul piano del fatto (dimostrazione di situazioni e circostanze) sia su quello del diritto (dimostrazione di standard di tipo trattamentale). Gli standard della qualità di vita dei detenuti utilizzabili come parametro decisorio condiviso a livello internazionale risultano infatti in concreto risultano carenti – salvi i rinvii a strumenti di s*oft law*, o a relazioni di ONG, o a indagini parlamentari, etc. (cfr. però J.L. Murdoch, *The treatment of prisoners: European standards*, Council of Europe, 2006) – segnando un vuoto di riferimenti (nel dare significato alla clausola aperta dell'inumanità) che può essere colmato solo da quella casistica della stessa Corte EDU che, in materia di art. 3, si rivela così particolarmente imprescindibile al fine di riempire di contenuti il parametro dell'art. 3 CEDU.

2. – Non a caso la decisione del caso *Hansen-Breivik* contiene un'ampia parte di ricostruzione del fatto, mentre per quel che concerne l'individuazione degli standard vi è una altrettanto ampia serie di rinvii a precedenti della Corte EDU stessa, in assenza di parametri legali oggettivi su cosa sia inumano e degradante, che non siano tautologicamente individuati nei documenti normativi delle stesse amministrazioni penitenziarie nazionali (posto che il controllo della Corte EDU che si riducesse a fare riferimento a standard nazionali per definire cosa è umano o inumano si trasformerebbe in un controllo di legalità interno, piuttosto che in una tutela rigorosa di diritti umani preesistenti alle scelte ordinamentali dei singoli Stati).

Ricostruito il fatto, e valutato lo stesso anche alla luce della giurisprudenza precedente, la Corte EDU assume peraltro una decisione nel senso dell'inammissibilità *ex* art. 35, co. 3, lett. a) CEDU, per manifesta infondatezza del ricorso. Non decide quindi per l'inammissibilità fondabile, *ex* lett b), sulla circostanza che la violazione – pur sussistente – non è di consistenza grave (in assenza di un pregiudizio importante), ma si afferma più radicalmente che la lesione è in concreto mancata.

Si consolida quindi una giurisprudenza precedente, per la quale al fine di qualificare una pena come inumana o degradante lo stato di sofferenza e di umiliazione subito deve integrare un livello minimo di gravità, necessariamente superiore all'ordinario grado di afflittività che accompagna inevitabilmente ogni forma di trattamento penitenziario legittimo. Livello al di sotto del quale la detenzione rimane certamente un regime di fatto gravoso per la persona, ma non per questo violativo in sé dell'art. 3 (cfr. sentenze 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96, par. 90; 21 novembre 2001, *AlAdsani c. Regno Unito*, ric. n. 35763/97, par. 59; 27 agosto 1992, *Tomasi c. Francia*, ric. n. 12850/87, par. 47; 11 luglio 2000, *Dikme c. Turchia*, ric. n. 20869/92, par. 89).

2.1. – Innanzitutto, nel caso *Hansen-Breivik* manca quindi radicalmente una violazione dell'art. 3 CEDU, che il ricorrente lamentava come fondata sulla lunga durata della condanna unita alle condizioni di rigore nella detenzione. Per il ricorrente avrebbe infatti integrato un trattamento inumano già di per sé l'estendere a tutta la pena (di 21 anni di reclusione), e non ad una minima porzione della stessa nella quale le esigenze di prevenzione fossero più accentuate, un regime rigido di isolamento del detenuto ed un impiego aggravato – per modalità e frequenza – delle perquisizioni personali.

La Corte – sebbene non accogliendo il ricorso per manifesta infondatezza – non nega che quello dell'art. 3 CEDU sia un divieto assoluto, non bilanciabile con le esigenze di lotta al terrorismo o al crimine. Nel caso di specie non si discute però della non assolutezza del divieto, bensì de se il maltrattamento raggiunga un livello minimo di severità al di qua del quale viene in radice escluso il campo di applicazione dell'articolo 3: non si tratta di bilanciare l'inumanità del trattamento con le esigenze della repressione (ragionando in un'ottica di irrilevanza per non grave lesività, o infondatezza per proporzionalità, soluzioni non percorribile in un diritto assoluto come quello *ex* art. 3), bensì di qualificare i trattamenti come oggettivamente degradanti o meno (cfr. M.K. Addo, N. Grief, *Does article 3 of the European Convention on Human Rights enshrine absolute rights?*, in *European Journal of International Law*, 1998, 510 ss.).

Per la Corte EDU la valutazione del grado di severità che fa trasmodare una restrizione della libertà personale (per sua natura "aggressiva" del valore della persona) in trattamento inumano dipende dalle circostanze del caso, considerate in concreto e nel loro complesso, tenendo conto degli effetti cumulativi delle varie condizioni (cfr. già la sentenza 19 febbraio 2009, *A. e altri c. Regno Unito*, ric. n. 3455/05). Si deve quindi operare un giudizio complessivo sulla base di una serie di indici di "rigore" del regime restrittivo, individuati – sul piano oggettivo – nella durata del trattamento e nei suoi effetti fisici o mentali (connessi alle modalità di contenzione) e – sul piano invece soggettivo – nel sesso, nell'età e nello stato di salute della persona trattata (cfr. sentenza 15 luglio 2002, *Kalashnikov c. Russia* ric. n. 47095/99, par. 95). La sentenza annotata ribadisce quindi che affinché una punizione o un trattamento ad essa associato siano definibili inumani o degradanti, la sofferenza o l'umiliazione devono andare oltre quegli inevitabili elementi di afflizione della libertà fisica o di mortificazione morale connessi all'idea stessa di punizione/detenzione legittima (cfr. già sentenza 4 luglio 2006, Ramirez Sanchez c. Francia, ric. n. 59450/00, par. 115-119).

La Corte ritiene quindi determinante la valutazione in fatto del come il regime di isolamento si sia presentato, non potendosi fondare la decisione su un giudizio negativo in assoluto sull'isolamento in sé. Il divieto di contatto con altri prigionieri per motivi di sicurezza, disciplinari o protettivi si può giustificare da un lato per i suoi presupposti

(legali e proporzionati) e, dall'altro, per le sue modalità attuative (ragionevoli ed umane). In questo senso, la reclusione in isolamento può essere illegittima anche se il regime di emarginazione è relativo, qualora le modalità concrete ledano la dignità, così come – al contrario – la medesima reclusione in regime di isolamento può risultare ammissibile anche se assoluta e imposta ad un detenuto per un lungo periodo di tempo, qualora predisposta per finalità protettive dello stesso detenuto o della sicurezza nel carcere, nonché realizzata con le cautele adeguate e sulla base di presupposti che la rendano misura del tutto eccezionale (cfr. par. 53.1 delle Regole penitenziarie europee, Comitato dei Ministri dell'11 gennaio 2006, e sentenza 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia (n.2)*, ric. nn. 24069/03 e 3 altri, par. 104 -107,).

La Corte definisce il regime di isolamento come una forma di "imprigionamento all'interno della prigione" verso la quale la Convenzione deve mantenere un atteggiamento sospettoso, ma osserva anche come nel caso di specie vi fossero circostanze obiettive – per la gravità dei crimini commessi dal detenuto – che ragionevolmente consigliavano di mantenere un rigoroso regime di separazione. Inoltre, la Corte EDU rileva come numerose c.d. misure compensative abbiano bilanciato questo regime eccezionale, posto che la condanna non era comunque all'ergastolo (non previsto nell'ordinamento norvegese, salve le misure di sicurezza ulteriori) e che il detenuto ha avuto accesso ad uno spazio di vita corrispondente a tre celle, munite peraltro di una serie di confort e strumenti di intrattenimento, anche con accesso a contenuti provenienti dal mondo esterno (TV, quotidiani, video lezioni, videogiochi, attrezzi per attività fisica, corrispondenza e telefonate con l'esterno, sebbene controllate) che, per numero e qualità, si presentavano come del tutto eccedenti anche i più favorevoli standard di detenzione presenti negli ordinamenti penitenziari europei. Inoltre, il detenuto ha potuto fruire, sul piano dei rapporti umani e con l'esterno, di un'ora d'aria giornaliera, di contatti quotidiani con il personale carcerario e – occasionalmente – con personale religioso e infermieristico, nonché di visite controllate con altri detenuti "volontari".

In sostanza la Corte EDU non rileva, nella concretezza del caso, un assoggettamento al completo isolamento sensoriale o sociale – con effetti psichici importanti – che costituisce la *ratio* per la quale un regime di isolamento assoluto risulta potenzialmente inumano, e ribadisce quindi l'ammissibilità di un regime di isolamento che, sebbene rigoroso, per le sue modalità concrete possa essere equiparato ad un isolamento "parziale e relativo" (cfr. ancora la sentenza *Ramirez Sanchez*, cit., par. 135).

La Corte EDU ritiene quindi non provata dal ricorrente quella intollerabilità in concreto che fonda l'inumanità del trattamento, e che rimane onere del soggetto leso dimostrare. Nel decidere in tal senso, quindi, la Corte ECU recepisce la non sconfessata ricostruzione dei fatti già operata dal giudice norvegese, e riconosce anche come i rimedi forniti dall'ordinamento nazionale a livello di diritto penitenziario fossero di per sé effettivi.

Già l'Alta Corte norvegese (confermando due gradi di giudizio precedenti) aveva infatti scrutinato meticolosamente l'equilibrio tra il grado di isolamento sofferto dal ricorrente e l'effetto positivo delle misure di compensazione, giudicando che il regime di "massima sicurezza" con isolamento da contatti con altri reclusi fosse una misura proporzionata ed attuata secondo modalità legittime. Peraltro, a riprova dell'effettività del rimedio, va osservato come la Corte EDU giudichi ragionevole anche il numero elevato di perquisizioni personali, non integrante di per sé trattamento inumano specie perché gradualmente ridotto in corrispondenza con le valutazioni di rischio, mentre sul punto l'Alta Corte norvegese era stata più critica rilevando l'eccessività delle perquisizioni durante quella parte della detenzione in cui altre misure di sicurezza parallelamente introdotte avevano ridotto le possibilità per il detenuto di portare oggetti nascosti sul proprio corpo; elemento di eventuale lesione minima cui la Corte EDU non conferisce certamente l'idoneità ad integrare quel livello critico che fa transitare la legittima detenzione per la giusta pena nell'area del trattamento inumano o degradante *ex* art. 3 CEDU.

2.2. – La Corte rileva pure una manifesta infondatezza della violazione lamentata rispetto al parametro dell'art. 8 della Convenzione. Violazione che il ricorrente riconduceva al sistematico controllo della corrispondenza, da un lato, e alla mancanza di un trattamento specifico in una struttura adatta ad un'allegata generica vulnerabilità mentale, derivante da disturbo di personalità non tale da determinare l'incapacità.

Il rispetto alla vita privata si manifesterebbe quindi nella forma di specifiche modalità di detenzione adeguate alle peculiarità psichiche del reo, mentre per la corrispondenza si fa riferimento all'ultimo esplicito richiamo nel co. 1 dell'art. 8 CEDU. Disposizione che, va notato, non esclude in modo assoluto qualsiasi interferenza da parte di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto; ciò diversamente da quanto avveniva rispetto al carattere assoluto dell'art. 3, dove appunto si trattava di questione di definizione di cosa sia inumano, fermo restando che una volta integrato il livello dell'inumanità nessun bilanciamento sarebbe stato possibile. Rispetto all'art. 8, invece, sono ammesse le limitazioni conformi alla legge e necessarie in una società democratica per la tutela di altri interessi generali (in particolare la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, la prevenzione del disordine o del crimine, la tutela dei diritti e delle libertà altrui).

Posto questo carattere non assoluto, la Corte EDU – seguendo quell'approccio di giudizio in concreto già applicato all'art. 3 CEDU – *a fortiori* ha dichiarato manifestamente infondate anche le doglianze relative all'art. 8. Il giudizio sul se il controllo della corrispondenza fosse durato troppo a lungo e fosse divenuto troppo invasivo pare alla Corte EDU già compiuto in modo evidentemente corretto ed esaustivo dall'Alta Corte norvegese, nella cui pronuncia si rileva il forte interesse sociale che l'ordinamento giustamente tutelava impedendo al ricorrente di inviare lettere contenenti richiami diretti o indiretti alla violenza, così contribuendo ad istigare alla creazione di reti estremiste. Il vaglio della corrispondenza svolto a tal fine non aveva peraltro impedito l'inoltro della stessa, ove non connotata da contenuti pericolosi (e quindi non aveva ad esempio precluso i contatti con familiari e conoscenti), risultando quindi misura tanto proporzionata (vista non solo l'adeguatezza rispetto alla tutela dell'interesse pubblico, ma anche la stretta necessarietà della misura, non essendovi alternative meno invasive), quanto non lesiva del nucleo fondamentale del diritto vantato ad una forma di comunicazione epistolare con l'esterno (i messaggi essendo comunque stati effettivamente recapitati, se non connotati da pericolosità).

La Corte EDU rileva anche come siano state sviluppate regole e linee guida sufficientemente dettagliate per il filtraggio della corrispondenza, a limitazione della discrezionalità che l'amministrazione penitenziaria poteva esercitare nel comprimere il diritto, questa cautela ulteriore integrando anch'essa una misura compensativa che comprova l'adeguata proporzione tra regime di rigore apprestato per la pubblica sicurezza e mezzi di tutela dei diritti della persona detenuta (tutela dei diritti che anche in questo caso fruiva di rimedi effettivi anche interni, vista la legittimazione del detenuto alla richiesta di revisioni delle decisioni in caso di interruzione dell'inoltro delle lettere).

In astratto, più problematico poteva risultare un giudizio di secca inammissibilità se applicato all'ulteriore profilo di doglianza fondato sull'art. 8 CEDU, relativo alla mancanza di trattamento specifico per la presunta vulnerabilità mentale del ricorrente (che risultava accertata in sede di perizia nei procedimenti giurisdizionali nazionali, anche se solamente nella forma di un disturbo della personalità). Anche a questo riguardo, tuttavia, la Corte EDU ha ritenuto che il giudice nazionale si fosse basato su una ragionevole valutazione dei fatti nel constatare che il detenuto – in concreto – non soffriva di una vulnerabilità psicologica menomante rispetto alla detenzione (questione evidentemente diversa dalla capacità dall'imputabilità rispetto ai reati commessi, già risolta in sede di giudizio di condanna). Peraltro, il detenuto stesso aveva rifiutato i contatti con uno psicologo della struttura detentiva, diretti a rendere il trattamento conforme anche ad esigenze di tipo sanitario/psicologico minime.

Nel giudizio in concreto, che la Corte EDU ritiene necessario anche riguardo a questo profilo, si rileva quindi come il richiedente fosse stato monitorato dai servizi sanitari delle carceri e come l'Alta Corte norvegese abbia correttamente rilevato che non erano stati osservati chiari segni di incapacità di sostenere psicologicamente la situazione detentiva; giudizio rispetto al quale non emergono dal ricorso elementi di prova idonei a condurre ad un diverso apprezzamento, anche per questo profilo evidenziandosi come l'approccio concreto della Corte EDU si sostanzi – in definitiva – in un riparto dell'onere probatorio che fa logicamente gravare sul detenuto l'esigenza di dimostrare il carattere lesivo delle modalità concrete del trattamento restrittivo della libertà personale.

3. – La sentenza *Hansen-Breivik* conferma quindi la natura concreta del giudizio sul carattere inumano e degradante dei trattamenti penitenziari, rispetto al quale la casistica giurisprudenziale – nell'impossibilità di individuare parametri assoluti – assume un ruolo fondamentale. Con riguardo all'ordinamento italiano la Corte EDU non ha mancato peraltro di adottare anche decisioni che, anche nel loro porsi come "sentenze pilota", si sono presentate in termini di condanna astratta; si tratta però di pronunce che appunto rilevano delle violazioni sistematiche dei diritti convenzionali, come in particolare rispetto al problema del sovraffollamento carcerario (cfr. sentenza 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. nn. 43517/09 e altri) o, limitatamente ad una particolare fase della gestione emergenziale dell'immigrazione, che riscontrano modalità di trattenimento degli immigrati critiche nell'ambito dei respingimenti differiti estesi a molte giornate (cfr. sentenza 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12).

Queste pronunce non sconfessano l'approccio casistico nel definire cosa sia inumano e degradante, da operare normalmente guardando alle particolarità della singola fattispecie concreta. Si tratta infatti di giudizi astratti del tutto eccezionali i quali, da un lato, sono comunque problematici sul piano dell'onere della prova del cosa sia effettivamente inumano e degradante (un giudizio astratto rischiando sempre di banalizzare il significato di violazioni che dovrebbero invece essere caratterizzate dall'accertamento della drammaticità dei casi singoli) e, d'altro lato, sono giustificati solo in quanto riscontrano violazioni sistematiche. Violazioni di tipo quindi reiterato in un gran numero di casi, senza le quali la Corte EDU difficilmente avrebbe qualificato (e ritenuto provato) come trattamento inumano il singolo episodio. In questi termini l'inumanità diventa in un certo senso l'oggetto di un accertamento collettivo, riscontrabile sul piano probatorio in quelle vicende in cui proprio il connotato reiterato e generalizzato di un trattamento lo rende inaccettabile, posto che analogo trattamento applicato ad un gruppo ristretto e per necessità contingenti di sovraffollamento o accoglienza emergenziale difficilmente sarebbe risultato sindacabile in termini di inumanità (la Corte EDU stessa nel caso *Torreggiani* affermando che le varie mancanze che si accompagnano al sovraffollamento «non hanno mancato di causare nei ricorrenti un'ulteriore sofferenza, benché non costituiscano di per sé un trattamento inumano e degradante»).

Al di là del confermare la natura concreta del giudizio sull'inumanità, a fronte di valutazioni astratte che rappresentano invece un'eccezione nell'operare dell'art. 3 CEDU, la sentenza qui annotata presenta uno specifico interesse soprattutto per la comparazione con l'ordinamento italiano in materia di carcere duro, in particolare con riguardo al regime dell'art. 41 *bis* ord. pen.; disposizione che che pone problemi strutturali (di isolamento semi-assoluto e restrizioni ulteriori) molto simili a quelli del caso *Hansen-Breivik*. L'art. 41 *bis* si pone infatti quale strumento di lotta alla criminalità organizzata fondato sulla netta recisione delle capacità di relazione sociale dei condannati per associazione mafiosa giudicati maggiormente pericolosi, ai quali si preclude la possibilità di mantenere contatti organici con le organizzazioni di provenienza eliminando ogni occasione di contatto incontrollato con l'esterno e tra detenuti. Da rimedio emergenziale, l'art. 41 *bis* ord. pen. è stato poi reso strumento ordinario a disposizione dell'ordinamento penitenziario (legge 23 dicembre 2002, n. 279), la cui indubbia efficienza ed utilità nel contrasto al fenomeno

mafioso non ha tuttavia fatto perdere di vista la sua problematicità in termini di tutela dei diritti dei detenuti. Se per ovviare al suo rigore in un primo tempo l'approccio di garanzia è stato quello di considerarlo come un mero strumento transitorio, con la sua stabilizzazione ancora più centrale è divenuto il sistema delle c.d. misure compensative minime (occasioni di contatto che rendano l'isolamento relativo e sistema a termine, non automaticamente prorogabile); misure di umanizzazione del regime di 41 *bis* che la Corte EDU non ha mancato di verificare, con una giurisprudenza analoga a quella del caso qui annotato (tra l'ampia dottrina in materia di 41 bis, cfr. S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41* bis, Giuffrè 2007; F. Corleone, *41*-bis, *un regime detentivo senza fine ma con un fine*, in *Criminalia*, 2016, 247 ss.; E. Nicosia, *Il c.d. 41* bis *è una norma di tortura a trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 1240 ss.).

Il carcere duro *ex* 41 *bis* risulta quindi compatibile con la CEDU, sulla base di una giurisprudenza (cfr. da sentenza 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/95) che riconduce la qualificazione del carattere inumano e degradante ad una valutazione eventualmente caso per caso, non ravvisando in astratto in un regime restrittivo e a rigido isolamento i caratteri preclusi dall'art. 3 CEDU. A differenza della condanna "in astratto" del caso *Torreggiani*, infatti, la pur sempre sistematica compressione degli interessi e delle condizioni di vita dei detenuti soggetti al c.d. carcere duro non è fondata su una disfunzione del sistema penitenziario, ma al contrario si trova ad essere giustificata da preminenti esigenze pubbliche di contrasto al fenomeno mafioso. Posta tale base legittimante, la compatibilità con la Convenzione del regime di 41 *bis* può essere valutata solo in concreto nelle varie fattispecie, per accertare che le restrizioni sofferte dal singolo detenuto non travalichino quel confine oltre il quale da cautele necessarie per la tutela di interessi generali divengono trattamenti inumani preclusi dall'art. art. 3 CEDU.

Nella giurisprudenza della Corte EDU l'apprezzamento in concreto della soglia di inumanità dei regimi c.d. a carcere duro è stato fondato su una serie di parametri, valutati di volta in volta nel loro effetto complessivo ed individuati principalmente nella durata del trattamento, nelle sue ricadute sull'integrità fisica o psichica del detenuto, e nelle caratteristiche personali dello stesso (cfr. sentenze 10 gennaio 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, ric. nn. 42525/07 e 60800/08; 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*, ric. n. 17885/04; 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, ric. n. 25803/94; 25 settembre 1997, *Aydin c. Turchia*, ric. n. 23178/94). Elementi il cui onere probatorio grava sul ricorrente, tenuto a fornire riscontri concreti utili per una decisione che possa apprezzare – nel loro complesso – gli indicatori di eccessività nel trattamento pregiudizievole, e quindi eventualmente verificare il superamento di quella soglia di umanità all'interno della quale invece la decisione sarà nel senso dell'inammissibilità (cfr. da ultimo la decisione di irricevibilità del 24 settembre 2015, *Paolello c. Italia*, ric. n. 37648/02, rispetto ai medesimi parametri degli artt. 3, 8 della Convenzione invocati nella sentenza qui analizzata, confermando la precedente giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 41 *bis*, in particolare – oltre alla citata sentenza *Labita* – le sentenze 27 marzo 2008, *Vincenzo Guidi c. Italia*, ric. n. 28320/02; 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*, ric. n. 31143/96; 11 luglio 2006, *Campisi c. Italia*, ric. n. 24358/02; 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94; 28 settembre 2000, *Ganci c. Italia*, ric. n. 26772/95).

Peraltro, il fatto che le misure restrittive fondate su ragioni di protezione pubblica siano convenzionalmente compatibili non esclude che poi, nel caso concreto, la giurisprudenza della Corte EDU non possa riscontrare il carattere arbitrario o eccessivo delle singole limitazioni, ove il ricorrente ne alleghi idonea prova. Così ad esempio l'Italia è stata talvolta ripresa con pronunce di condanna o moniti della Corte EDU non per l'incompatibilità del 41 *bis* – in sé considerato – con l'art. 3 CEDU, ma per una serie di violazioni concrete ed accessorie al regime del carcere duro, quali una maggiore difficoltà nell'avanzare reclami, la lentezza nella revoca del trattamento, un regime di perquisizione troppo pervasivo, la videosorveglianza, gli ostacoli ai colloqui (ove ammessi), nonché le limitazioni alla corrispondenza (per quanto riguardava il regime ordinario delle stesse).

Questo atteggiamento di controllo settoriale è quindi riscontrabile in primo luogo con riguardo alla carenza dei rimedi, alcune delle più significative condanne dell'Italia in sede europea per violazione dei diritti dei detenuti in 41 *bis* originandosi da denunce di maltrattamenti nell'ambito del carcere duro non seguite da idonee ed effettive inchieste interne. Inchieste che, già per il fatto di essere state omesse, hanno condotto ad una violazione del diritto del detenuto ad una tutela effettiva, nonostante poi la Corte EDU abbia ritenuto non provati i maltrattamenti in concreto, ed abbia quindi escluso che il 41 *bis* di per sé integri trattamento inumano e degradante (cfr. i citati casi *Labita* e *Indelicato*).

In secondo luogo, la violazione dei termini (ordinatori, di dieci giorni *ex* art. 14 *ter*, co. 2 ord. pen.) da parte del Tribunale di Sorveglianza chiamato a decidere sul reclamo avverso il provvedimento ministeriale che dispone o proroga il regime di 41 *bis* ha rappresentato un ulteriore profilo di criticità settoriale di tale regime, contrastante per tale profilo non in generale con l'art. 3 CEDU ma nello specifico con l'art. 6, par. 1, e con l'art. 13. La Corte EDU ha infatti affermato che il reclamo è sì un rimedio effettivo ma, in una materia delicata come la proroga di un regime di carcere duro, non è ammissibile neppure il solo considerare ordinatori i termini, senza che in ciò si abbia una vanificazione delle garanzie (cfr. ancora le sentenze *Messina* e *Ganci*).

In terzo luogo, lo stesso atteggiamento settoriale – di condanna limitata a valutazioni caso per caso – si ritrova in materia di perquisizioni personali dei detenuti al 41 *bis*: misure non illegittime di per sé, perché essenziali per garantire la sicurezza negli stabilimenti penitenziari, ma che devono essere condotte con modalità adeguate, per fare in modo che il grado di sofferenza e di umiliazione subito dal detenuto «non superi quello che inevitabilmente comporta tale forma di legittimo trattamento», in caso contrario verificandosi una violazione dell'art. 3 della Convenzione (cfr. ancora il caso *Guidi*).

In quarto luogo, in materia di video-sorveglianza la Corte EDU ha analogamente confermato la compatibilità dei regimi carcerari di massima sicurezza con l'art. 3 CEDU, ma ha riscontrato una violazione settoriale dell'art. 8 qualora tale regime carcerario sia accompagnato in modo indiscriminato – e senza una valutazione di pericolosità/necessarietà in concreto – da questa pervasiva modalità di controllo (cfr. sentenza 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ric. nn. 30562/04 e 30566/04; per un esame della problematica della videosorveglianza nel regime di carcere duro italiano si rinvia a Cass., sez. V pen., 15 marzo 2011 su cui B. Bocchini, *Diritto alla privacy e detenuti in "41-bis": un duetto consacrato dalla Cassazione*, in *Archivio penale*, 2011, 613 ss.).

In quinto luogo, in materia di limitazioni dei colloqui, la Corte EDU ha considerato le restrizioni del diritto di visita – sempre se dirette al contrasto della criminalità organizzata – conformi anche (settorialmente) con l'art. 8, par. 2 CEDU, che espressamente cita le esigenze di difesa e sicurezza dell'ordine pubblico. Così si è statuito che l'ingerenza nella vita familiare e privata del detenuto non viola la Convenzione e si presenta come proporzionata allo scopo di tutela sociale insito nell'art. 41 *bis* dovendosi «recidere i legami esistenti tra la persona interessata ed il suo ambiente criminale di origine», per il fine meritevole di ridurre al minimo il rischio di utilizzazione delinquenziale dei contatti personali di tali detenuti con le strutture delle organizzazioni di appartenenza (cfr. ancora la sentenza *Messina*).

Infine, un sesto profilo di eventuale contrasto concreto si può invece registrare in generale in materia di inviolabilità della corrispondenza, l'ordinamento penitenziario italiano essendo stato più volte al centro dell'attenzione della Corte EDU per le applicazioni della norma dell'art. 18 ord. pen.. La Corte EDU ha ripetutamente condannato l'Italia per la violazione dell'art. 8 CEDU insita in un regime ordinario di restrizione e controllo sistematico, con sentenze che si sono succedute a partire da metà anni '90 (cfr. sentenze 15 novembre 1996, *Calogero Diana c. Italia*, ric. n. 15211/89, e 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*, ric. n. 15943/90) fino alla riforma della relativa disciplina con la legge 8 aprile 2004, n. 95.

A fronte di questa giurisprudenza in materia di c.d. carcere duro, che ammette i regimi di isolamento escludendo giudizi in astratto sulle restrizioni (la cui lesività è invece

eventualmente valutata in concreto e settorialmente), anche il caso *Hansen-Breivik* conferma l'approccio della giurisprudenza della Corte EDU nel senso che il giudizio sull'umanità o inumanità dei trattamenti detentivi è un giudizio oggettivo e concreto. I giudici di Strasburgo ribadiscono la conformità in linea di principio del regime speciale di detenzione con la Convenzione e precisano come, affinché si possa integrare una violazione dei diritti umani, sia necessario esaminare le peculiarità del caso e provare un concreto pregiudizio. Ricade quindi sul detenuto l'onere di allegare e provare la sussistenza di singoli profili delle modalità di restrizione che siano materialmente lesivi, solo dal loro giudizio complessivo alla luce della casistica pregressa la Corte EDU potendo trarre indicazioni per accertare l'eventuale superamento della soglia dell'umanità.

La noción de autonomía y la mentalidad de la Corte IDH, reflejadas en su opinión consultiva sobre identidad de género y no discriminación de parejas del mismo sexo

di Nicolás Carrillo-Santarelli

Title: The notion of autonomy and the IACtHR approaches, as reflected in its advisory opinion on gender identity and non-discrimination of same-sex couples

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Autonomy; Human Dignity; Same-sex Couples; Gender Identity.

1. – La reciente opinión consultiva sobre la *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* (en adelante, OC-24/17 u opinión consultiva) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o la CorteIDH) es interesante por diversas razones.

En primer lugar, salta a la vista cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido una posición más progresista que aquella que adoptó su homóloga europea en el caso Schalk y Kopf (TEDH, *Schalk y Kopf c. Austria*, 24-6-2010), y en consecuencia es de esperar que sea aplaudida por sectores que promueven derechos de la comunidad LGBTI y sea criticada por sectores conservadores.

Sin embargo, a mi parecer, si bien las conclusiones judiciales que se examinarán en este análisis son ciertamente notorias, no han de ser tenidas en cuenta como el aspecto central que hace de la OC-24/17 una opinión influyente y digna de ser estudiada. Por el contrario, aquello que subyace a las conclusiones de la CorteIDH es lo que ha de ser estudiado con detenimiento, porque el hecho de que la Corte haya emitido una opinión más liberal que otros órganos era, a mi parecer, bastante predecible y nada sorprendente si se tienen en cuenta la lógica que maneja la composición actual de la Corte Interamericana y, quizá, aspectos de política judicial. En consecuencia, la OC-24/17 es un estudio de caso que nos permite examinar cómo las posturas filosóficas y teóricas que asuman los operadores jurídicos tendrán con probabilidad un impacto considerable en sus interacciones con el derecho internacional, especialmente cuando haya de por medio principios y disposiciones con cierta amplitud que permitan, por esta razón, una multiplicidad de interpretaciones razonables *ab initio*.

2. – La Corte estructura su opinión consultiva en nueve secciones, que difieren mucho la una de la otra y cumplen diferentes propósitos en relación con las conclusiones a las que finalmente llega. En un primer momento, la Corte describe en la sección I cómo responde a cinco planteamientos que le fueron presentados por Costa Rica en mayo de 2016. Esta breve sección consiste simplemente en una narración del planteamiento de la solicitud de

opinión consultiva presentada por el Estado mencionado, y en este sentido coincide con lo escrito por la CorteIDH en la sección II, en la que igualmente se limita a describir cómo se surtió el procedimiento que concluyó en la opinión que se analiza en este escrito. Dicho esto, en la sección II se confirma la interesante tendencia de la Corte a permitir y solicitar la mayor participación posible de actores interesados en ofrecer sus propias interpretaciones e ideas como insumo para la Corte, y esta apertura, consistente en una invitación abierta que fue aceptada por diversas asociaciones nacionales e internacionales, instituciones académicas, ONGs y personas de la sociedad civil (§§ 5 y 6), es relevante y diciente por dos razones.

En primer lugar, porque esta apertura de la Corte incrementa la posibilidad de que se perciba que hay una legitimidad procesal de su actuar y sus conclusiones incluso por parte de quienes difieran de lo que dice, toda vez que se percibirá (en términos formales, sin que necesariamente hayan o no sido efectivamente tenidas en cuenta de igual forma todas las posturas, como quizá aquellas con las que no estaban de acuerdo ciertos jueces o movimientos) que se escuchó a los distintos interesados y afectados por la opinión, lo cual coincide con la dimensión de legitimidad procedimental estudiada por Franck (T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, 2002, Oxford University Press, 7, 22-26). Esta percepción es importante para una Corte que ha sufrido algunos tropiezos, como la denuncia de la Convención Americana por parte de Estados como Venezuela y además se enfrenta al perenne riesgo de un abandono de apoyo por parte de los Estados, algo que padecen en común los órganos internacionales por el papel que aún tienen el estatocentrismo y el consentimiento estatal, toda vez que, como ha estudiado Koh, entre mayor se conciba como legítimo un estándar o proceder internacional, mayores probabilidades hay de que sea cumplido y respetado por sus destinatarios (H. H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, *YLJ*, 1997, 106, 2601).

En segundo lugar, la invitación abierta de la Corte es interesante porque la dinámica que se presentó como respuesta a ella confirma que el sistema interamericano de derechos humanos se ha convertido en un espacio dialéctico en el que distintos actores buscan promover sus agendas, buscando que ellas sean asumidas por la CorteIDH y trasmitidas por ella de forma general a los Estados del hemisferio como destinatarios (siendo un atractivo al respecto la noción jurisprudencialmente creada por la Corte del control de convencionalidad). De esta manera, si bien la Corte sería la vocera formal y directa de un mensaje que tiene pretensiones de ser seguido por otros Estados de conformidad con la noción del control de convencionalidad que deben hacer los agentes estatales al ejercer sus funciones (doctrina que tiene cierto roce con los limitados efectos *inter partes* de las decisiones contenciosas y no vinculantes en términos formales de las opiniones consultivas, algo que se discute en parte en el voto individual del juez Eduardo Vio Grossi), los distintos actores no estatales que interactúan con, y buscan influir en la Corte, tienen la capacidad indirecta de influir en políticas y estándares estatales, tentación y aspiración que hace que ellos se conviertan en verdaderos participantes del derecho internacional incluso cuando se discuta que carecen de subjetividad internacional o ciertas facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico internacional, confirmando las consideraciones que sobre la noción de participantes ha hecho Higgins (R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, 2004, 50). Es posible que el sistema interamericano se haya convertido en un escenario de contestación y empleo del lenguaje común que ofrece el derecho internacional (Jan Klabbers, *International Law*, Cambridge, 2017, 342-343) como consecuencia, por una parte, de la *auctoritas* y respeto que se ganaron los órganos principales del mismo sistema en su momento al condenar diferentes abusos estatales evidentes; y por otra parte, en razón de las mismas pretensiones de efectos que aquellos órganos tienen sobre sus pronunciamientos y la capacidad de que su contenido sea internalizado e influya en las distintas sociedades, entre otros cuando se discutan temas sensibles y de *culture wars* como los tratados en la OC-24/17, lo que explica que puedan darse incluso situaciones de un *Lawfare* no relacionado con cuestiones sobre el uso de la fuerza.

3. – La sección III de la opinión consultiva se dedica al análisis relativo a si la CorteIDH tenía o no competencia para emitirla y si la solicitud era admisible. En cuanto a esta parte de la opinión, hay tres aspectos que pueden resaltarse. En primer lugar, con respecto a la idea de la Corte de que su función consultiva no debería "ejercerse mediante especulaciones abstractas" (§ 20), puede decirse que la respuesta que la CorteIDH ofrece a esta pregunta es usada por ella de forma estratégica para reforzar y ofrecer la idea de que su opinión es trascendental y merece ser tenida en cuenta, toda vez que, en primer lugar, para la Corte la OC-24/17 ayuda a los Estados a identificar sus obligaciones "en relación con los derechos de las personas LGBTI" (§ 21), lo cual hace que, si se siguen los lineamientos ofrecidos en ella, puedan prevenirse (§ 27) contravenciones frente a aquellos deberes. Si estas consideraciones se analizan en conjunto con lo dicho por la Corte en la sección IV, que será analizada más adelante, en la cual el órgano judicial del sistema interamericano de derechos humanos presenta los derechos de las personas LGBTI como amenazados con frecuencia y de forma seria, puede pensarse que con su combinación de criterios técnicos de coadyuvar al cumplimiento de funciones y deberes estatales junto a una búsqueda de sensibilización que en términos emocionales (basados, eso sí, en constataciones reales de abusos inaceptables que han padecido las personas LGBTI, aunque muchos de ellos no guardan una relación directa con lo concluido por la Corte en su opinión), la CorteIDH pretendió hacer más proclives a quienes leen la opinión a acogerla.

En segundo lugar, la Corte tuvo que examinar si debía rechazar la emisión de una opinión consultiva como consecuencia del hecho de que había una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre aspectos relacionados con algunos elementos de las preguntas planteadas por Costa Rica en etapa de admisibilidad y otra petición ante la misma Comisión planteada precisamente contra Costa Rica (§ 23). La Corte, como podía anticiparse fácilmente conociendo su proceder y pensamiento, terminó respondiendo en su pronunciamiento de forma algo escueta que "el solo hecho de que existan peticiones ante la Comisión relacionadas con el tema de la consulta no resulta suficiente para que la Corte se abstenga de responder las preguntas sometidas a consulta" (§ 24).

Curiosamente, esta conclusión en la OC-24/17 fue puesta de relieve en el voto disidente del juez L. Patricio Pazmiño Freire a la resolución de 29 de mayo de 2018, en la cual la CorteIDH resolvió no "continuar el trámite de opinión consultiva" sobre "juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos", en virtud de que para aquel juez esta misma conclusión y lógica suponía que no había riesgo de prejuzgamiento y, en consecuencia, tampoco debía rechazarse la continuación de aquel trámite, que la CorteIDH no obstante rechazó porque había tres peticiones individuales ante la Comisión y entonces, a su juicio, había un "riesgo de que al resolver los interrogantes planteados en esa oportunidad, este Tribunal adelante su criterio sobre casos que luego podría llegar a conocer en ejercicio de su competencia contenciosa" (§ 8 de la Resolución).

4. – En la sección IV de la OC-24/17, la Corte comienza resumiendo, de forma adecuada, los cinco interrogantes planteados por Costa Rica en dos interrogantes, siendo el primero de ellos relativo al "reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género. El segundo tema se refiere a los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo" (§ 30).

Posteriormente, la CorteIDH ofrece un glosario sobre conceptos que, con delicadeza y cuidado, ella menciona que son simplemente ilustrativos y no asume como propios (§ 32), en virtud de la fluidez (§ 31) de las referencias a las cuestiones discutidas en la opinión consultiva, que se refieren a cuestiones sensibles para diversas personas y comunidades. La Corte adoptó esta estrategia probablemente consciente del riesgo de que, en términos de corrección política, podría granjearse el rechazo de sectores que manejasen

un discurso que difiriese en cuanto al contenido o nomenclatura de los términos empleados por la Corte y buscasen, precisamente, que el lenguaje genere cambios de mentalidad que tengan un impacto social.

Con posterioridad a lo anterior, y como se adelantó líneas atrás, la sección IV procede a sensibilizar y exponer cómo los derechos de las personas LGBTI han sido con frecuencia violados y ellas "han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales" (§§ 33 ss.), concluyendo este sub-apartado aludiendo a los efectos en la salud individual (psíquica) y social del trato que se de a aquellas personas, que para la Corte tienen un porcentaje "de alta significación" (§ 50). Como señalé atrás, creo que estas discusiones de la Corte buscan (conscientemente o no) facilitar la aceptación de sus conclusiones.

5. – La sección V se dedica a los "Criterios de interpretación", y en ella la CorteIDH alude a criterios que son favorables a las opiniones que emitirá al concluir la OC-24/17. Mencionando la regla general de interpretación contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte enfatiza en la interpretación teleológica (§ 56), aludiendo a la "especificidad de los tratados de derechos humanos", que según la Corte hace que la interpretación deba basarse "en valores [...] [y] desde el "mejor ángulo" para la protección de la persona" (*ibidem*), lo que se afianza con su referencia al "principio *pro persona*" y las pautas de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana (§ 57).

Estos criterios sugieren que la interpretación de la Corte es expansiva y progresista, y no es proclive a aceptar interpretaciones que sean conservadoras o sostengan que los derechos humanos protegen un núcleo o elementos aceptados claramente por los Estados cuando consienten en obligarse por estándares de derechos humanos, lo que parece confirmarse cuando se refiere a la "interpretación evolutiva" (§ 58), la cual posteriormente concreta la Corte al decir que "cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de estos cambiaría con el tiempo" (§ 188).

Es interesante tener en cuenta que, en su voto, el juez Vio Grossi sostiene que la OC-24/17 parece acoger una noción de interpretación evolutiva "en su aspecto sociológico y no jurídico", lo cual aquel juez critica en términos de que se confundiría el análisis jurídico con otro tipo de indagaciones extrajurídicas, toda vez que "la realidad social [...] en tal evento [...] sería el intérprete y aun la que ejercería la función normativa" (§ 93 del voto individual del juez Eduardo Vio Grossi).

6. – En la sección VI, antes de responder a los dos interrogantes principales que identificó, la CorteIDH reitera su jurisprudencia sobre un principio y derecho que será determinante a la hora de la emisión de sus conclusiones, a saber, el "derecho a la igualdad y a la no discriminación", en este caso de las "personas LGBTI".

Sobre esta sección, merecen resaltarse la reiteración jurisprudencial de que la CorteIDH considera al principio de igualdad y no discriminación como imperativo (§ 61), algo que había dicho originalmente en la OC-18/03, y que este principio (absoluto, al ser de *ius cogens*) es "inseparable de la dignidad esencial de la persona" (algo que tendrá implicaciones, como se verá más adelante) y prohíbe la concesión de privilegios a determinados grupos considerados posteriores y el tratamiento "hostil" o desventajoso para quienes sean considerados inferiores. Al respecto, se dice que se prohíben las discriminaciones directas e indirectas, *de jure* y *de facto* (*ibidem*); y se exige la adopción de "medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en [las] sociedades [...] Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que [...] mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias" (§ 65), cuestión que, a todas luces, es relevante en relación

con los derechos de las personas LGBTI. Aquel principio, añade la Corte, influye sobre "todo tratamiento [...] respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos" humanos (§ 63), y es violado por todo trato discriminatorio, entendiendo por tal todo aquel "que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado" (*ibidem*).

La Corte encuentra el nexo entre el principio de igualdad y no discriminación y las cuestiones examinadas en la opinión consultiva, en concreto, al afirmar, basada en su interpretación y un estudio de derecho internacional comparado que le lleva a examinar distintos pronunciamientos en otros sistemas de protección internacional y regionales, que "la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género" (§ 78).

En tanto la discriminación muchas veces se basa en percepciones, la Corte, con buen tino, dice que "la prohibición de discriminar con base en la identidad de género se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no" (§ 79).

Con posterioridad, la Corte esboza un argumento central para su opinión, a saber, que "la falta de un consenso al interior de algunos países" sobre los derechos de personas "que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que [...] han sufrido" (§ 83), debiendo ser el único criterio de evaluación, para la CorteIDH, el contenido de las obligaciones internacionales que examina y, según sugiere aquella afirmación, no se basa en modo alguno en ninguna idea sobre márgenes de apreciación.

7. – En la sección VII, la Corte Interamericana de Derechos Humanos procede a estudiar el primero de los aspectos sobre los que se formuló la solicitud de opinión consultiva, a saber "El derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre". La CorteIDH comienza el análisis de esta cuestión con una lógica que será decisiva al momento de emitir sus conclusiones, toda vez que recuerda que el "reconocimiento de [la] dignidad" humana es un valor fundamental en el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es "oponible *erga omnes*" y no admite "derogación ni suspensión", calificándolo incluso, curiosamente, de un derecho humano (§ 85). Si bien al respecto la Corte coincide con otros órganos internacionales y la doctrina, en el sentido de calificar a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos (ej. Resolución 41/120 de la Asamblea General ONU, 4-12-1986), la Corte da un salto adicional y erige a la noción de autonomía como fundamento del fundamento de los derechos humanos, diciendo que "la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos (sic) las personas deben ser tratados como iguales" y, en consecuencia, hay un ámbito privado inviolable (§ 86). Aquel ámbito no se limitaría, para la Corte, al derecho a la privacidad, e incluiría "la capacidad para desarrollar [la] propia personalidad, aspiraciones, determinar [la] identidad y definir [las] relaciones personales" (§ 87), siendo otros aspectos centrales del reconocimiento de la dignidad (basada, según la CorteIDH, en la autonomía) su relación con "un concepto de libertad en sentido extenso" (§ 89) y el poder "autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a [la] existencia, conforme a [las] propias opciones y convicciones" (§ 88).

La anterior noción de autonomía, según se observa, es influyente y será decisiva para la Corte, confirmando que las concepciones ideológicas, filosóficas o teóricas que se tengan podrán impactar de forma sutil o abierta en la elección de interpretaciones y en la consiguiente aplicación del derecho internacional, que siempre lleva aparejado un proceso de hermenéutica.

En primer lugar, en cuanto al reconocimiento de la identidad de género y el cambio en su constatación oficial y documental, la Corte hace hincapié en el concepto de identidad desde una perspectiva voluntarista. La Corte Interamericana sostuvo que la identidad responde al "conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona", estando aquella identidad protegida por distintos derechos humanos, como la dignidad humana, "el derecho a la vida privada y [...] el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)" (§ 90), además del derecho a la libertad de expresión en cuanto a su manifestación (§ 96). Para respetar la "individualidad" de las personas y su necesidad de ser reconocidas "de acuerdo con sus más íntimas convicciones", siendo un componente esencial de aquella individualización "la identidad de género y sexual", según la Corte, ha de reconocerse que el derecho a la identidad tiene un "carácter autónomo" (§ 92) que reconoce a cada persona como única, singular e identificable.

Tras esbozar su teoría sobre la existencia del derecho a la identidad, la Corte procede a aplicar su noción sobre la autonomía como fundamento jurídico a aquel derecho, y afirma que aquella identidad "de género y sexual [...] se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada" (§ 93), siendo la identidad de género "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento". Por todo lo dicho, se comprende que, *de conformidad* con esta concepción voluntarista, la Corte afirme que el Estado deba reconocer la identidad de género que sienta cada quien (§ 98), especialmente porque la identidad es instrumental en cuanto al ejercicio de derechos y libertades (§ 99) y en un modelo pluralista hay que respetar a todas las personas. Además, en la opinión consultiva se sostiene que, para garantizar el derecho a la personalidad jurídica (§§ 103-104), el Estado debe asegurar que la identidad sexual y de género en las identificaciones concuerde con la definición autónoma de cada quien de aquella identidad (§ 105), no sólo en cuanto al nombre, sino además en relación con la imagen y las referencias al sexo o género, que son entre otros "componentes esenciales de [la] identidad" (§§ 106-115).

Con base en sus consideraciones, en cuanto al procedimiento para la modificación de la identidad "de conformidad con la identidad de género auto-percibida", la CorteIDH dice que los Estados no pueden "imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil [...] tampoco se debe someter a los solicitantes a pericias médicas o psicológicas" ni exigir "intervenciones quirúrgicas [...] ni terapias hormonales" porque, según se ha dicho, la Corte entiende la identidad de género como auto-percibida, y en consecuencia ella considera que requisitos de esta índole desvirtuarían "el principio según el cual la identidad de género no se prueba" y supondrían la aceptación de la idea de que el "tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología", reforzando prejuicios peligrosos para la Corte (§§ 130 y 146). Para concluir lo anterior, la Corte trae a colación, a efectos de apoyar su conclusión, los principios de Yogyakarta, de *soft law* a los que, *de facto*, la CorteIDH da más importancia en términos de aplicabilidad de los que tiene formalmente, rompiendo aparentemente el esquema de fuentes del derecho internacional y continuando con la tendencia que ella y otros órganos tienen de dar (¿excesiva?) importancia al *soft law*, que en ocasiones es diseñado fuera de los escenarios de creación formal del derecho internacional en los que se presentan fuertes debates y en los que, en ocasiones, participan expertos o grupos con pensamiento muy similar que no

necesariamente reflejan debates más amplios (aunque también permite, en ocasiones, mayor experticia). Por otra parte, la Corte sostiene que debe protegerse la protección contra "publicidad no deseada" en los procedimientos en cuestión, para evitar mayores discriminaciones y acoso (§§ 134 y 135).

Todas las anteriores consideraciones hacen que la Corte afirme que los procedimientos y trámites sobre cambio de identidad deben resolverse con prontitud y limitarse a verificar "la manifestación [libre] de la voluntad del requirente", para no afectar "la posibilidad de autodeterminarse y el derecho a la vida privada del solicitante", siendo el único obstáculo para proceder al cambio la constatación de "algún vicio en la expresión del consentimiento libre e informado del solicitante" (§§ 159 ss.), lo cual para la CorteIDH es más factible (aunque no necesariamente sólo posible) de realizar en procedimientos de índole administrativo y no jurisdiccional, en tanto este último tipo de trámites pueden en ocasiones demorar más o exigir requisitos que la Corte señala como inadmisibles, según se describe en el anterior párrafo, razón por la cual la Corte afirma que los procedimientos administrativos o notariales se ajustan mejor a los requisitos señalados por ella.

8. – La última sección anterior a aquella que recoge la opinión de la Corte (IX) es la sección VIII, que se ocupa del análisis de la "protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo". Originalmente, el Estado de Costa Rica indagó por la protección de los derechos patrimoniales "que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo" (§ 199), pero la Corte va más allá de esta pregunta, que estima limitada, y señala que las obligaciones estatales frente a aquellas parejas "trasciende[n] las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta[n] a todos los derechos humanos" (*ibidem*), con base en dos argumentos: en primer lugar, que el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege frente a "injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar", que en la jurisprudencia previa de la Corte se dijo abarca cuestiones sobre derechos derivados de "un vínculo resultante de relaciones afectivas entre parejas del mismo sexo" (§ 173), toda vez que la noción de familia aplicable en el sistema interamericano no es limitada (§§ 175 ss.), según sostiene la Corte con base en su interpretación evolutiva y apoyada en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, en tanto, concluye, han cambiado las nociones sociales sobre qué es una familia (§ 177) y debe tenerse en cuenta que la Corte ha protegido en su jurisprudencia a distintos modelos de familia a lo largo de su historia y jurisprudencia ("esta Corte ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia [...] esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo [...] [no es rol de la Corte] distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro"), razones por las cuales "una interpretación restrictiva del concepto de "familia" que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención [...] [que] es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos", sin distinción alguna", pues tal exclusión estaría basada en una "distinción artificial" (§§ 179-199).

Posteriormente, la Corte procede a estudiar las formas de protección del vínculo entre parejas del mismo sexo, y consciente de la oposición de algunos a ciertas formas de reconocimiento y protección (ej. matrimonial) de aquellos vínculos, la Corte dice que "en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera del otro" (§ 223). Tras examinar los cambios en algunos de los Estados de la región americana sobre esta cuestión, y la multiplicidad de mecanismos de protección existentes en algunas de ellas (§ 214), no necesariamente basados en el matrimonio, la Corte afirma, en primer lugar, que

los Estados tienen la libertad para extender "las instituciones existentes [frente a parejas heterosexuales] a las parejas compuestas por personas del mismo sexo", sin que sea necesaria "la creación de nuevas figuras jurídicas" para ellas (§ 218), y reitera que la falta de consenso "al interior de algunos países" no puede ser un argumento para negar o restringir derechos humanos, abandonando cualquier atisbo de coqueteo con nociones sobre márgenes de apreciación (N. Carrillo Santarelli, *La legitimidad como elemento crucial de la efectividad de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante casos complejos y desafíos regionales*, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2015, 18). Ahora bien, la CorteIDH va un paso más allá, y dice que la existencia de tratos diferentes "entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil— no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional" (§ 220), consideración que incluye para la Corte lo referente al matrimonio, que para ella no tiene como finalidad o característica necesaria la procreación (§ 221). Dicho esto, reconociendo las dificultades y debates políticos que probablemente habrá en sociedades americanas sobre esta cuestión (de hecho, un candidato opositor a la presidencia en Costa Rica propuso en su momento rechazar la OC-24/17), la Corte sostiene que, a los Estados con "dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo", se les "insta [...] a que impulsen realmente y de buena fe las reformas [...] necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos" (§ 226) de buena fe, y sin violar en el entretanto la prohibición de discriminación (§ 227), apelando implícitamente a una fórmula de progresividad. Ella resulta ser curiosa, porque supone que hay un deber de extender la posibilidad de acceder al matrimonio a las parejas del mismo sexo pero, siendo quizá la Corte consciente de posibles reacciones internas de rechazo a conclusiones pertinentes de su opinión consultiva, ella sugiere que hay un cierto plazo razonable para que los Estados que no lo contemplan lo permitan con un sistema de gradualidad.

Con esto concluye su análisis de fondo la CorteIDH en la opinión consultiva analizada, la cual, a mi parecer, revela particularidades sobre la mentalidad de la Corte y sobre la interacción de múltiples actores con ella y por parte de la Corte con ellos (existiendo tal vez, como otros han sugerido, un reforzamiento recíproco y dinámicas de auto-legitimación, en este caso en relación con posturas coincidentes de la Corte y otros actores cuya replicación genera percepciones de estándares existentes: K. Anderson, *"Accountability" as "Legitimacy": Global Governance, Global Civil Society and the United Nations*, *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, 36), no siendo únicamente los destinatarios y el público de su mensaje los Estados sino, además, activistas y terceros, en un sistema en el que los derechos de las personas LGBTI ha cobrado un acelerado dinamismo, como comprueban otras sentencias de la Corte, como aquellas vertidas en los casos Duque y Atala Riffo (CorteIDH, *Duque vs. Colombia*, 26-2-2016 [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas]; *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24-2-2012 [fondo, reparaciones y costas]), y la creación de la relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Tutela dei diritti dei popoli indigeni nel sistema CADU: note a margine della sentenza Pueblo indígena Xucuru

di Manfredi Marciante

Title: Indigenous peoples' rights in the Inter-American System of Human Rights: some considerations on the Pueblo indígena Xucuru judgement

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Indigenous People; Right to Collective Property; Right to Ancestor Lands; Right to Justice.

1. – Con la sentenza in epigrafe, la Corte interamericana dei diritti umani (Corte IDH) ha dichiarato la Repubblica Federale del Brasile responsabile della violazione di alcuni diritti protetti dalla Convenzione americana dei diritti umani (CADU) a danno del popolo indigeno Xucuru.

Pronunciandosi all'unanimità, i giudici di San José hanno accertato la violazione, da parte dello Stato brasiliano, del diritto alla ragionevole durata del processo (art. 8, par. 1, CADU), del diritto alla proprietà collettiva (art. 21 CADU) e del diritto alla protezione giudiziaria (art. 25 CADU) in relazione all'art. 1, par. 1, CADU e all'art. 2 della stessa Convenzione, che obbligano lo Stato, rispettivamente, al rispetto dei diritti in essa previsti e all'adozione di misure appropriate per garantirne la protezione. Sempre all'unanimità, il Brasile non è stato, invece, ritenuto responsabile della violazione del diritto all'integrità personale delle vittime (art. 5, par. 1, CADU).

2. – Il caso riguarda il popolo indigeno degli Xucuru, composto approssimativamente da 2.300 famiglie per un totale di 7.700 indigeni, divisi in 24 comunità e residenti nel municipio di Pesqueira – avente un'estensione di circa 27.555 ettari di terra – nella regione di Agreste del Pernambuco.

Nello specifico, la vicenda trae origine da un procedimento amministrativo volto al riconoscimento, titolazione e demarcazione del territorio degli Xucuru, intrapreso nel 1989 con la creazione della FUNAI (*Fundação Nacional do Índio*), ente brasiliano preposto all'elaborazione e all'implementazione delle politiche a favore dei popoli indigeni. In esito a tale procedimento, nel 1992, il Ministero della giustizia brasiliano concesse alla popolazione indigena la proprietà di un terreno che si estendeva approssimativamente a 24.755 ettari nel municipio di Pesqueira. Successivamente, nel 2001, la FUNAI – per conto della popolazione indigena – richiese che i summenzionati territori venissero iscritti nel registro degli immobili di Pesqueira. Questa procedura venne rallentata da alcune eccezioni di natura formale, che ponevano questioni di conformità della richiesta indigena al dettato normativo, tanto che solo anni dopo – nel 2005 – il territorio fu annotato nei registri.

A ciò va aggiunto che *medio tempore*, nel 1996, il processo amministrativo di diritto brasiliano fu riformato, estendendo anche a terzi interessati la possibilità di intervenire nel procedimento di delimitazione del territorio. Ciò consentì a diversi individui di impugnare il diritto di proprietà vantato dalla popolazione indigena sul territorio delimitato, obbligando lo Stato a risarcire buona parte degli occupanti non indigeni. Inoltre, nel 2002, un singolo intraprese un'azione di reintegro del possesso contro la popolazione Xucuru in relazione a una proprietà che si trovava all'interno del territorio delimitato e, nello stesso anno, altri proprietari chiesero l'annullamento del procedimento di riconoscimento, titolazione e demarcazione per cinque immobili situati all'interno della stessa area.

3. – Venendo al merito della pronuncia, quanto al diritto alla proprietà la Corte rammenta le obbligazioni che discendono dal dovere generale di protezione previsto dall'articolo 21 CADU, il quale, pur non facendo espresso riferimento al diritto alla proprietà collettiva (e lo stesso dicasi per le convenzioni collegate alla CADU), è stato interpretato proprio nella direzione di proteggere anche tale specifica forma di proprietà.

Trattasi di un'interpretazione evolutiva – e conforme all'art. 29, lett. (b, CADU, che proibisce un'interpretazione restrittiva della stessa Convenzione – che la Corte ha inaugurato nel caso *Comunidad Mayagna* (Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 31-8-2001 [*fondo, reparaciones y costas*]), nel quale, per la prima volta, fu stabilito che il termine *bienes* contenuto nell'art. 21 CADU si riferiva a tutte le cose – mobili e immobili – suscettibili di una valutazione di tipo economico (*ibidem*, § 144) che potevano costituire oggetto di diritti dei membri delle comunità indigene nella forma della proprietà collettiva. Inoltre, nel successivo caso *Yakye Axa* (Corte IDH, *Comunidad Indigena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17-6-2005 [*fondo, reparaciones y costas*]), i giudici hanno ricordato che l'art. 21 CADU certamente garantisce la protezione della proprietà privata dei singoli, confermando però che analoga tutela è offerta alla proprietà collettiva delle comunità indigene (sulla giurisprudenza dedicata ai popoli indigeni, cfr. O. Ruiz, G. Donoso, *Sección especial: pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotà, 2014, 971 ss.).

Nella sentenza in commento trova dunque conferma l'interpretazione teleologica, favorevole all'individuo, dei diritti previsti e tutelati dalla CADU, anche con riguardo all'aspetto culturale della vittima, per la prima volta evidenziato nella decisione sulle riparazioni del caso *Aloeboetoe* (Corte IDH, *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, 10-9-1993 [*reparaciones*]). In quell'occasione, la Corte accertò le violazioni della CADU tenendo in ampia considerazione gli usi e le consuetudini della comunità di provenienza delle vittime. Ora, sebbene questo caso, oramai risalente, non abbia direttamente a che vedere con l'identità culturale indigena, esso segna l'inizio di una giurisprudenza attenta all'interpretazione del "diritto CADU" in relazione all'identità culturale del soggetto. Quanto all'identità culturale indigena, lo stesso approccio ha avuto esordio nel citato caso *Yakye Axa* del 2005, nel quale si afferma che lo Stato ha l'obbligo di considerare le tradizioni e le caratteristiche che differenziano i membri delle comunità indigene dalla popolazione comune, considerando – nell'interpretare i diritti previsti dalla CADU – l'identità culturale come elemento caratterizzante. Nello stesso caso *Yakye Axa*, così come nel caso in commento, si affermava il diritto degli indigeni di accedere alle terre ancestrali, correlando il diritto alla proprietà della terra al diritto alla vita, in quanto gli stessi vivono di agricoltura nelle loro terre e, pertanto, hanno l'obbligo di conservare e preservare le risorse anche per le generazioni future.

È altresì confermato che gli Stati parte hanno l'obbligo, da un lato, di astenersi dal compiere atti che potrebbero risultare lesivi dei diritti riconosciuti dalla CADU e, dall'altro, di organizzare l'apparato governativo e, in generale, le strutture esercenti poteri pubblici, in modo da garantire l'esercizio libero e completo dei diritti protetti dalla stessa

Convenzione. In tal senso, richiamando anche la giurisprudenza di Strasburgo [Corte EDU, *Vinčić e altri c. Serbia*, 44698/06, 1-12-2009, § 56] i giudici di San José fanno perno sul concetto di "fiducia", che i cittadini ripongono nei confronti dello Stato, quale uno dei pilastri sui quali si basa lo stato di diritto. In proposito, risulta fondamentale un passaggio, nel quale i giudici affermano che:

> Así, para esta Corte, la seguridad jurídica se ve asegurada – entre otras concepciones – en tanto exista confianza que los derechos y libertades fundamentales serán respetados y garantizados a todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención Americana. Ello, como se explicó, puede darse por diversos medios, dependiendo de la situación en concreto y el derecho humano que se trate. (sentenza *Xucuru*, § 123)

Inoltre, i giudici ribadiscono che, come da oramai consolidata giurisprudenza [sentenza *Yakye Axa*, § 145; *Kalina y Lokono vs. Surinam*, 25-11-2015 [*fondo, reparaciones y costas*], § 156), è compito esclusivo dello Stato parte riconoscere se il diritto collettivo delle popolazioni indigene possa considerarsi "gerarchicamente superiore" al diritto alla proprietà privata, dato che la Corte non è un tribunale interno, non ha il compito di dirimere le controversie sorte tra privati e non può, dunque, compiere tale bilanciamento. Sul punto, è interessante osservare come, nella pronuncia qui commentata, la Corte richiami alcune sentenze della Corte Suprema Federale Brasiliana, (STF *Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol*, 19-3-2009; *Mandado de Segurança MS 21575/MS - Mato Grosso do Sul*, 3-2-1994) nelle quali, sulla base della Costituzione della Repubblica Federale del Brasile, è stata assegnata preminenza al diritto alla proprietà collettiva su quello individuale, qualora sia attestato un possesso storico delle terre e si dimostrino i legami che con esso gli indigeni intrattengano. La protezione che lo Stato brasiliano garantisce alle popolazioni indigene è inoltre riconosciuta nel Capitolo VIII della Costituzione brasiliana – rubricato "*Dos Índios*" – che all'articolo 231 afferma:

> São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (*Constituição da República Federativa do Brasil, Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 42 de 19 de dezembro de 2003, Capítulo VIII "Dos Índios", Art. 231)*

Pertanto, anche alla luce del diritto brasiliano, la Corte può affermare che i diritti delle popolazioni indigene prevalgono su quelli dei terzi in buona fede e degli occupanti non indigeni (sentenza *Xucuru*, § 127).

Giova, infine, aggiungere che – per assicurare una maggior tutela dei diritti delle popolazioni indigene – i giudici di San José hanno costantemente cercato di interpretare le norme della CADU tenendo conto anche degli sviluppi normativi internazionali e nazionali. Infatti, sarebbe difficile non prendere atto della protezione assicurata agli indigeni dalle norme dello Stato di provenienza, considerando che spesso il ricorso a principi e norme di diritto interno può integrare le lacune nella tutela internazionale delle popolazioni indigene (cfr. P. Pustorino, A. L. Palmisano, *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Seconda fase del seminario sull'identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosud come fattore die in questione integrazione e sviluppo, Siena 4-5 giugno 2007, in *Quaderni IILA*. ser. economia, 15 e ss.).

4. – Per quanto riguarda gli aspetti giudiziali della vicenda, in particolare la durata ragionevole del processo e l'efficacia dei processi amministrativi, la Corte ha confermato il proprio orientamento secondo cui i popoli indigeni hanno il diritto di disporre di meccanismi amministrativi efficaci e rapidi utili al riconoscimento della proprietà territoriale (Corte IDH, *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*,

8-10-2015 [*fondo, reparaciones y costas*] § 227), i quali devono chiaramente essere conformi agli *standard* di tutela in materia di giusto processo apprestati agli articoli 8 e 25 CADU (Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, 26-6-1987 [*excepciones preliminares*], § 92]. Non soltanto, poiché se il diritto degli individui a un rimedio efficace e tempestivo, di natura giudiziaria, al fine di proteggere i diritti fondamentali costituisce uno dei pilastri della CADU e, in generale, dello stato di diritto nelle società democratiche (Corte IDH, *Castillo Páez vs. Perú*, 3-11-1997 [*fondo*], § 82), è altresì vero che, stante la maggiore vulnerabilità e le caratteristiche economiche e sociali degli indigeni, i loro diritti dovrebbero essere tutelati in maniera ancor più incisiva (Corte IDH, *caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, 31-1-2001 [*competencia*], § 90].

Ciò premesso, i giudici di San José hanno rammentato che – secondo consolidata giurisprudenza interamericana – sussistono quattro elementi atti a verificare se la durata ragionevole di un processo sia stata garantita, cioè la complessità della questione, l'attività procedurale svolta dalla parte interessata, la condotta tenuta dalle autorità giudiziarie dello Stato e l'effetto che la disputa legale ha generato per la persona coinvolta nel processo (sentenza *Xucuru*, § 135). Sul primo presupposto, la Corte ha chiarito che, sebbene si rinvengano diversi occupanti non indigeni all'interno del territorio dall'inizio del procedimento amministrativo di riconoscimento, questo non basta a giustificare il ritardo di quasi 28 anni (di cui 19 nella competenza temporale della Corte) nel concludere la procedura. Non si possono, invece, imputare ritardi alla popolazione Xucuru. Infatti, il secondo elemento – chiarisce la Corte – è soddisfatto poiché è stato dimostrato che era onere dello Stato, attraverso il FUNAI, avviare e concludere il processo di demarcazione e titolazione del territorio, non essendo il popolo indigeno tenuto ad intervenire direttamente nel procedimento. Per quanto concerne il terzo elemento, la Corte ha ricordato che le autorità statali – in qualità di responsabili del procedimento amministrativo o giudiziario – hanno il dovere di dirigerlo non alterando le regole del giusto processo, facendo leva su aspetti di natura formale (cfr., in tal senso, Corte IDH, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25-11-2003 [*fondo, reparaciones y costas*], § 211]. Nel caso di specie, il riferimento è alle contestazioni formali che ritardarono, notevolmente e ingiustificatamente, l'iscrizione delle terre ancestrali nel registro immobiliare di Pesqueira. Infine, per quanto riguarda il quarto elemento, la Corte ha affermato che qualora il trascorrere del tempo possa determinare un impatto significativo sulla situazione giuridica dell'individuo, sarà necessario che il procedimento sia risolto con maggiore diligenza e in tempi brevi (Corte IDH, *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, 27-11-2008 [*fondo, reparaciones y costas*], § 155]. Nello specifico, la Corte ha ritenuto che l'eccessivo ritardo nel procedimento abbia gravato sulla posizione, già fragile, della popolazione indigena.

5. – Rispetto all'obbligo, *ex* art. 2 CADU, imposto allo Stato di adottare disposizioni di diritto interno atte a garantire i diritti protetti dalla Convenzione, la Corte ha ritenuto che né la Commissione né i rappresentanti delle vittime avessero presentato argomenti sufficienti per determinare quale norma fosse in conflitto con la CADU, né – quantomeno – come questa norma avesse avuto un impatto negativo nel processo di titolazione, riconoscimento e riorganizzazione del territorio Xucuru.

I giudici non possono, dunque, accertare la responsabilità internazionale del Brasile per violazione di tale norma pattizia. Nello specifico, la asserita (ma non dimostrata) incompatibilità si riferirebbe a norme definite "infra-costituzionali", che regolano il procedimento di titolazione e demarcazione in Brasile. Non è stata però specificata, secondo i giudici, né la norma incompatibile con la Convenzione, né il modo in cui essa avrebbe dovuto essere modificata per essere conforme alle disposizioni dell'art. 2 CADU. In tal senso, è utile ricordare che la Corte di San José aveva da tempo chiarito che:

> [l]a competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver

> casos concretos en que se alegue que un acto [u omisión] del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención (Corte IDH, Opinión consultiva 14/94, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*, 9-12-1994, § 48).

Risulta pertanto chiaro che l'onere di dimostrare che una norma interna viola la CADU ricade sulla Commissione e/o sui rappresentanti delle vittime ed inoltre, la asserita incompatibilità deve essere provata nel corso del procedimento davanti alla Corte. Quando ciò avviene, dunque quando l'incompatibilità tra la norma interna e la norma CADU viene dimostrata, i giudici possono imporre allo Stato parte di rimuovere tale antinomia sia abrogando le disposizioni non conformi (ad es., Corte IDH, *Garibaldi vs. Brasil*, 23-9-2009 [*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*], § 173), sia legiferando a fronte di un vuoto normativo contrario all'art. 2 CADU (ad es., Corte IDH, *Escher y otros vs. Brasil*, 6-7-2009 [*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*], § 254). Ciò è conforme alle previsioni della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, che esclude la possibilità di invocare delle norme interne per giustificare l'inadempimento di una regola pattizia (art. 27) e, in maniera simile, al *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* predisposto dalla Commissione del Diritto internazionale, secondo cui lo Stato che commetta un illecito internazionale non può invocare delle disposizioni del suo diritto interno al fine di essere esonerato dalla conseguente responsabilità (art. 32).

6. – Analoga è la sorte della censura relativa alla violazione del diritto all'integrità del popolo indigeno e dei suoi membri, dato che la Corte ha constatato che, sebbene vi sia stato un periodo di disordini e di tensione dovuto al difficoltoso procedimento di delimitazione delle terre ancestrali, non vi è stata alcuna violazione dell'art. 5, par. 1, CADU.

La Commissione non ha documentato i fatti da cui far discendere tale violazione e non ha precisato chi fossero le vittime, limitandosi genericamente a dar conto del senso di insicurezza e violenza nel territorio determinato dal ritardo nel procedimento di titolazione e demarcazione delle terre Xucuru. Nel decidere sulla mancata violazione, la Corte ha ritenuto che, nonostante sia indubbio che nel corso degli anni si sia verificata una situazione di instabilità politica nel territorio, l'argomentazione della Commissione non rappresenta una base sufficiente per stabilire la responsabilità internazionale dello Stato e – in egual misura – non sono state presentate prove sufficienti per dimostrare un danno irreparabile all'integrità mentale e morale del popolo indigeno.

7. – Infine, ai sensi dell'articolo 63, par. 1, CADU, la Corte di San José dispone sulle riparazioni. Come noto, la violazione di un obbligo internazionale comporta l'obbligo di ripararlo in maniera adeguata, obbligo previsto dal diritto internazionale generale e richiamato dalla Corte interamericana (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 21-7-1989 [*reparaciones y costas*], § 25]. Inoltre, spetta ai giudici disporre sui risarcimenti, tenuto conto del nesso di causalità con i fatti del caso quali emergono nel corso del procedimento (Corte IDH, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* 27-11-2008, [*fondo, reparaciones y costas*], § 110], delle violazioni asserite dalle parti, e della natura e della portata dell'obbligo di riparazione (Corte IDH, *Acosta y otros vs. Nicaragua* 25-3-2017 [*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*], § 210).

Nel caso in commento, il sistema di riparazioni è formato *in primis* dalla stessa sentenza, che costituisce, secondo le regole tradizionali in materia di responsabilità internazionale dello Stato, un tipo di riparazione dell'illecito nella forma della soddisfazione, e in una serie di prescrizioni al Brasile. In particolare, lo Stato parte dovrà garantire in maniera immediata ed effettiva il diritto alla proprietà collettiva per il popolo indigeno nel suo territorio, senza subire alcun tipo di interferenza o intrusione da parte di

Note e commenti – *DPCE on line*, 2018/2
ISSN: 2037-6677

terzi; esso dovrà inoltre concludere, con estrema diligenza ed entro 18 mesi, il procedimento di risanamento del territorio e dovrà pagare gli indennizzi pendenti e rimuovere tutti gli ostacoli volti al godimento del territorio indigeno; dovrà altresì corrispondere, come indicato nel dispositivo della sentenza in epigrafe, una somma di denaro alle vittime per il danno immateriale subìto e, infine, come di consueto, è tenuto a riferire, a distanza di un anno, sugli atti posti in essere per rispettare la sentenza.

Il contrasto tra capo dello Stato e Parlamento sulla nomina dei giudici costituzionali.

Il positivo sviluppo della vicenda slovacca come contraltare alla degenerazione costituzionale polacca?

di Arianna Angeli

Title: The confrontation between the President of the Republic and the Parliament on the selection of constitutional judges in Slovakia. A comparison with the Polish case

Keywords: Slovakia; Constitutional Court; Constitutional judges.

1. – Lo scontro tra Presidente della Repubblica, Consiglio nazionale (ovvero il Parlamento monocamerale slovacco) e Corte costituzionale, che ha caratterizzato l'ordinamento costituzionale slovacco a partire dal 2014, ha dimostrato quanto la mancata chiarezza sulle modalità di selezione dei giudici costituzionali possa rappresentare un pericolo per la stabilità delle istituzioni e per l'autonomia della Corte stessa, giungendo ad inficiare l'intero sistema dei contrappesi costituzionali come il caso della Polonia ha recentemente dimostrato.

Nonostante presupposti preoccupanti per una apparente similitudine con quanto accaduto in Polonia tra fine 2015 e 2016, in Slovacchia il confronto tra il Presidente della Repubblica, il Consiglio nazionale e la Corte costituzionale non ha mai raggiunto – anche nella sua fase più acuta – il livello di ostilità cha ha caratterizzato, in Polonia, i rapporti tra l'asse Governo-Presidente della Repubblica-maggioranza parlamentare, da un lato, e la Corte costituzionale, dall'altro. A parte la diversità che riguarda gli attori istituzionali protagonisti della "crisi" (in Slovacchia non si riscontra una omogeneità politica analoga a quella polacca, quanto piuttosto un aspetto di contrapposizione in regime coabitazionista), la moderazione del confronto rappresenta un fattore facilitante la soluzione del conflitto, in grado di evitare un deterioramento irreparabile nei rapporti tra le istituzioni e lo sviluppo di una retorica tanto aggressiva da arrivare a minare i fondamenti stessi della democrazia, come è avvenuto invece in Polonia e prima ancora in Ungheria [A. Di Gregorio, *The Fundamental Law of Hungary in the European context*, in Z. Szente, F. Mandák, Z. Fejes (eds.), *Challenges and Pitfalls in the Recent Hungarian Constitutional Development. Discussing the New Fundamental Law of Hungary*, Paris, 2015, pp. 258-275; A. Angeli, A. Di Gregorio, J. Sawicki, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in www.dpceonline.it, n. 3/2017].

I meccanismi di selezione dei giudici costituzionali costituiscono un elemento essenziale per assicurare l'autonomia e l'indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale [L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015] e per garantire un adeguato bilanciamento tra «posizioni politiche e giuridiche diverse all'interno della Corte» [*The Composition of Constitutional Courts. Venice*

Commission for Democracy through Law, CDL-STD(1997)020, Dicembre 1997, in www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD (1997)020-e]. Si tratta di un insieme complesso di fattori, che includono sia requisiti oggettivi e soggettivi che competenze di nomina ed altri aspetti. Nel caso slovacco hanno assunto un ruolo di primaria importanza gli attori istituzionali che prendono parte al processo di selezione dei giudici costituzionali, le maggioranze richieste, i requisiti di candidabilità e la durata del mandato.

Sulla base della classificazione proposta dalla Commissione di Venezia, la Slovacchia ha optato per un «modello ibrido» che combina l'elezione diretta dei candidati da parte del Consiglio nazionale con la nomina da parte del Presidente della Repubblica. Analogamente a diversi paesi dell'Europa centro-orientale, come Polonia e Ungheria, in Slovacchia il bilanciamento delle autorità che prendono parte al processo di selezione dei giudici costituzionali esclude il giudiziario ed il collegamento con il Parlamento appare più stretto, in virtù di retaggi culturali riconducibili ad una diffusa ostilità nei confronti dei giudici ed al ruolo forte delle assemblee esistente nel periodo socialista [L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, p. 575].

Come stabilito dalla Costituzione, all'art. 134, la Corte costituzionale si compone di 13 giudici nominati dal Presidente della Repubblica per un mandato di dodici anni – non rinnovabile – su proposta del Consiglio nazionale. Quest'ultimo elegge un numero doppio di candidati per ogni posizione vacante apertasi nella Corte costituzionale. Come previsto dai regolamenti parlamentari – ma non specificato dalla legge "Sull'organizzazione della Corte costituzionale, sui procedimenti dinnanzi alla Corte e sullo *status* dei giudici" 15 febbraio 1993 – i candidati sono eletti «a maggioranza assoluta dei presenti», che corrisponde alla maggioranza semplice dei voti (art. 115, regolamenti parlamentari). Come nel caso polacco, la Commissione di Venezia nel 2017 ha raccomandato l'introduzione di una maggioranza qualificata per la selezione dei giudici della Corte costituzionale, al fine di depoliticizzare l'intero processo e di promuovere la proficua cooperazione tra maggioranza parlamentare e opposizioni [*Slovak Republic. Opinion on questions Relating to the Appointment of the Judges of the Constitutional Court*, Parere 877/2017, CDL-AD(2017)001, 13-3-2017, par. 77, in www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)001-e].

Per quanto concerne i requisiti per avere accesso alla carica di giudice, sulla base di quanto previsto dalla Costituzione, art. 134, c. 3: «può essere nominato giudice della Corte costituzionale il cittadino della Repubblica slovacca eleggibile al Consiglio nazionale della Repubblica slovacca, che abbia compiuto 40 anni, che abbia una formazione giuridica di livello universitario e che abbia svolto per almeno 15 anni una professione di tipo giuridico».

Per ricostruire brevemente il contesto politico che ha portato allo scontro istituzionale sulla nomina dei giudici costituzionali si ricorda che il 3 aprile e il 15 maggio 2014, il Consiglio nazionale – in cui il partito socialista SMER-SD deteneva la maggioranza – ha eletto il doppio del numero dei giudici della Corte costituzionale il cui mandato era prossimo al termine, ovvero sei candidati (Jana Baricová, Jan Bernát, Eva Fulcová, Miroslav Ďuriš e Jurai Sopoliga e Imrich Volkai). Il Presidente della Repubblica Ivan Gašparovič – il cui mandato sarebbe anch'esso terminato quello stesso anno, il 15 giugno 2014 – ha lasciato la nomina dei tre giudici costituzionali al proprio successore. Le elezioni presidenziali del 2014 erano state vinte dal candidato indipendente Andrej Kiska, che il 29 marzo 2014 aveva superato il secondo turno di ballottaggio con il candidato socialista (e Primo Ministro in carica) Robert Fico.

Il 2 luglio 2014 il neo-eletto Presidente della Repubblica Kiska ha annunciato che avrebbe nominato solo uno tra i sei candidati proposti dal Consiglio nazionale, ma che si sarebbe rifiutato di nominare altri giudici costituzionali per le due rimanenti posizioni aperte. Secondo il parere del Capo dello Stato, nessuno degli altri cinque candidati eletti dal Consiglio nazionale sarebbe stato in possesso dei requisiti previsti dalla Costituzione per avere accesso alla carica di giudice costituzionale, sulla base del principio stabilito

dall'organo di giustizia costituzionale stesso nel 2012, con riferimento alla nomina del Procuratore generale. Nella sentenza PL ÚS 4/2012-77 del 24 ottobre 2012, infatti, la Corte aveva stabilito che il Presidente – in determinate circostanze – aveva il diritto di rifiutarsi di nominare un candidato proposto dal Consiglio nazionale per la carica di Procuratore generale, in assenza dei requisiti formali o in presenza di gravi circostanze che facessero sorgere dubbi sulla capacità del candidato di svolgere le proprie funzioni senza compromettere l'integrità dell'istituzione. In particolare, per quanto concerne la nomina dei giudici costituzionali, il Presidente della Repubblica riteneva che i candidati dovessero avere competenze specifiche in materia di diritto costituzionale.

Il 15 settembre 2014 i cinque candidati alla carica di giudice costituzionale rifiutati dal Presidente della Repubblica hanno presentato ricorso presso la Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 127 c. 1 della Costituzione. Nelle due decisioni del 23 ottobre 2014 (II. ÚS 718/2014 e II. ÚS 719/2014) il II Senato della Corte costituzionale ha ammesso il ricorso di due candidati (Bernát e Volkai), ma ha stabilito che il principio enunciato nella sentenza PL ÚS 4/2012-77 del 24 ottobre 2012 sarebbe stato rilevante in entrambi i casi. I candidati Bernát e Volkai hanno per questo ritirato il ricorso.

Il III Senato della Corte costituzionale, al contrario, ha accolto il ricorso degli altri tre candidati (Fulcová, Ďuriš e Sopoliga), considerando i tre casi in un procedimento congiunto, e nella decisione del 15 maggio 2015 (III. ÚS 571/2014) ha ritenuto che il Presidente – non avendo fornito una motivazione «adeguata, individuale e specifica» della ragione per la quale i tre candidati eletti dal Consiglio nazionale non erano stati valutati in possesso dei requisiti formali per avere accesso alla carica – avesse violato i diritti fondamentali dei ricorrenti. Il Capo dello Stato avrebbe altresì dovuto indicare una grave motivazione che facesse presumere che il candidato non fosse in grado di svolgere la funzione di giudice costituzionale.

In considerazione dell'incertezza generata da tale divergenza, l'11 agosto 2015, il Presidente della Repubblica ha richiesto alla Corte costituzionale un'interpretazione vincolante dell'art. 2 Cost., ai sensi degli artt. 128 e 134, c. 2 e in connessione con gli artt. 101, c. 1 e 102, c. 1, lett. s) per quanto concerne la selezione dei giudici costituzionali. Nella sentenza dell'adunanza plenaria del 28 ottobre 2015 (PL ÚS 45/2015), tuttavia, la Corte costituzionale rigettato la richiesta del Presidente affermando che la Corte stessa si era già pronunciata con la decisione del 15 maggio 2015 (decisione III. ÚS 571/2014).

Lo scontro istituzionale si è aggravato nel momento in cui il Consiglio nazionale ha eletto nel dicembre 2015 altri due candidati per un'ulteriore posizione resasi vacante nella Corte (Jana Laššakova e Mojmir Mamojka). Il 6 luglio 2016 il Presidente della Repubblica si è rifiutato ancora una volta di nominare i candidati selezionati dal Consiglio nazionale.

Il 5 e il 13 settembre cinque dei candidati rifiutati dal Capo di Stato (Fulcová, Ďuriš, Sopoliga e Bernát e Laššakova) hanno presentato ricorso presso la Corte costituzionale, che con la decisione del 14 settembre 2016 (I. ÚS 575/2016) ha ammesso i ricorsi.

L'8 dicembre 2016 il Presidente Kiska ha richiesto un parere alla Commissione di Venezia sulla nomina dei giudici della Corte costituzionale, la quale si è pronunciata con il parere del 10-11 marzo 2017, appoggiando la posizione espressa nella decisione del III Senato del 15 maggio 2015 e nella sentenza dell'adunanza plenaria del 28 ottobre 2016.

Lo scontro tra le principali istituzioni del paese ha portato la Corte costituzionale ad operare in composizione ridotta, inizialmente di undici giudici su tredici (dal luglio 2014) e successivamente di dieci giudici su tredici (dal dicembre 2015 al dicembre 2017), con conseguenze di rilievo sulla durata dei procedimenti – a causa dell'assenza di tre giudici, corrispondenti ad un Senato (come è accaduto in Polonia nel 2016) – e sulla possibilità dell'adunanza plenaria di assumere decisioni, per le quali è richiesta una maggioranza di sette giudici.

Con la decisione del 6 dicembre 2018 (I. ÚS 575/2016), il I Senato della Corte ha stabilito che il Presidente della Repubblica ha violato i diritti dei candidati eletti dal Consiglio nazionale rifiutandosi di nominare tra di essi i giudici costituzionali adducendo quale motivazione l'assenza di competenze adeguate in materia di diritto costituzionale,

di competenze linguistiche e di pubblicazioni rilevanti. Sebbene il I Senato fosse chiamato a pronunciarsi su ricorso di cinque candidati, ha ritenuto necessario estendere la decisione a tutti e sette i candidati rifiutati dal Presidente della Repubblica. Con la decisione del 6 dicembre 2018, il I Senato ha aggiunto inoltre che il rifiuto del Presidente della Repubblica di conformarsi alle precedenti sentenze della Corte andava considerato come «una deliberata violazione della Costituzione».

Come sottolineato dalla dottrina [S. Drugda, *Symposium on "The Slovak Constitutional Court Appointments Case"– Intermezzo to the Constitutional Conflict in Slovakia: A Case Critique*, 24-1-2018, in www.iconnectblog.com/2018/01/symposium-slovak-appointments-case-drugda; K. Baraník, *Symposium on "The Slovak Constitutional Court Appointments Case" – Perplexities of the Appointment Process Resolved by Means of "Fire and Fury"*, 24-1-2018, in www.iconnectblog.com/2018/01/symposium-slovak-appointments-case-baranik], la Corte costituzionale non avrebbe agito nel pieno rispetto del proprio regolamento, decidendo di considerare congiuntamente i casi di tutti e sette i candidati eletti dal Consiglio nazionale, compresi quelli che non avevano presentato ricorso contro la decisione del Capo dello Stato. Inoltre, solo l'adunanza plenaria – e non ciascun Senato – della Corte costituzionale avrebbe la competenza ad accertare la violazione della Costituzione e solo in un procedimento di messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 129, c. 2 Cost. (ma non in un ricorso *ex* art. 127, Cost.).

Il Capo dello Stato il 14 dicembre 2017 – pur rifiutandosi di dare attuazione a quanto previsto dalla sentenza I. ÚS 575/2016 – ha deciso di porre fine alla disputa sull'elezione dei giudici costituzionali ed ha nominato quali giudici della Corte i candidati Duriš, Laššáková e Mamojka [*Andrej Kiska vymenoval na ústavný súd Duriša, Laššákovú a Mamojku* (Andrej Kiska ha nominato Duriš, Laššák e Mamojka alla Corte costituzionale), 14-12-2017, in www.prezident.sk/article/andrej-kiska-vymenoval-na-ustavny-sud-durisa-lassakovu-a-mamojku]. Tuttavia, il Presidente della Repubblica avrebbe dovuto nominare due giudici tra i cinque candidati eletti nel 2014 e un giudice tra i due candidati eletti nel 2015, ma ha optato un solo candidato eletto nel 2014 (Duriš) ed entrambi i candidati eletti nel 2015 (Laššáková e Mamojka). La Corte costituzionale non ha però sollevato obiezioni, per facilitare la soluzione della "crisi" [M. Domin, *Symposium on "The Slovak Constitutional Court Appointments Case" – The President's Appointments*, 24-1-2018, in www.iconnectblog.com/2018/01/symposium-slovak-appointments-case-domin].

Nonostante l'apparente sblocco della situazione, lo scontro tra le istituzioni sull'elezione dei giudici costituzionali è lontano da una soluzione definitiva. Il mandato di nove su tredici giudici che compongono la Corte – compreso quello del suo presidente – terminerà il 16 febbraio 2019, un mese prima della fine del mandato del Presidente della Repubblica [M. Ovádek, *Drama or Serenity? Upcoming Judicial Appointments at the Slovak Constitutional Court*, 29-1-2018, in verfassungsblog.de/drama-or-serenity-upcoming-judicial-appointments-at-the-slovak-constitutional-court]. Tutto ciò potrebbe portare ad un nuovo confronto tra il Consiglio nazionale e il Capo dello Stato, chiamati rispettivamente ad eleggere diciotto candidati e nominare nove giudici della Corte costituzionale. Come ricordato, il Presidente della Repubblica non ha espressamente dimostrato l'intenzione di rispettare le decisioni della Corte costituzionale e continua a ritenere necessaria una pronuncia dell'adunanza plenaria sull'elezione dei giudici costituzionali ai sensi dell'art. 128 Cost.

Va tuttavia rilevato che la situazione politica della Slovacchia si è evoluta in maniera inaspettata negli ultimi mesi. La riforma dei meccanismi di selezione dei giudici della Corte costituzionale è divenuta uno dei principali temi del dibattito pubblico. Un primo progetto di riforma del procedimento per la nomina dei giudici costituzionali – che richiederebbe sia l'approvazione di un emendamento alla Costituzione che la modifica di una serie di leggi, tra le quali la legge sulla Corte costituzionale – è stato presentato da un gruppo di esperti, il 22 maggio 2018 [*Návrh zmien vo výbere sudcov Ústavného súdu SR* (Proposta di modifica dell'elezione dei giudici costituzionali della Repubblica slovacca), 22-5-2018, in viaiuris.sk/wp-content/uploads/2018/05/20180522-priloha-Návrh-

zmien-vo-výbere-sudcov-ÚS.pdf]. Nel documento, che si articola in sette punti, il gruppo di esperti propone l'introduzione di ulteriori requisiti per avere accesso alla carica di giudice costituzionale, attraverso l'aggiunta di un terzo periodo all'art. 134, c. 3 della Costituzione, il quale preveda che il giudice della Corte costituzionale sia «un giurista riconosciuto, la cui integrità e la cui vita privata, pubblica e professionale costituiscano una garanzia che egli/ella eserciterà la funzione in maniera appropriata, onesta, indipendente e imparziale». Nel documento del 22 maggio 2018 si propone dunque l'introduzione del requisito dell'"integrità" per i giudici costituzionali – in maniera del tutto analoga a quanto previsto per i giudici delle corti ordinarie, dall'art. 5, c. 2 della legge 385/2000 – e di un'età massima di 75 anni, mentre si sostiene la necessità di non apportare modifiche all'età minima di 40 anni prevista dall'art. 134, c. 3 della Costituzione attualmente in vigore.

Secondo il parere del gruppo di esperti, i candidati alla carica di giudice costituzionale dovrebbero presentare una candidatura scritta contenente informazioni relative alla propria situazione personale, economica, professionale, all'attività politica, nonché un *curriculum vitae* e una lista delle pubblicazioni.

Il gruppo di esperti ha proposto che – almeno sette mesi prima dell'elezione dei giudici costituzionali da parte del Consiglio nazionale – venga approntata e resa pubblica una lista di potenziali candidati da parte del comitato costituzionale del Consiglio nazionale. Tale adempimento, che sarebbe di grande utilità non solo per il Parlamento, ma anche per il Capo dello Stato nell'individuare i migliori candidati possibili.

Nel documento presentato dal gruppo di esperti si sottolinea, inoltre, la necessità di istituire una commissione *ad hoc* incaricata di raccogliere informazioni sui potenziali candidati e di fornire assistenza al comitato costituzionale nello svolgimento della propria attività. La commissione *ad hoc* sarebbe costituita da un esponente per ogni gruppo parlamentare e due membri selezionati dal Presidente della Repubblica. Inoltre, si dovrebbe tenere un'udienza pubblica dei candidati, alla presenza del comitato costituzionale, della commissione *ad hoc* ed eventualmente del Presidente della Repubblica, per consentire alle istituzioni che prendono parte al processo di selezione dei giudici costituzionali di valutare ogni candidato individualmente.

L'elemento di maggiore rilievo nella proposta qui esaminata concerne la possibilità di introdurre una durata differente del mandato dei giudici che saranno nominati nel 2019 – di 4, 8 e 12 anni – al fine di limitare l'influenza che un solo esecutivo potrebbe esercitare sulla composizione della Corte (memori degli eventi polacchi). I giudici costituzionali nominati per un mandato di durata inferiore ai 12 anni avrebbero la possibilità di essere selezionati per un ulteriore mandato.

Una disposizione simile era stata originariamente introdotta in Polonia, dalla prima legge sul Tribunale costituzionale del 29 aprile 1985, anche se in un contesto politico profondamente differente. Nonostante l'introduzione di tale meccanismo, nel caso polacco, la continuità di governo a seguito della vittoria di Piattaforma civica in due elezioni politiche consecutive, nel 2007 e nel 2011 – per la prima volta nella storia della Polonia – ha prodotto gravi squilibri nella composizione del Tribunale costituzionale, che insieme ad altri fattori ha contribuito ad esacerbare la crisi costituzionale del 2015-2016. Tuttavia, alla luce delle modalità nelle quali la crisi costituzionale polacca si è evoluta e del carattere sistematico che ha assunto, tale elemento per quanto legittimo si è rivelato pretestuoso.

Infine, nel progetto presentato dal gruppo di esperti si propone l'introduzione dell'elezione dei candidati a scrutinio palese ed a maggioranza qualificata (90 voti) al primo turno ed a maggioranza assoluta dei membri del Consiglio nazionale nei turni successivi (76 voti). Come indicato dalla Commissione di Venezia nel parere del 2017, l'accordo tra la coalizione di governo ed una parte delle opposizioni conferirebbe una grande legittimazione a ciascuno dei candidati eletti dal Parlamento.

Il 28 maggio 2018 il Ministro della Giustizia Gábor Gál ha presentato un proprio progetto per la modifica dei meccanismi di selezione dei giudici della Corte costituzionale [*reperibile al sito* www.justice.gov.sk]. Tale progetto richiederebbe la modifica della

Costituzione – col sostegno dunque anche di parte dell'opposizione – e l'approvazione di una nuova legge sulla Corte costituzionale. Come annunciato dal Ministro, il progetto verrà discusso dal governo nei mesi di luglio e agosto, verrà presentato al Consiglio nazionale nel mese di settembre e dovrebbe entrare in vigore entro novembre, prima dell'elezione dei diciotto candidati alla carica di giudice costituzionale da parte del Consiglio nazionale.

Per quanto concerne gli emendamenti alla Costituzione, nel testo presentato dal Ministro della Giustizia si propone l'aggiunta di un secondo periodo all'art. 84, c. 3 della Costituzione che introduca l'elezione dei candidati «a maggioranza assoluta dei membri del Consiglio nazionale», dunque con 76 voti. Nonostante si fosse inizialmente discusso della possibilità di introdurre una maggioranza qualificata – sostenuta anche dal gruppo di esperti che ha presentato il proprio progetto il 24 maggio – il Ministro della Giustizia ha sottolineato che maggioranze più elevate potrebbero fare sorgere delle difficoltà nell'individuare candidati per la posizione di giudice della Corte costituzionale, e che potrebbe rivelarsi politicamente complesso anche trovare candidati che ottengano il sostegno di 76 parlamentari [M. Terenzani, *Minister unveils long-awaited rules for the election of Constitutional Court judges*, 28-5-2018, in spectator.sme.sk].

Sulla base di quanto previsto nel progetto del Ministro della Giustizia – ed in contrasto con la proposta presentata dal gruppo di esperti – l'art. 134, c. 3 della Costituzione dovrebbe essere emendato per introdurre un'età minima di 45 anni per avere accesso alla carica di giudice della Corte costituzionale, in luogo dei 40 anni previsti dall'articolo nella sua attuale formulazione. Il Ministro della Giustizia ha sostenuto in questo modo l'opportunità di proporre candidati con una maggiore esperienza.

Infine, il progetto di riforma prevede un'età massima per esercitare la funzione di giudice costituzionale di 68 anni, attraverso l'aggiunta di un nuovo art. 146a, Cost. Analogamente, nel progetto presentato dal gruppo di esperti si era sostenuta l'ipotesi di prevedere un'età massima, ma si faceva riferimento ad una soglia decisamente più elevata, di 75 anni.

Nel progetto del 28 maggio si propone inoltre l'approvazione di una nuova legge "Sulla Corte costituzionale che emenda anche altre leggi", redatta sulla base del testo attualmente in vigore. Quest'ultima introdurrebbe una nuova procedura per la selezione dei candidati che il Consiglio nazionale è chiamato a eleggere, in base alla quale il comitato costituzionale dovrebbe presentare per ciascuno dei candidati una proposta giustificata, con allegata una lettera motivazionale redatta dal candidato stesso (nuovo articolo 15, c. 3). Nel progetto è previsto che i candidati debbano ottenere la maggioranza assoluta dei voti dei membri del Consiglio nazionale per essere eletti (nuovo art. 115), in conformità con quanto previsto dal nuovo art. 84, c. 3 della Costituzione.

Sulla base di quanto proposto nel progetto di riforma del Ministro della Giustizia – così come nel testo del 24 maggio presentato dal gruppo di esperti – in una fase preliminare, il comitato costituzionale sarebbe chiamato a discutere in un'"udienza pubblica" le candidature che intende presentare al Consiglio nazionale, alla presenza dei giudici della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica (nuovo art. 116a, c. 2). Ai candidati verrebbe richiesto di rispondere ad una serie di questioni dei parlamentari presenti e del Presidente della Repubblica o di un suo rappresentante (nuovo art. 116a, c. 3).

Nel testo presentato dal Ministro della Giustizia non sono invece state prese in considerazione le proposte formulate dal gruppo di esperti concernenti l'introduzione di una durata differente del mandato dei giudici della Corte costituzionale – per limitare la possibilità che l'intero organo di giustizia costituzionale venga eletto da una sola coalizione di governo – l'introduzione dell'elezione dei giudici costituzionali a scrutinio palese, la creazione di una commissione *ad hoc* per la valutazione dei candidati e di una lista di potenziali candidati da sottoporre al Consiglio nazionale, a causa dell'assenza in Parlamento del necessario sostegno politico nei confronti di tali misure.

L'introduzione di un'età massima per svolgere le funzioni di giudice della Corte costituzionale ha sollevato grande preoccupazione, poiché appare meno garantista rispetto al procedimento attualmente in vigore, che richiede che il Presidente della Repubblica decida sulla destituzione di un giudice costituzionale che abbia raggiunto i 65 anni di età, su proposta del Consiglio della Magistratura (art. 18, c. 2, legge "Sulla Corte costituzionale").

Per concludere si ricorda che sia in Polonia che in Slovacchia, il confronto tra forze politiche differenti – tra partiti antagonisti, nel caso della Polonia e tra un Presidente che si è presentato come candidato indipendente alle elezioni presidenziali ed una coalizione di governo di sinistra, nel caso della Slovacchia – ha prodotto conseguenze di rilievo sull'organo di giustizia costituzionale, mentre i meccanismi che avrebbero dovuto prevenire tale situazione non si sono dimostrati adeguati.

Nel caso polacco infatti, l'incapacità di trovare una soluzione di compromesso tra i diversi schieramenti ha portato ad un deterioramento dei rapporti tra le istituzioni. Le singole violazioni delle diposizioni costituzionali che hanno caratterizzato la prima fase della crisi costituzionale hanno progressivamente assunto un carattere sistematico, arrivando a minare gli stessi fondamenti dell'ordinamento democratico [A. Angeli, *Polonia. Le derive di una democrazia (quasi) maggioritaria*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2016; A. Bień-Kacała, *Polish Constitutional Tribunal: a Systemic Reform or a Hasty Political Change*, in www.dpceonline.it, n. 1/2016; M. Dicosola, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, in www.osservatorioaic.it, n. 1/2016; T.T. Koncewicz, *Farewell to the Polish Constitutional Court*, in verfassungsblog.de, 9-7-2016; J. Sawicki, *Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale. Polonia 2016*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, n. 1/2016].

Come da più autori rilevato [A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford-Portland, 2015; J. Sawicki, *Democrazie illiberali*, Milano, 2018] le recenti crisi costituzionali hanno mostrato sia in Polonia che in Ungheria un preoccupante riavvicinamento a pratiche che caratterizzavano il precedente regime, tra cui la delegittimazione del testo costituzionale.

In Slovacchia, nonostante il confronto tra le istituzioni abbia portato a delle difficoltà nella nomina dei giudici costituzionali e di fatto ad un rallentamento dell'attività dell'organo di giustizia costituzionale, lo scontro politico non sembra avere costituito un pericolo per l'ordinamento costituzionale. I recenti avvenimenti segnalano non solo la volontà delle istituzioni – ed in particolare del Presidente della Repubblica – di arrivare ad una soluzione di compromesso, ma anche una forte partecipazione della società civile, che si è dimostrata in grado di formulare proposte concrete per risolvere la situazione di conflitto venutasi a creare, e la capacità dei diversi attori politici di instaurare un dialogo inclusivo per arrivare all'approvazione di una riforma condivisa.

Il diritto alla verità nel dialogo tra Corti. Roma accoglie le suggestioni di San Josè de Costarica

di Davide Bacis

Title: The right to the truth within the judicial dialogue among Courts: from San José to Rome

Keywords: Right to the truth; Human rights; impunity; Judicial dialogue.

1. – Esiste nell'ordinamento italiano un diritto alla verità? L'interrogativo sorge in relazione ad un tema su cui in dottrina si presentano due posizioni nettamente separate. Da un lato, l'esistenza stessa del diritto alla verità, inteso in senso ampio, è messa fortemente in dubbio, dall'altro vi sono autori che sostengono, chi in senso dubitativo, chi invece con convinzione, che il diritto in esame vada annoverato tra i diritti fondamentali (tra coloro che ne negano l'esistenza D. Nocilla, *Il diritto alla verità nell'età della globalizzazione*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2003, pp. 401-420. Tra chi lo ritiene invece un "diritto nuovo" J.E. Méndez, *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, in M. Abregú e C. Courtis (a cura di), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2004, p. 517-540; in senso più dubitativo si veda invece, tra gli altri, L. Burgorgue-Larse, *The right to the truth*, in L. Burgorgue-Larse e A. Úbeda de Torres (a cura di), *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 695-717). Il tema del diritto alla verità è, dunque, fonte di acceso dibattito, ed è pertanto legittimo chiedersi se la formulazione che ne è stata data dalla giurisprudenza sovranazionale abbia trovato un riconoscimento nell'ordinamento nazionale, se, quindi, il diritto alla verità storica – non solo processuale – sia in qualche modo stato recepito dalla giurisprudenza delle Corti nazionali. Rispondere a questa domanda non è semplice, tuttavia un prezioso contributo può essere rappresentato dalla sentenza n. 1609/2018, pubblicata il 23 gennaio. Con la decisione in commento, il Tribunale di Roma, facendo proprio l'orientamento ormai consolidatosi nella giurisprudenza interamericana, ha riconosciuto il Ministero della Difesa responsabile ai sensi dell'art. 2043 cc. di aver ripetutamente violato, con azioni omissive e commissive, il diritto alla verità, nel senso della verità storica, dei ricorrenti – la moglie e i figli di Davide Cervia – e ha, quindi, condannato il Dicastero al risarcimento dei danni di natura non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 cc.

La nota vicenda, che riguarda il presunto rapimento di un ex sergente della Marina Militare, con competenze altamente specializzate sulle tecnologie in uso per le c.d. guerre elettroniche, ha inizio il 12 settembre 1990, quando Davide Cervia scompare misteriosamente nei pressi di Velletri. Le autorità, prontamente avvertite, hanno da subito ritenuto che l'allontanamento volontario fosse l'ipotesi più plausibile, benché la famiglia avesse più volte dichiarato che non v'erano elementi di fatto a supporto di questa tesi. Al contrario, le circostanze della scomparsa avrebbero fatto presumere un sequestro di

persona. Convinta di questa tesi, la moglie del Cervia ha intrapreso una lunga ricerca della verità, volta al reperimento di informazioni che potessero essere utili al ritrovamento del marito.

Questa indagine rivela che, negli anni in cui aveva prestato servizio in Marina, il Cervia era uno tra i pochissimi esperti di guerra elettronica, il che lo rendeva – secondo quanto affermato da un rapporto sei servizi di *intelligence* del 1994 – target di Governi stranieri. Queste informazioni sono state taciute dal Ministero della Difesa fino al 1994. Il Dicastero, infatti, non solo ha omesso di comunicare elementi rilevanti circa le mansioni del Cervia, ma ha altresì fornito «documenti non veri e reticenti».

L'inattività della magistratura (nel 1998 il caso è stato avocato dalla Procura Generale presso la Corte d'Appello di Roma dove, a causa del lungo tempo trascorso e dell'inefficienza delle indagini svolte negli otto anni precedenti, il procedimento contro ignoti per il sequestro di persona di Davide Cervia è stato archiviato), la mancata collaborazione, i ritardi, i depistaggi e le omissioni del Ministero della Difesa hanno concretamente impedito che i responsabili dell'accaduto venissero individuati, portando la famiglia ad intraprendere un'estenuante ricerca della verità, durata più di venticinque anni.

La decisione in commento, che arriva a seguito di un lungo e complesso processo, offre diversi spunti di riflessione e si connota per la sua duplice anima: la prima di tipo storico-fattuale, la seconda, invece, di natura più giuridico-costituzionale. Da un lato, infatti, la pronuncia del Tribunale di Roma sembra mettere un punto fermo ad un'oscura vicenda del recente passato del nostro Paese; dall'altro, i giudici della capitale aprono le porte dell'ordinamento nazionale ad un "nuovo" diritto, giacché riconoscono il diritto alla verità non solo come un mero interesse di natura processuale (cioè la verità processuale), bensì come un vero e proprio diritto autonomo, personalissimo e che trova fondamento direttamente nel dettato costituzionale (ossia la verità storica). Vieppiù, la pronuncia oggetto di analisi dimostra l'importanza rivestita dal dialogo tra Corti, di diverso ordine e grado e, soprattutto, di diversi ordinamenti, così come la rilevanza del diritto comparato nell'elaborazione e nella circolazione di strumenti di tutela delle vittime, quali il diritto alla verità. Questo – la cui elaborazione più significativa è da attribuirsi alla Corte interamericana dei diritti umani nell'ambito della c.d. giustizia di transizione (v. *infra*) – trova spazio e ricopre un ruolo fondamentale anche in ambiti diversi da quelli in cui si è sviluppato, ovverossia in Paesi con una consolidata tradizione democratica (A. Vedaschi, *Il diritto alla verità e le misure antiterrorismo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in L. Forni, T. Vettor (a cura di), *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Torino, Giappichelli, 2017).

2. – Prima di procedere con l'esame dei passaggi chiave della pronuncia che si commenta, è opportuno ripercorre le tappe fondamentali nell'evoluzione del diritto alla verità, anche al fine di evidenziare gli elementi oggetto di comparazione che hanno, direttamente o indirettamente, influenzato il *reasoning* del Tribunale di Roma nel suo riconoscimento nell'ambito dell'ordinamento nazionale.

Le origini del diritto alla verità, e l'avvio del suo tortuoso percorso evolutivo sono da ricondurre all'imperversare, nel continente sudamericano, del fenomeno delle sparizioni forzate. La fine dei regimi totalitari che ivi si erano instaurati nella seconda metà del '900, e l'avvio di procedimenti di giustizia di transizione volti al consolidamento delle neonate democrazie – attraverso la ricostruzione storica delle vicende, ancora in ombra, che avevano drammaticamente segnato la società civile – hanno portato a una richiesta sempre maggiore di giustizia e verità da parte delle vittime e della collettività.

È in questo quadro che si inseriscono le decisioni della Commissione interamericana dei diritti umani che, già a partire dai primi anni '90, ha estrapolato dal testo della Convenzione interamericana i lineamenti e le caratteristiche peculiari proprie del diritto alla verità. Invero, è grazie all'indefesso lavoro della Commissione che si è giunti

all'elaborazione di una duplice dimensione del diritto: quella individuale, configurabile in capo alle vittime, cui deve essere garantito il diritto di conoscere i fatti e i responsabili degli abusi subiti; e quella collettiva, propria della società tutta, cui dovrebbe essere riconosciuto il diritto di muovere verso la ricostruzione delle istituzioni democratiche e della propria convivenza, anche attraverso la conoscenza dei dettagli delle tragiche vicende che hanno interessato il Paese. Vieppiù, nell'interpretazione estensiva adottata dalla Commissione, il diritto alla verità non costituisce la specificazione di diritti preesistenti, bensì viene inquadrato come un diritto autonomo, dotato di forza propria e giustiziabile in quanto tale (cfr. L. Burgorgue-Larse, *The right to the truth*, cit.).

L'idea di una dimensione collettiva e la concezione del diritto alla verità come diritto autonomo rappresentano tuttora aspetti controversi che alimentano il dibattito dottrinale in corso sul tema. Non è stato un caso, del resto, che i due elementi menzionati abbiano indotto la Corte interamericana a non aderire, almeno in una fase iniziale, all'orientamento progressista della Commissione. La Corte, che inizialmente aveva negato che la Convenzione contemplasse il diritto alla verità (*Castillo Páez v. Perù*, 1997 Inter-Am. Ct. H.R. (ser.C) No. 34, par. 86), ha successivamente accolto, benché solo parzialmente, le istanze esposte dalla Commissione, ammettendo, pertanto, che fosse possibile ammettere l'esistenza della verità come diritto in seno al sistema interamericano di tutela dei diritti. I giudici di San José si sono dimostrati cauti nell'allargare le maglie della Convenzione in favore del diritto di cui qui si tratta. A lungo, infatti, la Corte ha sussunto il diritto alla verità nel più ampio diritto di accesso alla giustizia, riconducibile al combinato disposto degli artt. 8 e 25 della Convenzione (*Bámaca Vélasquez v. Guatemala*, 2000 Inter-Am. Ct. H.R. (ser.C) No. 70, parr. 200-201). Più nello specifico, con la decisione presa nel caso *Bámaca Vélasquez*, la Corte ha riconosciuto che il diritto alla verità andasse ricompreso nel più ampio diritto delle vittime di ottenere informazioni da parte dello Stato, attraverso indagini e processi, così come ricavabile dalla lettura degli artt. 8 e 25. Pertanto, le doglianze dei ricorrenti circa la violazione del diritto alla verità non meriterebbero una trattazione a sé, dovendo rimandarsi a quegli aspetti del *reasoning* in materia di accesso alla giustizia. L'interpretazione adottata dalla Corte nella sentenza del caso *Bámaca Vélasquez* è rimasta invariata negli anni a seguire, anche a fronte dell'ammissione, da parte degli Stati convenuti, di aver violato il diritto alla verità (*Barrios Altos v. Perù*, 2001 Inter-Am. Ct. H.R. (ser.C) No. 75, parr. 46-49).

Nel corso del tempo, l'approccio della Corte di San José nei confronti del diritto alla verità è tuttavia andato modificandosi. L'influenza del diritto internazionale e il lavoro della Commissione hanno, infatti, portato i giudici della Corte ad ampliare il suo campo di applicazione e a consolidare la base giuridica da cui è stato fatto discendere. Non solo si è proceduto ad accostare gli artt. 1, primo comma, e 13 della Convenzione – rispettivamente il dovere degli Stati di il libero godimento dei diritti previsti dalla Convenzione, e il diritto alla libera manifestazione del pensiero – agli artt. 8 e 25 in cui era stato inizialmente sussunto, ma è stata riconosciuta la rilevanza giuridica della sua dimensione collettiva. Invero, i membri della Corte sono giunti ad affermare che anche la società, e non solo le vittime, sia titolare del diritto di conoscere la verità riguardo gravi violazioni dei diritti fondamentali (*Anzualdo Castro v. Perù*, 2009 Inter-Am. Ct. H.R. (ser.C.) No. 202, parr. 118-120). Da ultimo, con riferimento alla base giuridica, non v'è dubbio che la Corte si sia spinta ad ammettere il carattere autonomo del diritto alla verità. Benché la Convenzione non lo preveda in modo espresso, la Corte ha stabilito che nulla preclude che il suo sindacato si estenda anche a violazioni di quest'ultimo (circa l'autonomia del diritto alla verità si vedano D. Groome, *The Right to the Truth in the Fight Against Impunity*, in *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29 n. 1, 2011, p. 175 ss. e E. Ferrer Mac-Gregor, *The* Right to the Truth *as an Autonomous Right Under the Inter-American Human Rights System*, in *Mexican Law Review*, Vol. 9 n. 1, 2016, p. 121 ss.). A tal proposito, non mancano esempi di casi in cui, in tempi più recenti, vi è stato l'espresso riconoscimento, sostenuto da un'argomentazione approfondita, di una sua violazione, o di casi in cui la verità è stata ricavata dal diritto all'integrità personale (*Gomes Lund et. al. ("Guerrilha do Araguaia") v.*

Brazil, 2010 Inter-Am. Ct. H.R. (ser.C) No. 219, par. 6, *Gudiel Álvarez et. al. ("Diario Militar") v. Guatemala*, 2012 Inter-Am. Ct. H.R. (ser.C) No. 235, par. 269).

Più incerta, inizialmente, in tema di riconoscimento del diritto alla verità è parsa essere la Corte europea dei diritti dell'uomo; come anticipato, però, tale ritrosia deve essere attribuita proprio al differente contesto storico e politico in cui la Corte di Strasburgo si trova ad operare. Contrariamente, infatti, al substrato che ha visto la nascita del diritto di cui qui si tratta in America Latina, la Corte europea si è trovata a svolgere le proprie funzioni – seppur con non poche eccezioni – in un contesto scevro da conflitti bellici interni e fasi di transizione da regimi totalitari a democrazie instabili. In seno al Consiglio d'Europa, quindi, il diritto alla verità parrebbe essere parzialmente superfluo, mancando le realtà di fatto che ne richiederebbero l'applicazione. Tuttavia, in forza di circostanze particolari che hanno interessato il vecchio continente – si pensi all'incessante lotta al terrorismo internazionale –, le condotte degli Stati hanno indotto la Corte a mutuare istituti estranei all'ordinamento europeo, per far fronte alle gravi violazioni di diritto fondamentali poste in essere in nome della c.d. *war on terror* (a tal proposito è doveroso il rinvio a A. Vedaschi, *Globalization of Human rights and Mutual Influence Between Courts. The Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Shetreet (a cura di), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2014, pp. 107 ss.).

Emblematico è l'ormai noto caso *El-Masri*, da inquadrarsi nel contesto delle *extraorinary renditions* eseguite dai servizi di *intelligence* statunitensi, con la cooperazione e la connivenza delle autorità e delle istituzioni dei Paesi europei. Sorvolando sulla vicenda specifica, non essendo questa la sede più appropriata per una sua trattazione (per un commento alla sentenza, si veda F. Fabbrini, *The European Court of Human Rights, Extraordinary Renditions and the right to the Truth: Accountability for Gross Human Rights Violations Committed in the Fight Against Terrorism*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 14 n. 1, 2014, pp. 85 ss.; A. Vedaschi, *Globalization of Human rights and Mutual Influence Between Courts*, op. cit.), ciò che rileva ai fini del presente lavoro è il *reasoning* con cui la Corte ha aperto le porte dell'ordinamento europeo al diritto alla verità. Rileva evidenziare che i contenuti del diritto alla verità, ovverossia l'obbligo degli Stati di indagare su gravi violazioni dei diritti umani, sono stati a più riprese ribaditi, fino a portare la Corte a riconoscere l'esistenza di un diritto alla verità per i singoli e per la collettività (si veda, a titolo esemplificativo, il caso *Association "21 December 1989" and others v. Romania*, 2011 Eur. Ct. H.R. (3 sez.), App. No. 33810/07). Con la sentenza *El-Masri*, la Corte non solo ribadisce l'esistenza del diritto alla verità e l'importanza di entrambe le sue dimensioni, ma ne riconosce la sua portata autonoma, ancorandolo alla dimensione procedurale dell'art. 3 della Convenzione (cfr. A. Vedaschi, *Globalization of Human rights and Mutual Influence Between Courts*, op. cit., F. Fabbrini, *The European Court of Human Rights, Extraordinary Renditions and the Right to the Truth*, op. cit.).

Da ultimo, è opportuno richiamare alcune pronunce di Corti nazionali sudamericane, le cui argomentazioni in materia di diritto alla verità e dignità dell'uomo hanno fortemente caratterizzato il processo evolutivo del diritto di cui si parla. Tra queste, di particolare pregio è stato il lavoro della Corte costituzionale colombiana. A partire dal 1993, infatti, la Corte s'è espressa in favore del diritto alla verità, dandone fin da subito l'interpretazione più ampia possibile. Infatti, già con la prima sentenza in materia, i giudici colombiani hanno ammesso la dimensione collettiva del diritto (sent. T-578/93, par. 4.1). L'evoluzione, in chiave "progressista", della giurisprudenza costituzionale colombiana ha, da ultimo, portato al riconoscimento del diritto alla verità come estrinsecazione della dignità umana, da cui trae origine. Lo stretto collegamento che la Corte individua tra verità e dignità mette in luce la natura di diritto fondamentale del diritto alla verità (cfr. L.G. Torreblanca Gonzales, *El Derecho a la Verdad en el Ámbito Iberoamericano*, in *Ius Humani. Revista de Derecho*, Vol. 3, 2013, p. 9 ss.; D. García-Sayan, *The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America*, in *Texas Law Review*, Vol. 89, p. 1835 ss.). La Corte colombiana è solo una tra le tante dell'America Latina ad aver riconosciuto il diritto alla

verità. Non meno importante, infatti, è la giurisprudenza del Tribunale costituzionale del Perù che, con la sentenza 2488-2002-HC/TC, ha garantito rango costituzionale al diritto in esame, definendolo imprescrittibile, inalienabile e fondamentale, proprio in forza della sua stretta connessione con la dignità umana stessa (D. Garcia Sayàn, *Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos*, in AA.VV. *La Corte Intermaricana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2005, p. 323-384).

3. – Avendo contestualizzato il diritto alla verità, nel farne emergere la dimensione collettiva, cioè quella della verità storica, ed evidenziati i passaggi fondamentali del suo processo evolutivo, è ora possibile passare all'esame della sentenza in commento. Come si vedrà, i passaggi fondamentali della pronuncia del Tribunale di Roma richiamano i principi frutto dell'elaborazione giurisprudenziale delle Corti sudamericane e, benché implicita, l'influenza del sistema interamericano traspare dal *reasoning* dei giudici romani.

Venendo, quindi, all'esame della sentenza, in via preliminare, va sottolineato come questa costituisca uno tra i primi riconoscimenti espliciti del diritto alla verità all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Inoltre, l'elaborazione che ne è stata fatta da parte dei giudici romani rappresenta, ad oggi, la più articolata enunciazione del diritto di cui si tratta, anche in considerazione del fatto che si è assistito ad un pregevole tentativo di ancorare il diritto alla verità al dettato costituzionale, non limitandosi ad un generico richiamo all'art. 2, ma leggendolo in combinato disposto con l'art. 21. Tuttavia, la sentenza in commento, benché le si possano riconoscere numerosi meriti, non rappresenta un *unicum* nel panorama nazionale; al contrario, questa si inserisce nel solco tracciato da una precedente decisione del Tribunale di Palermo. Nello specifico, con la sentenza n. 4067/2011, pubblicata il 21 settembre dello stesso anno, il giudice palermitano si pronunciava condannando il Ministero della Difesa e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti al risarcimento dei danni per i familiari delle vittime per il disastro aereo di Ustica. Oltre al danno patrimoniale e non patrimoniale per la perdita parentale, il giudice ha riconosciuto e ordinato il risarcimento del danno non patrimoniale «derivante dagli ostacoli all'accertamento delle cause del sinistro, e quindi all'identificazione degli autori materiali del reato di strage che sono potuti restare impuniti».

L'interesse degli attori a conoscere le cause del disastro viene qualificato, da un punto di vista giuridico, anzi tutto come un interesse di natura non patrimoniale al quale, nell'opinione del giudice di Palermo, non può non attribuirsi rilevanza costituzionale. Infatti, l'interesse degli attori sarebbe fortemente connesso alla personalità dell'individuo e alla possibilità che questa si sviluppi appieno e liberamente, rientrando pertanto nell'ambito del principio personalista sancito e tutelato dall'art. 2 della Carta costituzionale. Il Tribunale di Palermo riconosce, quindi, un bisogno di verità, la cui negazione da parte della pubblica autorità ha inciso negativamente sul sano sviluppo della personalità dei familiari delle vittime.

La rilevanza giuridica del citato interesse è testimoniata, nell'opinione del giudice scrivente, anche dal ruolo proattivo che il codice di procedura penale riconosce alla persona offesa in sede di indagini preliminari. Inoltre, ad ulteriore riprova della natura dell'interesse in gioco vi è il processo penale stesso, la cui funzione non può limitarsi ad una mera sanzione del responsabile, ma che deve ambire alla ricostruzione della verità. L'accertamento dei fatti in sede processuale, però, ha un compito che va oltre la normale funzione dell'attività giudiziaria penale. Il giudice, infatti, gli riconosce rilevanza autonoma, separata dall'irrogazione della pena, a dimostrazione di un più ampio interesse a che sia la verità storica ad emergere. Vieppiù, la sentenza palermitana, a suo modo, rintraccia una dimensione collettiva dell'interesse, ammettendo che la condotta dello Stato – a cui non sono attribuiti i singoli delitti, bensì la responsabilità per aver indebitamente inficiato il corretto operare dell'autorità giudiziaria – violi non solo i diritti dei singoli, ma anche la «dignità dell'intero paese». Il giudice, adducendo un'argomentazione innovativa

per quanto riguarda il diritto alla verità, afferma che ostacolare il normale esercizio della funzione giurisdizionale viola i principi costituzionali di cui all'art. 97 della Costituzione, posti a tutela del singolo, ma anche della collettività nella sua interezza.

La sentenza del Tribunale di Roma, come anticipato, condanna il Ministero della Difesa al risarcimento del danno non patrimoniale. Al Dicastero vengono imputate una pluralità di condotte, commissive e omissive, che hanno «impedito, ostacolato o, comunque, condizionato la ricerca delle cause della scomparsa di Davide Cervia e il regolare svolgimento dell'indagine giudiziaria penale». Queste hanno violato, secondo il convincimento del giudice di prime cure, non un mero interesse, come sostenuto dal Tribunale palermitano, bensì un vero e proprio diritto soggettivo, il cui contenuto si estrinseca nella pretesa di ottenere, senza che vengano illegittimamente posti ostacoli, ogni notizia rilevante, utile o necessaria, che sia precondizione per l'esercizio di altri diritti fondamentali. Si può notare, in questa formulazione dei contenuti del diritto alla verità, il richiamo alle formulazioni che l'ordinamento internazionale e quello interamericano hanno elaborato nel corso della seconda metà del secolo scorso. Infatti, l'elemento indefettibile del diritto di cui si parla è stato da sempre ricondotto alla facoltà delle vittime e dei loro familiari di conoscere le sorti dei propri cari. A tale facoltà, pertanto, corrisponde un obbligo che grava sullo Stato, il quale non solo deve astenersi dal porre ostacoli, ma deve adoperarsi a che i fatti possano emergere.

Il diritto alla verità che si ricava dalla pronuncia in commento è inquadrabile come diritto autonomo, da ricomprendersi nella sfera dei c.d. diritti personalissimi e desumibile dal combinato disposto degli artt. 2 e 21 della Costituzione. Servendosi della teoria della c.d. clausola aperta (A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 91 ss.; P. Ridola, *Diritti fondamentali. Introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 174 ss.), il giudice scrivente ricorre all'art. 2 della Costituzione per introdurre nell'ordinamento un diritto sconosciuto, non esplicitamente sancito dal dettato costituzionale originario. Il ricorso all'art. 2 non è, però, meramente funzionale all'ingresso del diritto nel sistema giuridico nazionale; infatti, il Tribunale di Roma ha così potuto infondere il diritto alla verità non solo del rango di diritto costituzionalmente tutelato, ma vi ha attribuito la caratteristica di diritto personalissimo in cui si estrinseca la personalità dell'individuo, implicitamente catalogandolo tra i diritti inviolabili di cui proprio all'art. 2 (in generale, sui diritti della personalità, si veda P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur.*, XXIV, 1990).

L'influenza della giurisprudenza della Corte interamericana pare del tutto evidente, benché non esplicitamente richiamata, anche sotto il profilo della base giuridica cui il diritto alla verità viene ancorato. Il Tribunale di Roma, infatti, sembra dare per scontato che il diritto in esame sia un diritto *ex se*, senza interrogarsi se non sia preferibile sussumerlo in fattispecie già note all'ordinamento (si pensi ai principi del giusto processo o al diritto all'informazione con cui, per altro, condivide più d'un aspetto). Inoltre, il richiamo all'art. 21 Cost., che tutela la libera manifestazione del pensiero e, per converso, il diritto d'informazione, rispecchia uno degli orientamenti più recenti della giurisprudenza di San José. Il giudice della capitale non incardina il diritto alla verità nell'ambito delle norme costituzionali che tutelano gli interessi dell'individuo di natura processuale. Infatti, sebbene gli attori abbiano invocato a sostegno delle proprie tesi anche i principi del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione, il Tribunale di Roma ha ritenuto di non aderire ad un orientamento per certi versi troppo limitante. Tantomeno, del resto, il diritto alla verità è stato inquadrato nell'ambito dell'art. 24 della Carta costituzionale che, come noto, individua nel processo la sede idonea alla tutela dei propri diritti. Le brevi argomentazioni della sentenza in commento consento a chi scrive di poter solo ipotizzare quali fossero le ragioni sottostanti la scelta dei giudici aditi. A tal proposito, è possibile ipotizzare che il Tribunale di Roma abbia aderito ai più recenti orientamenti sviluppatisi oltreoceano, i quali, come visto, ancorano il diritto alla verità ad una dimensione più ampia di quella meramente procedurale, ricavandone la legittimità direttamente dal concetto di dignità umana.

La sentenza in commento, tuttavia, contrariamente alla citata pronuncia del Tribunale di Palermo e, quindi, in senso contrario anche rispetto alla consolidata giurisprudenza sudamericana, non fa cenno in alcun modo alla dimensione collettiva del diritto alla verità, neanche nell'accezione di violazione della dignità del Paese data, appunto, dal giudice siciliano. Le argomentazioni del Tribunale di Roma non lasciano intendere quale sia la posizione del giudice in merito; può, tuttavia, affermarsi che la mancanza di un richiamo alla dimensione collettiva del diritto di cui si tratta possa non essere attribuita ad una convinzione dei giudici, quanto più ad una ponderazione delle circostanze del caso specifico. Se, infatti, nel caso di Ustica, la vicenda era senza dubbio tale da far sì che uno scrutinio dell'opinione pubblica fosse imprescindibile, nel caso Cervia, benché sia innegabile che la condotta delle autorità abbia ricadute sul piano collettivo, l'interesse in gioco può essere letto sotto una luce meno pubblica. Cionondimeno, è evidente che la mancanza di un riferimento alla dimensione collettiva del diritto alla verità possa essere letto come un passo indietro da parte dei giudici di Roma.

Un ulteriore elemento di criticità è rappresentato dall'eccessiva sintesi del *reasoning* del Tribunale di Roma in riferimento alla dimensione costituzionale del diritto alla verità, ai suoi profili di legittimazione attiva e alle conseguenze giuridiche che un suo riconoscimento potrebbe avere nell'ordinamento nazionale. I giudici, infatti, posto il riconoscimento del diritto alla verità e il suo inquadramento nel novero dei diritti costituzionalmente garantiti, hanno proceduto all'esame degli elementi di prova forniti dagli attori a sostegno proprio della dedotta violazione del diritto in questione. Non v'è dubbio che la trattazione limitata degli aspetti più strettamente di diritto costituzionale sia dovuta alla natura dell'organo giudicante e, contestualmente, alla tipologia di giudizio in corso (trattasi, infatti, di un giudizio di primo grado in materia di risarcimento del danno).

4. – In conclusione, dovendo rispondere alla domanda con cui si è aperto questo ragionamento, dovendo, cioè, comprendere se effettivamente esista il diritto alla verità nell'ordinamento nazionale, il richiamo alla sentenza del Tribunale di Roma è inevitabile. La sentenza in commento, benché non priva degli aspetti problematici derivanti, come detto, dalla natura e dall'obiettivo del giudizio, rappresenta un importante passo nella direzione del riconoscimento di un diritto fondamentale nell'ordinamento nazionale.

L'apporto innovativo della sentenza non si limita all'aver riconosciuto il rango costituzionale del diritto alla verità, ampliando e specificando le già pregevoli argomentazioni del Tribunale di Palermo, ma la pronuncia qui esaminata dimostra, forse con maggior forza rispetto alla citata sentenza *El-Masri*, come il diritto alla verità sia necessario anche in ordinamenti e contesti storico-culturali estremamente diversi da quelli in cui è originato.

Non v'è dubbio che situazioni politicamente delicate, di transizione, quali quelle vissute in seno al sistema interamericano, necessitino di una particolare tutela della verità storica e che, proprio grazie a questa, si dia un'effettiva protezione alle vittime di gravi violazioni dei diritti fondamentali perpetrate per tutta la durata di governi militari. Altrettanto evidente è il ruolo che il diritto alla verità può svolgere nel contesto della lotta al terrorismo. Invero, a seguito degli attentati del 9 settembre 2001, numerose sono state le violazioni di diritti fondamentali perpetrate in nome della c.d. *war on terror* che, a causa del sistematico abuso del segreto di stato, sono andate impunite (si pensi, a titolo di esempio, alla vicenda di Abu Omar. Si veda A. Vedaschi, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 1, 2014, p. 394 ss.). Meno evidente, almeno fino alla sentenza del Tribunale di Roma, era il ruolo del diritto alla verità in contesti completamente estranei alla giustizia di transizione, e alla lotta al terrorismo. Anche le democrazie più avanzate, infatti, non sono estranee ad episodi che comportano gravi violazioni dei diritti umani da parte di funzionari dello Stato. Questi, a causa della connivenza delle istituzioni statali, che ne occultano le condotte, vanno impuniti. Il caso

ISSN: 2037-6677

di Davide Cervia rappresenta esattamente questo. Il sequestro del Cervia non può certamente essere ricondotto ad una sparizione forzata simile a quelle sudamericane, né è qualificabile come *extraordinary rendition* nel contrasto al terrorismo internazionale. Ciò che è accaduto è che le istituzioni nazionali, a cui è demandata la tutela dei diritti protetti dalla Costituzione, hanno mancato di assolvere al loro compito, prendendo parte in operazioni volte ad impedire che la verità venisse svelata. L'inerzia delle autorità ha, quindi, impedito che i responsabili della scomparsa di Davide Cervia venissero individuati. È dunque auspicabile che il diritto alla verità trovi la più ampia diffusione possibile, essendosi dimostrato uno strumento idoneo a contrastare l'inerzia – se non addirittura la complicità – dello Stato a fronte di violazioni dei diritti fondamentali perpetrate da propri funzionari.

Gli USA e la sorveglianza sugli stranieri nel post-9/11: riflessioni a margine del rinnovo della sez. 702 FISA

di Chiara Graziani

Title: The US and surveillance of foreigners after 9/11: some comments on the reauthorization of sec. 702 FISA

Keywords: USA; Surveillance; National security.

1. – Il 19 gennaio 2018, il Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump, ha firmato il *FISA Amendments Reauthorization Act*. Per mezzo di questa legge, è stata rinnovata per ulteriori sei anni – dunque, fino al dicembre 2023 – l'applicazione della sez. 702 del *Foreign Intelligence Surveillance Act* (nel prosieguo, FISA). Il FISA, entrato in vigore nel 1978 per regolare le procedure volte ad attuare misure di sorveglianza nei confronti di soggetti non aventi cittadinanza statunitense, non conteneva, nella sua originaria versione, la sez. 702. L'introduzione di tale norma, particolarmente controversa per le ragioni che si andranno ad esaminare a breve, risale al 2008 e si deve ad una delle numerose revisioni del FISA che il legislatore statunitense ha ritenuto necessarie dopo gli avvenimenti dell'11 settembre 2001 (*FISA Amendments Act* 2008) e il conseguente picco della minaccia alla sicurezza nazionale.

Il presente lavoro commenta il recente rinnovo del FISA e trae spunto da esso per ulteriori riflessioni. L'analisi si articola come segue. In primo luogo, si ripercorrerà lo sviluppo normativo sulla sorveglianza, con specifica attenzione per le comunicazioni tra cittadini americani e soggetti stranieri, attuata dalle agenzie governative statunitensi. Successivamente, si ricostruirà la giurisprudenza sulla questione, analizzando l'evoluzione dell'atteggiamento delle corti statunitensi nel bilanciare il diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati con gli interessi confliggenti (fra i quali, in particolare, la sicurezza nazionale). Ci si concentrerà poi sul *FISA Amendment Reauthorization Act*, approvato nel gennaio 2018, al fine di esaminarne nello specifico le disposizioni e di rilevare se si sia trattato di un puro e semplice rinnovo nel tempo, che lascia la disciplina normativa identica a quella del passato, oppure se vi siano alcune rilevanti differenze. Alla luce del quadro tracciato, nella sezione conclusiva si svilupperanno riflessioni critiche, dalle quali emergerà l'evoluzione – a livello globale – del concetto di sorveglianza. In parallelo, si delineerà l'influenza del regime statunitense in tema di *privacy*, che sta assumendo connotati sempre meno garantistici, sui rapporti con altri attori della scena internazionale, e, nello specifico, del versante europeo.

2. – Il FISA viene approvato nel 1978, successivamente ai noti scandali emersi durante la presidenza Nixon, e recepisce una serie di principi che, nel corso degli anni, sono emersi da varie decisioni della Corte Suprema, nonché dai dibattiti in seno al Congresso, in relazione all'applicazione del Quarto Emendamento alla sorveglianza elettronica (per

un'analitica ricognizione dei precedenti storici, sia legislativi sia giurisprudenziali, dei dibattiti in Congresso relativi al FISA, nonché dei principali aspetti da esso disciplinati, si rinvia ad A.R. Cinquegrana, *The Walls (and Wires) Have Ears: The Background and First Ten Years of the Foreign Intelligence Surveillance Act 1978*, in 137 *University of Pennsylvania Law Review* 793, 794 (1989); si veda anche L.K. Donohue, *Bulk Metadata Collection: Statutory and Constitutional Considerations*, in 37 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 757, 766 (2014)).

La versione originaria della normativa in esame prevedeva che, qualora il governo, tramite le proprie agenzie, intendesse porre sotto sorveglianza le comunicazioni tra i cittadini americani e quelli stranieri che avessero avuto luogo in territorio statunitense, dovesse preventivamente rivolgersi ad un apposito giudice, la c.d. *FISA Court* (un organo giudicante speciale istituito dallo stesso FISA), per l'ottenimento dell'autorizzazione (c.d. *warrant*). Al fine del rilascio del *warrant* da parte della corte specializzata, era necessario che il governo dimostrasse che il *target* delle misure di sorveglianza – ossia il cittadino straniero con cui il cittadino americano si relazionava – fosse qualificabile come «foreign power» oppure «agent of a foreign power». Pertanto, l'applicazione di tali tecniche di sorveglianza risultava soggetta al sindacato preventivo di una corte, benché si trattasse di un giudice *ad hoc*. A tale proposito, in effetti, appare opportuno rilevare come, a giudizio della dottrina americana che ha commentato la disciplina stabilita dal FISA nei primi anni successivi la sua entrata in vigore, la *FISA Court* – la quale, peraltro, opera ancora oggi con udienze segrete – si pone in violazione dell'art. 3 della Costituzione statunitense, relativo al potere Giudiziario, e del Quinto Emendamento, che consacra la c.d. *due process clause* (v. A.N. Kornblum, L.M. Jachnycky, *America's Secret Courts – Listening in on Espionage and Terrorism*, in 24 *Judge's Journal* 14, 15 (1985); per una disamina più recente del punto, S.I. Vladeck, *The FISA Court and Article III*, in 72 *Washington and Lee Law Review* 1161 (2015)). Si noti, tuttavia, che, nel quadro originario, questa forma di *judicial review* che operava *a priori* – pur discutibile nel suo funzionamento concreto, a causa della specialità del giudice e della segretezza delle udienze – era applicabile solo nel seguente caso: qualora la sorveglianza riguardasse comunicazioni tra cittadini statunitensi e cittadini stranieri localizzate *in territorio statunitense*. La stessa affermazione può essere fatta in relazione alla limitazione soggettiva (le misure di sorveglianza erano attuabili solo qualora lo straniero fosse qualificabile come «foreign power» oppure «agent of a foreign power»), anch'essa valida solo nel caso appena citato. Al contrario, qualora le comunicazioni tra cittadini non statunitensi e cittadini statunitensi avessero luogo *nel territorio di paesi terzi* – si entra, pertanto, nella fattispecie della comunicazione internazionale – non si faceva più riferimento al FISA, con le relative garanzie, ma all'*Executive Order* 12333/1981, firmato dal Presidente Reagan e avente lo scopo di stabilire linee guida relative all'attività di *intelligence* posta in essere dai servizi segreti statunitensi (per un'approfondita trattazione del suo contenuto prima della modifica del 2008, di cui si parlerà, si rinvia a S.J. Conrad, *Executive Order 12,333: Unleashing the CIA Violates the Leash Law*, in 70 *Cornell Law Review* 968 (1985)). Secondo tale fonte, non vi erano limiti alla raccolta e analisi dei dati derivanti da comunicazioni internazionali. Tuttavia, come recente dottrina non manca di rilevare (E. Goitein, *Another Bite out of Katz: Foreign Intelligence Surveillance and the Incidental Overhear Doctrine*, in 55 *American Criminal Law Review* 105, 108 (2017)), nonostante tale disciplina fosse particolarmente permissiva nei confronti delle interferenze statali e, parallelamente, poco garantista nei confronti dei soggetti intercettati, nel momento in cui essa è stata approvata vi era un'ingente quantità di limiti tecnologici. Questi ultimi rendevano, di fatto, la comunicazione internazionale – e, di conseguenza, la relativa sorveglianza – molto difficile da porre in essere sul piano concreto. Pertanto, si può sostenere che, almeno nei suoi primi anni di vigenza, tale normativa abbia scontato limiti tecnici, ancor prima che giuridici.

Diverso, invece, è il contesto odierno. In effetti, il quadro giuridico descritto cambia nel 2008. Come si è già detto, in tale anno il *FISA Amendments Act* entra in vigore – sostituendo, peraltro, la più garantistica legislazione del 2007, il *Protect America Act* – e dà

vita alla sez. 702 FISA. In base ad essa, il governo statunitense non necessita più dell'autorizzazione preventiva (c.d. *warrant*) da parte della *FISA Court* per porre in essere, grazie ai servizi di *intelligence*, misure di sorveglianza sulle comunicazioni che avvengono in territorio americano tra cittadini statunitensi e non. Inoltre, tale sorveglianza può essere applicata indiscriminatamente, senza cioè nessuna necessità di dimostrare che il cittadino straniero con cui il soggetto americano intrattiene le proprie comunicazioni sia qualificabile come «*foreign power*» o «*agent of a foreign power*». La sorveglianza, in tale contesto, può essere autorizzata *dall'Attorney General* o dal direttore della *National Intelligence*, al fine dell'acquisizione di «foreing intelligence information». Inoltre, la sorveglianza sugli stranieri in territorio estero non è più disciplinata dall'*Executive Order* 12333/1981, ma dallo stesso FISA (più ampiamente sulle modifiche intervenute nel 2008, v. L.K. Donohue, *Section 702 and the Collection of International Telephone and Internet Contents*, in 38 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 117 (2015).

In parallelo, nello stesso anno, vengono apportati degli emendamenti ad altri aspetti dell'*Executive Order* 12333/1981 da parte dell'Amministrazione Bush. Il Presidente Bush adotta l'*Executive Order* 13470/2008, nell'intento di aumentare, in maniera esponenziale, i poteri del direttore della *National Intelligence*. Tali modifiche rispondono alla necessità di adeguare la disciplina contenuta nell'*Executive Order* in parola a quella che viene ritenuta la più rigida e omnicomprensiva legislazione antiterrorismo di tutti i tempi, ossia il *Patriot Act*, approvato nel 2001 in risposta agli attacchi dell'11 settembre. Invero, anche la revisione del FISA attuata nel 2008 appare rapportabile a tale esigenza (G. Resta, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Shield"*, Roma, 2016, 23, 33). In effetti, entrambi gli emendamenti del 2008 vanno nella direzione di affidare poteri sempre più ampi a soggetti rispondenti all'esecutivo, nell'ottica fissata, in via generale, proprio dal *Patriot Act* del 2001.

In contemporanea a tali modifiche legislative, non si può prescindere dal tenere conto di un altro fattore, non riguardante il piano giuridico, bensì quello tecnico, ossia il forte sviluppo tecnologico che si è affermato nei primi anni del XXI secolo – quindi, esattamente a cavallo dell'*escalation* della minaccia posta dal terrorismo internazionale. Se prima le comunicazioni internazionali costituivano un'ipotesi remota, in quanto richiedenti alti costi e strumentazioni sofisticate, negli anni successivi al 2000 diventa sempre più semplice e relativamente economico relazionarsi con persone che si trovano in qualsiasi parte del mondo: si pensi solo alla diffusione delle e-mail o di Skype. Come è facile immaginare, lo sviluppo della tecnologia non opera solamente a favore dell'utente, quindi del sorvegliato, ma anche a beneficio dei sorveglianti: la strumentazione a disposizione dei servizi di *intelligence* per realizzare misure di raccolta e conservazione di dati diventa sempre più efficace e rapida.

Ritornando agli aspetti giuridici, occorre non dimenticare che, stante l'ampia diffusione delle comunicazioni internazionali che ha caratterizzato l'ultimo decennio, il quadro normativo sopra descritto è afferente al caso in cui lo scambio di informazioni avvenga tra cittadino americano e quello non americano (in territorio statunitense o, dopo la modifica del 2008, anche in territorio estero). Qualora, invece, sia necessario porre sotto sorveglianza le comunicazioni tra cittadini americani, anche su territorio estero, risulta applicabile una differente disciplina, costituita dalla sez. 215 del *Patriot Act*, originariamente soggetta a *sunset clause*, ma più volte rinnovata, fino all'approvazione, nel 2015, dello *US Freedom Act*. Quest'ultimo la riproduce in termini quasi identici (per una breve analisi della legge da ultimo citata, F. Boehm, *Assessing the New Instruments in EU-US Data Protection Law for Law Enforcement and Surveillance Purposes*, in 2 *European Data Protection Law Review* 178, 183 (2016)). La sez. 215 del *Patriot Act*, da un lato, applica le regole proprie della sez. 702 del FISA anche alla sorveglianza sui cittadini americani all'estero, essendo pertanto il regime giuridico sostanziale uguale a quello applicabile ai cittadini stranieri; dall'altro, però, pone alcune differenze a livello processuale, poiché prevede che, per quanto riguarda i cittadini statunitensi, i risultati delle intercettazioni

siano utilizzabili come prove in sede giurisdizionale solo qualora sia in corso un'indagine avente ad oggetto atti di terrorismo internazionale o di spionaggio. Si affermano, quindi, rilevanti limitazioni al concreto utilizzo di tali informazioni. Benché il presente contributo si soffermi sulla sorveglianza di comunicazioni tra cittadini americani e cittadini stranieri entro i confini degli Stati Uniti o al di fuori di essi, tale precisazione risulta necessaria ai fini di una più completa delineazione del quadro normativo di riferimento.

La sorveglianza sugli stranieri da parte dei servizi di *intelligence* statunitensi appare, perciò, particolarmente invasiva. Il regime imposto dalla sez. 702 del FISA sarebbe dovuto venire a scadenza nel gennaio 2018, ma, come si è visto, il Congresso ha prontamente approvato il *FISA Amendments Reauthorization Act*, che rinnova l'applicabilità del FISA come modificato nel 2008. Prima di prendere in esame in maniera più approfondita l'atto legislativo del 2018 e sul contesto in cui esso è entrato in vigore, occorre ricostruire, seppure sinteticamente, talune problematiche sollevate dalla sez. 702 del FISA e, soprattutto, la loro soluzione sul versante giurisprudenziale.

3. – In primo luogo, è opportuno ricordare che la tutela del diritto alla *privacy* viene desunta dal Quarto Emendamento della Costituzione statunitense, il quale offre protezione contro «unreasonable searches and seizures»; condizione che legittima il governo a tali intrusioni è, secondo la Costituzione, l'ottenimento di un «warrant», che ne certifichi la ragionevolezza.

Occorre, dunque, richiamare la teoria tradizionale che le corti americane adottano per bilanciare il diritto individuale alla *privacy* e interessi con esso confliggenti. A tal proposito, al fine di verificare se debba essere la *privacy* o l'interesse opposto a prevalere, la Corte Suprema, nella decisione *Katz* (*Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)), ha fissato il c.d. *reasonable expectation test*. In base ad esso, il diritto alla *privacy* prevale solo qualora l'individuo possa avere una "ragionevole aspettativa" di tutela della propria vita privata. In caso contrario, l'interferenza nella vita privata è legittima – sempre a condizione dell'esistenza di un valido *warrant*. Portato dello *standard* della *reasonable expectation* è la c.d. *third-party doctrine*, sviluppata dalla Corte Suprema nelle sentenze *United States v. Miller* (425 U.S. 435 (1976)) e *Smith v. Maryland* (442 U.S. 735 (1979)). In base ad essa, un individuo non può rivendicare la ragionevole aspettativa di tutela del proprio diritto alla *privacy* qualora egli abbia volontariamente messo a disposizione di un terzo (es. una banca o un operatore telefonico, ma anche, nell'era della tecnologia, un *service provider*) i propri dati personali. Si tratta, chiaramente, di un orientamento molto restrittivo, giacché la sua applicazione legittima molteplici limitazioni del diritto alla *privacy*, peraltro facilmente giustificabili. La recente dottrina americana tende a ritenere la *third-party doctrine* obsoleta nell'era digitale, in cui, da una parte, il trasferimento dei metadati rappresenta la *conditio sine qua non* per l'accesso a taluni servizi e, d'altra parte, non si può ragionevolmente affermare che il consenso al loro trattamento ad opera di un particolare destinatario – nello specifico, il *service provider* – possa essere considerato alla stregua del consenso a metterli a disposizione di un pubblico generalizzato e, in particolare, delle agenzie governative (in questo senso, M.W. Price, *Rethinking Privacy: Fourth Amendment "Papers" and the Third-Party Doctrine*, in 8 *Journal of National Security Law and Policy* 247, 276 (2015)).

L'organo giurisdizionale che ha modo di esprimersi sulla sez. 702 FISA è rappresentato, in un primo momento, dalla sola *FISA Court*. Infatti, benché, dopo il 2008, venga abrogata la sua competenza di attuare un vaglio preventivo, nell'autorizzare le misure di sorveglianza, essa conserva la competenza a controllare, almeno *a posteriori*, la legittimità di quanto posto in essere *ex* sez. 702. Dopo il 2013, invece, anche le corti ordinarie hanno l'opportunità di occuparsi della questione, poiché il governo statunitense, al contrario di quanto accadeva negli anni precedenti, inaugura la prassi di notificare ai soggetti sottoposti a sorveglianza l'utilizzo processuale delle informazioni ottenute. Di conseguenza, tali individui si trovano nella possibilità di contestare la legittimità delle

misure delle quali sono stati oggetto e, pertanto, l'utilizzabilità dei relativi dati come prove nel corso di un processo a loro carico.

I giudizi relativi all'impiego della sez. 702 FISA si incentrano, principalmente, su due questioni giuridiche: in primo luogo, se sia o meno legittimo porre in essere tale sorveglianza senza necessità, da parte del governo, di ottenere alcuna autorizzazione (*warrantless surveillance*); in secondo luogo, come vada affrontata la tematica del c.d. *incidental overhear*. A proposito di quest'ultimo punto, il problema si pone nei seguenti termini: nel porre sotto sorveglianza il *target* straniero, i servizi di *intelligence* possono "accidentalmente" intercettare le informazioni relative all'interlocutore, che è cittadino americano. Si tratta, dunque, di intercettazioni di coloro che non rientrano fra i *targets* mirati delle misure in esame.

La posizione della giurisprudenza statunitense su entrambi i temi menzionati è desumibile da tre decisioni, tutte emesse da corti distrettuali, non essendosi la Corte Suprema ancora pronunciata sul punto: *United States v. Muhtorov* (187 F. Supp. 3d 1240 (D. Colo. 2015)); *United States v. Mohamud* (843 F.3d 420 (9th Cir. 2016)); *United States v. Hasbajrami* (1:11-cr-00623 (E.D.N.Y. 2016), tutte riguardanti l'applicazione della sez. 702 FISA. Tali sentenze, prevedibilmente, fanno leva anche su principi elaborati, negli anni precedenti, dalla *FISA Court*. Senza soffermarsi specificamente su ciascuno dei casi richiamati (per un commento, invece, di carattere molto analitico a ognuno di essi, si rinvia a E. Goitein, *Another Bite out of Katz: Foreign Intelligence Surveillance and the Incidental Overhear Doctrine*, cit., 112 ss.), si possono sinteticamente ricostruire gli orientamenti su ciascuna delle due questioni.

In linea generale, in tutti i casi citati, il governo argomenta la legittimità della sorveglianza *ex* sez. 702 FISA, benché in assenza di specifici *warrants*, in base ad una serie di considerazioni. In primo luogo, il Quarto Emendamento non si applica ai cittadini stranieri su suolo non statunitense: per questo motivo, nei loro confronti, il problema della sorveglianza *warrantless* neppure deve essere posto. In secondo luogo, benché i cittadini americani vengono "accidentalmente" intercettati, anche nei loro confronti la mancanza di *warrant* si legittima in base a due interpretazioni alternative. Da un lato, si può ritenere che, nel momento in cui questi soggetti comunicano con stranieri, in base alla *third-party doctrine* non sono più detentori di una legittima aspettativa di *privacy* delle loro comunicazioni, poiché, scelgono consapevolmente di relazionarsi con soggetti ai quali il Quarto Emendamento non risulta applicabile. Dall'altro lato, e in subordine, nei casi esaminati, il governo sostiene che, in ogni caso, si stabilirebbe un'eccezione al requisito del *warrant*, denominata "*foreign intelligence exception*" e motivata sulla prevalenza dell'interesse della sicurezza nazionale, da garantire tramite le operazioni di *intelligence*. Nelle tre decisioni citate, le corti hanno accolto l'argomento secondo cui il Quarto Emendamento non si applica agli stranieri, mentre sono state più caute in relazione alla seconda questione. In particolare, pur non spingendosi ad accettare l'argomentazione del governo secondo la quale anche il cittadino americano "vittima collaterale" della sorveglianza non sarebbe più coperto dal Quarto Emendamento, hanno elaborato la c.d. *incidental overhear rule*. In base a questa teoria, si assume che il soggetto statunitense, poiché si interfaccia consapevolmente con un interlocutore straniero, veda la sua aspettativa di *privacy*, se non totalmente annullata, sensibilmente diminuita, tanto da soccombere all'«indisputably compelling» interesse governativo ad attuare il programma di sorveglianza a fini di difesa della sicurezza nazionale (in questi termini, *United States v. Hasbajrami*, cit., 10-13).

In ultima analisi, dunque, si può dire che la sez. 702 del FISA, nonostante sia formulata per applicarsi ai cittadini stranieri, erode in maniera rilevante – con il sostanziale avallo della giurisprudenza – anche le garanzie di *privacy* proprie dei cittadini americani, che risultano cedere di fronte alle ragioni, ritenute indiscutibilmente prevalenti o comunque preponderanti, dettate dalla necessità di tutelare la sicurezza nazionale.

4. – Si presenta, quindi, nei termini appena ricordati il quadro legislativo e giurisprudenziale statunitense alla fine del 2017, quando il regime stabilito dalla sez. 702 FISA sta per giungere a termine. In tale frangente, va rilevato che la proposta, che poi diverrà legge con il nome di *FISA Amendments Reauthorization Act*, non è l'unica pendente dinanzi al Congresso americano. Al contrario, vi sono ben cinque progetti di legge, alcune dei quali tentano di cogliere l'occasione della scadenza del FISA per riformare la normativa in senso maggiormente garantista (v. Congressional Research Service, *Summary of the Substantive Provisions of S. 2010, the FISA Amendments Reauthorization Act of 2017, and H.R. 3989, the USA Liberty Act of 2017*, Nov. 16, 2017, reperibile in fas.org/sgp/crs/intel/fisa-reauth.pdf; S. Hennessey, B. Wittes, *Don't Reform Section 702 Just for the Sake of Reform*, in *Lawfare*, Oct. 16, 2017, reperibile in www.lawfareblog.com/dont-reform-section-702-just-sake-reform), che vengono però accantonate.

Il progetto di legge relativo al *FISA Amendments Reauthorization Act* viene introdotto il 25 ottobre 2017 dal senatore repubblicano Richard Burr. Il testo, approvato l'11 gennaio 2018, è firmato dal Presidente Trump il 19 gennaio 2018. È necessario, a tal punto, esaminare in maniera più analitica i contenuti principali di questa legge.

In primo luogo, secondo la sez. 101 della normativa in questione, l'*Attorney General* e il direttore della *National Intelligence* devono porre in essere procedure «consistent with the requirements of the Fourth Amendment», al momento di interrogare i *databases* contenenti le informazioni raccolte *ex* sez. 702 FISA. Questa norma si riferisce ai casi in cui vengano in rilievo informazioni afferenti a cittadini americani – i soli ai quali il Quarto Emendamento si applica –, ma lo fa in maniera piuttosto vaga e generica, senza specificare le relative procedure. Più puntuale è invece il requisito secondo cui, al fine di accedere ai contenuti di tali comunicazioni, le agenzie di *intelligence* debbano ottenere l'autorizzazione di una corte (*court order*), in caso di «predicated investigations» non correlate con questioni di sicurezza nazionale o con attività di «foreign intelligence». Tuttavia, come notato nei primi commenti alla legge (Brennan Center for Justice, *Vote "No" on Cloture – S. 139 (FISA Amendment Reauthorization Act)*, Jan. 12, 2018, reperibile in www.brennancenter.org), il termine *predicated* indica un'indagine penale arrivata ad uno stadio avanzato. Pertanto, nei passaggi precedenti, i servizi di *intelligence* sono paradossalmente liberi di porre in essere misure di sorveglianza in maniera illimitata, anche relativamente a comunicazioni che potrebbero non essere correlate con la sicurezza nazionale e con operazioni di *intelligence* in territorio estero (tali distorsioni vengono denominate, nel lessico tecnico americano, *backdoor searches*). Per questo motivo, l'inserimento del limite in parola appare surrettizio e facilmente aggirabile, soprattutto se si tiene conto del fatto che la nozione di "sicurezza nazionale" e quella di *foreign intelligence* sono tradizionalmente interpretate in maniera particolarmente ampia e, dunque, appaiono piuttosto rari i casi di operazioni condotte sulla base del FISA in cui esse non vengano in rilievo.

La sez. 102(A) del *FISA Amendment Reauthorization Act*, invece, si sofferma sull'utilizzo processuale delle informazioni ottenute grazie alle tecniche di sorveglianza *ex* sez. 702 FISA. Qualora si tratti di dati relativi a cittadini americani, essi sono utilizzabili come prove solo qualora il governo ottenga un *court order* in tal senso, oppure, in mancanza di esso, il processo penale riguardi una serie tassativa di fattispecie particolarmente gravi. Tuttavia, la qualificazione del processo come afferente a tali seri crimini – fra i quali sono inclusi terrorismo, criminalità transnazionale, reati contro la *cybersecurity* – viene determinata dall'*Attorney General* ed essa non è suscettibile di alcun tipo di *judicial review*. Anche in questo caso, un disposto particolarmente ampio della norma – sebbene celato sotto la garanzia della tassatività delle fattispecie – presenta alte probabilità di aprire ad abusi.

La sez. 102(B) del *FISA Amendment Reauthorization Act*, poi, fa riferimento ad alcuni «reporting requirements», così da imporre ai servizi segreti di pubblicare i dati afferenti al numero di indagini aperte in base a informazioni raccolte *ex* sez. 702 FISA.

La sez. 103 pone, probabilmente, lo snodo più problematico in relazione all'intero atto legislativo. Essa disciplina la c.d. *about collection*. Si tratta della raccolta di dati che non riguardano comunicazioni provenienti *da* o dirette *al target* delle misure di sorveglianza, bensì *riguardano* tale soggetto. Siffatti scambi di informazioni intercorrono, dunque, tra individui diversi che si limitano a menzionare la persona sottoposta a sorveglianza o magari a parlare delle sue attività. In relazione a questo tema, la legge in questione impone, di nuovo, limiti piuttosto inconsistenti, che hanno l'effetto pratico di legittimare il ricorso alla *about collection* – la quale, lo si sottolinea, fino a questo momento era emersa solo come prassi, non ricevendo esplicito riconoscimento normativo. Infatti, si prevede che l'*Attorney General*, almeno trenta giorni prima di autorizzare tale pratica, sia tenuto a darne notizia al Congresso. Tuttavia, non sembra trattarsi di una garanzia particolarmente efficace. In effetti, il Congresso non ha il potere di impedire, direttamente e in ogni singolo caso di specie, la messa in atto di questo tipo di misure; potrebbe farlo, invero, qualora approvasse, nell'ambito della propria discrezionalità, una legge tesa a proibire in via generale la pratica della *about collection*. Nondimeno, è altamente improbabile l'approvazione di una legge nell'arco di trenta giorni e, soprattutto, appare piuttosto inverosimile che ciò accada subito dopo l'entrata in vigore del *FISA Amendment Reauthorization Act*, tramite il quale, se ve ne fosse stata la volontà politica, si sarebbe già potuto mettere fine alla prassi esaminata.

La sez. 104 del *FISA Amendment Reauthorization Act*, inoltre, riguarda le c.d. *minimization procedures*. Si tratta di procedure specifiche di carattere tecnico, che l'*Attorney General* è tenuto ad adottare al fine di evitare il più possibile la diffusione delle informazioni concernenti l'interlocutore statunitense del *target* straniero. Naturalmente, tali accorgimenti giocano un ruolo chiave nella tutela dei cittadini americani, con potenziali riflessi anche, a livello giurisdizionale, sulla configurazione della *incidental overhear doctrine*. La sez. 104 si limita a prevedere che le tecniche di *minimization* debbano essere rese pubbliche dalle agenzie di *intelligence* e dall'*Attorney General* per mezzo di un *report* a cadenza annuale.

5. – Con l'estensione, per i prossimi sei anni, della sez. 702 FISA, gli Stati Uniti non solo confermano l'approccio, da sempre particolarmente permissivo, nei confronti delle limitazioni del diritto alla *privacy* sulla base di vari interessi confliggenti, ma addirittura affievoliscono ulteriormente le relative garanzie nel caso in cui venga in gioco la sorveglianza di cittadini stranieri. Da un lato, questa tendenza impatta sul versante del diritto interno statunitense, in quanto va incidentalmente a diminuire, come si è visto, anche i diritti degli stessi americani che comunicano con i *target* stranieri. Dall'altro lato, dato che spesso i *target* non americani delle misure predisposte dal governo statunitense risultano essere cittadini europei, non si può omettere di considerare la questione anche dalla prospettiva europea. Tanto il livello sovranazionale (Unione Europea, Consiglio d'Europa) quanto quello nazionale (le normative interne dei singoli Stati) offrono infatti un ampio novero di garanzie. Anzi, non ci si può esimere dal richiamare il crescente sforzo della Corte di giustizia dell'Unione europea nel bilanciare *privacy* e *data protection* con le esigenze della sicurezza nazionale, andando anche al di là del mero dato normativo e impegnandosi nella costruzione di un quadro giuridico di tutela di questi diritti che possa dirsi avere carattere transfrontaliero. La Corte di Lussemburgo, infatti, da ultimo con il parere 1/15 del 26 luglio 2017, relativo allo scambio di dati PNR tra paesi dell'Unione e Canada e potenzialmente foriero di implicazioni anche per i rapporti con gli Stati Uniti (per un'approfondita analisi, si rinvia ad A. Vedaschi, *Privacy and data protection versus national security in transnational flights: the EU-Canada PNR agreement*, in corso di pubblicazione in *International Data Privacy Law*, 2018), ma anche nella precedente giurisprudenza, si è sforzata di estendere addirittura al di là dei confini territoriali dell'Unione gli *standard* in materia di *privacy* e *data protection*. La chiave di volta per tale estensione è il requisito dell'«adequate level of protection» dei dati personali, richiesto dal

diritto UE a qualsiasi paese intenda scambiare dati con gli Stati membri dell'Unione. È poi d'uopo, spostandosi sul livello legislativo, richiamare la nuova disciplina normativa in tema di *data protection*, fissata dal nuovo *General Data Protection Regulation* (Regolamento (UE) 2016/679) e da due direttive (Direttiva (UE) 2016/680 e Direttiva (UE) 2016/681), relative alla protezione dei dati personali nell'ambito della lotta al crimine e dell'esecuzione delle sanzioni penali, la prima, e all'uso dei dati PNR, la seconda.

Si crea un'inevitabile tensione, quindi, tra la crescente richiesta di tutela sul versante europeo e il quadro giuridico statunitense, la cui tendenza va inesorabilmente verso un notevole "ribasso" delle stesse garanzie. Tale tensione non giova certo alla fittissima rete di relazioni commerciali e strategiche che intercorre tra i due attori in questione e, per questo motivo, nel prossimo futuro si potrebbe assistere ad un'ulteriore espansione del ruolo (già cruciale) di strumenti quali accordi internazionali e convenzioni tra la parte europea e quella statunitense, che ambiscano a comporre, almeno in parte, il rilevante *gap* tra i rispettivi *standard* di protezione.

Il Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano ammette la possibilità di rielezione di Morales

di Laura Alessandra Nocera

Title: The Bolivian Tribunal Constitucional Plurinacional admits the possibility of re-election of Morales

Keywords: Bolivia; Presidential election; Terms limit.

1. – Il 21 febbraio 2016, tramite referendum di revisione costituzionale, è stato bocciato, con il 51% dei voti, un emendamento della Costituzione della Bolivia del 2009, che prevedeva la rimozione del limite di eleggibilità alla carica presidenziale per oltre due mandati consecutivi. La revisione costituzionale avrebbe consentito al Presidente Morales di essere rieletto per la quarta volta alla più alta carica dello Stato, dopo i due mandati presidenziali, rivestiti ai sensi della Costituzione del 2009, e il primo mandato, precedente alla nuova Costituzione.

A seguito dell'esito referendario, un gruppo di parlamentari del MAS (*Movimiento al Socialismo – Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos*), partito fondato dallo stesso Morales e attualmente detentore della maggioranza parlamentare, ha impugnato davanti al *Tribunal Constitucional Plurinacional* (TCP) la *Ley del Régimen Electoral* (LRE), n.026/2010, per violazione dei diritti fondamentali previsti e tutelati dalla Costituzione e per "contraddizione intracostituzionale" (o, come nel testo della sentenza, "*contradicción intra-constitucional*"). Nello specifico, essi hanno sollevato: 1) eccezione di incostituzionalità degli artt. 52.III, 64 inc.d), 65 inc.b), 71 inc.c), 72 inc.b) de la *Ley del Régimen Electoral* (LRE), n.026/2010, per contrarietà con gli artt. 26 e 28 della Costituzione e con gli artt. 1.1, 23, 24 della Convenzione Americana dei Diritti Umani (CADH); 2) richiesta di inapplicabilità degli artt. 156, 168, 285.II e 288 della Costituzione per contraddittorietà con gli artt. 26 e 28 della Costituzione e per contrasto con gli artt. 1.1, 23, 24 e 29 della Convenzione Americana dei Diritti Umani (CADH).

Il TCP, in virtù della facoltà di controllo normativo sul testo costituzionale esercitata ex artt. 196 e 202.I della Costituzione ed ex art.4 della Legge Istitutiva del TCP, ha dichiarato ammissibile il ricorso come "azione di incostituzionalità astratta" (decisione sull'ammissibilità del ricorso AC 0269/2017-CA del 28.09.2017; memoriale del 10.10.2017), secondo i criteri stabiliti dal testo costituzionale, dal Codice di Diritto Processuale Costituzionale e dalla giurisprudenza dell'estinto *Tribunal Constitucional* (sentenze n.0051/2005-R e n.0019/2006).

Nello specifico, il combinato disposto degli artt. 72, 73 e 74 del Codice di Diritto Processuale Costituzionale prevede la possibilità di ricorrere ad un'azione di incostituzionalità di puro diritto, cd. "a carattere astratto", avverso leggi, statuti, decreti e sentenze che violano astrattamente il contenuto del testo costituzionale. L'azione assume le caratteristiche di un ricorso diretto al TCP, per cui può essere sollevata solo da alcuni soggetti qualificati: ne sono titolari il Presidente dell'*Asamblea Legislativa Plurinacional* o,

in alternativa, alcuni suoi membri, gli organi legislativi territoriali, le autorità amministrative territoriali e il *Defensor del Pueblo*.

Il 28 novembre 2017, il TCP si è pronunciato sul ricorso costituzionale, ammettendo, di fatto, la possibilità di rielezione del Presidente, del Vicepresidente e di tutte le cariche esecutive dello Stato boliviano, in virtù di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della legge elettorale, delle disposizioni costituzionali e delle norme internazionali relative alla tutela dei diritti fondamentali [TCP, *Sentencia Constitucional Plurinacional* n.0084/2017-R; testo della sentenza in <www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/reeleccion167.html>].

2. – Per quanto riguarda il primo rilievo di incostituzionalità, gli artt. 52.III, 64 inc.d), 65 inc.b), 71 inc.c) e 72 inc.b) della *Ley del Régimen Electoral*, eccepiti dai ricorrenti per contrarietà con il testo costituzionale, prevedono la durata del mandato di cinque anni e il divieto di rielezione per più di una volta consecutiva per Presidente della Repubblica, Vicepresidente della Repubblica, *alcalde*, *concejalas*, le più alte cariche esecutive e tutti i rappresentanti dell'assemblea dipartimentale.

Il TCP ha accolto i rilievi dei ricorrenti, in quanto le norme richiamate sarebbero contrarie agli artt. 26 e 28 della Costituzione, che riconoscono a tutti i cittadini boliviani i diritti politici e, nello specifico, il diritto di voto attivo e passivo, oltre che agli artt. 13.IV, 256.I e 410.II della Costituzione. Nella decisione commentata, i giudici costituzionali hanno ribadito che, relativamente alla tutela dei diritti umani, la gerarchia delle fonti del diritto colloca al vertice del sistema come fonte superprimaria ("principio gerarchico") non solo la Costituzione (o *Ley Fundamental*), ma anche tutte le fonti internazionali e i trattati che tutelano i diritti umani, con eguale valore costituzionale superprimario ("principio internazionalista"). Infatti, l'art. 410.II della *Ley Fundamental* prevede che "*los tratados de derechos humanos forman parte del Bloque de Constitucionalidad*", incorporando, quindi, nel cosiddetto "blocco di costituzionalità" anche i trattati internazionali, il diritto comunitario derivante dalla Convenzione Americana dei Diritti Umani e, di riflesso, la giurisprudenza internazionale relativa alla tutela dei diritti umani. L'art. 410.II introduce una delle più grandi innovazioni della *Ley Fundamental* del 2009, cioè il "blocco di costituzionalità" con riferimento a un insieme di norme giuridiche non rientranti nella Costituzione, ma a cui è attribuito il rango superprimario [sul concetto di "blocco di costituzionalità" in America latina si rinvia a: L. Favoreu – F. Rubio Llorente (1989), *El bloque de constitucionalidad*, Cuadernos Civitas, Universidad de Sevilla; sulla genesi del "blocco di costituzionalità" nella giurisprudenza si rinvia a: D. Amirante (1989), *Il Conseil Constitutionnel tra diritto e politica. Annotazioni introduttive ad uno studio della giurisprudenza costituzionale in Francia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2].

Gli artt. 13.IV e 256.I della Costituzione stabiliscono che i diritti e i doveri riconosciuti dalla Costituzione devono essere interpretati in conformità con i trattati internazionali sui diritti umani ratificati dalla Bolivia. Questo criterio prevede, dunque, che le norme costituzionali "cedano" di fronte ai trattati internazionali sui diritti umani, quando questi ultimi contengono tutele più pregnanti e favorevoli ai diritti umani [G. Medinachelli Rojas (2012), *Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia*, in *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 18, pp. 139-150; N.V. Vargas Gamboa (2013), *Los tratados internacionales de derechos humanos en la nueva Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia*, in Red de Derechos Humanos en la Educación Superior – RedDHES (a cura di), *Protección multinivel de derechos humanos*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, pp. 329-342].

Secondo il TCP, i diritti politici, infatti, sono una "emanazione" dei diritti fondamentali della persona e comprendono il diritto a partecipare alla vita politica dello Stato, direttamente o tramite i propri rappresentanti, e il diritto a votare e ad essere eletti in elezioni periodiche, autentiche e con voto segreto, libero e tramite suffragio universale. Per tale motivo, il TCP considera i diritti politici ex artt. 26 e 28 della *Ley Fundamental*

come parte del cosiddetto *numerus clausus* di diritti fondamentali, che non può essere in alcun modo limitato, né modificato. A maggior sostegno di ciò, come rilevato dai ricorrenti, i diritti politici sono oggetto di tutela anche nel diritto internazionale pattizio, protetti e garantiti in diversi trattati internazionali, tra i quali è doveroso ricordare la Convenzione Americana dei Diritti Umani (CADH), ratificata dalla Bolivia con legge n.1430/1993. L'art.23 della Convenzione Americana dei Diritti Umani prevede che l'esercizio dei diritti politici non possa essere ristretto per ragioni di età, sesso, nazionalità, idioma, istruzione, capacità, condanna giudiziaria e che le eventuali limitazioni – in ogni caso, mai discriminatorie - siano disposte con legge nazionale.

Ad avviso del TCP, la lettura combinata delle disposizioni costituzionali contenute agli artt. 13.IV, 256.I e 410.II, comporta che diritti e doveri consacrati all'interno della Costituzione debbano essere interpretati obbligatoriamente in conformità con i trattati internazionali relativi ai diritti umani ratificati dallo Stato, secondo il principio "*pacta sunt servanda*", per cui hanno prevalenza i trattati internazionali e, in particolare, quando la normativa internazionale prevede norme più favorevoli e garantiste nei confronti dei diritti umani (principio *pro homine*). Si tratta del cosiddetto meccanismo della "interpretazione più favorevole", su cui era già intervenuto lo stesso *Tribunal* (sentenza n.0110/2010-R) e il cui modello è contenuto nell'art.27 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati. Peraltro, la Convenzione Americana dei Diritti Umani incorpora una tutela dei diritti politici più estesa di quella prevista dalla Costituzione e, quindi, ragionevolmente applicabile in quanto norma più favorevole ex art. 116 della Costituzione. Nella sentenza commentata, il TCP ribadisce, dunque, che ci sono "*[...] instrumentos [...] de preferente aplicación inclusive respecto a la propia Constitución, en los casos de que prevean normas más favorables para la vigencia y ejercicio de tales derechos, por lo que [...] las normas del derecho internacional sobre derechos humanos, en Bolivia, adquieren rango supraconstitucional*" (TCP, *Sentencia Constitucional Plurinacional* n. 0084/2017-R, par.50).

Dunque, il TCP verifica la costituzionalità delle leggi, ma anche la loro convenzionalità sulla base delle citate norme costituzionali. Sul punto, si è già espresso in passato tale tribunale nelle sentenze n.2170/2013-R del 21.11.2013 e n.0572/2014-R del 10.03.2014 e la Corte Interamericana dei Diritti Umani (CIDH) nei casi *Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú* (*CIDH, Fondo Reparaciones y Costas*, 24 novembre 2006, Serie C n.158 e 174), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (*CIDH, Fondo Reparaciones y Costas*, 26 novembre 2010, Serie C n.220), *Gelman vs. Uruguay* (*CIDH, Fondo Reparaciones y Costas*, 24 febbraio 2011, Serie C n.221) e *Almonacis Arellano y otros vs. Chile* (*CIDH, Fondo Reparaciones y Costas*, 26 settembre 2006, Serie C n. 154).

Nella sentenza di specie, il TCP ribadisce che il "controllo di costituzionalità" si fonde con il "controllo di convenzionalità" tramite un'interpretazione ermeneutica, per cui il giudice costituzionale ha il dovere di interpretare la costituzionalità delle norme anche in conformità con il diritto internazionale e, quindi, con il diritto convenzionale interamericano, perché parte del cosiddetto *bloque constitucional* [J.C. Medina Salas (2015), *El bloque de constitucionalidad como mecanismo de protección de la dignidad humana*, in *Opus Magna Constitucional*, 10].

Dunque, qualora lo Stato abbia ratificato la Convenzione Americana dei Diritti Umani, i giudici e i tribunali interni devono effettuare un "controllo diffuso di convenzionalità", prendendo in considerazione non solo il testo del trattato interamericano, ma anche l'interpretazione che ne ha fatto la Corte Interamericana dei Diritti Umani, per cui tutti i giudici nazionali sono legittimati a non applicare le norme contrarie ai principi convenzionali che tutelano i diritti umani. La normativa interna contraria alla Convenzione Americana dei Diritti Umani e alla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani deve essere disapplicata e ne deve essere dichiarata la sua "inconvenzionalità". Il TCP si richiama a una parte della dottrina, facendo uso della definizione "*constitución convencionalizada*", ovvero di una costituzionalità conforme ai principi convenzionali [G. Pérez Salazar (2012), *La justicia constitucional en el estado social*

de derecho, in *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Omaje al Dr. Néstor Pedro Sagüés*, Ed. Universidad Monteávila, Caracas, pp. 387-397].

3. – In merito al secondo motivo di ricorso, la sentenza del TCP ha accolto i rilievi dei ricorrenti e ha dichiarato la disapplicazione delle norme costituzionali ex artt. 156, 168, 285.II, 288 della Costituzione per "contraddittorietà intracostituzionale" (*contradicción intra-constitucional*) con i principi contenuti agli artt. 26 e 28 della Costituzione (diritti politici e diritto di voto), oltre che per contrarietà con il *bloque constitucional*.

Nello specifico, il *Tribunal*, richiamando la giurisprudenza costituzionale precedente (sentenza n.0112/2012-R), ha ripercorso la storia costituzionale boliviana, con particolare riferimento all'approvazione e all'entrata in vigore della nuova carta costituzionale nel 2009. Ad avviso del TCP, con la nuova Costituzione, in Bolivia è avvenuta una transizione dallo "Stato di Diritto" allo "Stato Costituzionale di Diritto", basato sul modello assiologico della Costituzione come norma giuridica direttamente applicabile all'interno della vita politica e giuridica dello Stato. Tale impostazione avrebbe legittimato l'applicazione diretta delle norme e dei principi costituzionali: il nuovo costituzionalismo andino pone al vertice dell'ordinamento "i principi e i diritti di base del parametro di tutela costituzionale", i quali non hanno bisogno di essere attuati da una "legislazione adeguata" [M. Carducci (2018), *Costituzionalismo emancipatorio e "ciclo progressista" in America latina*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, pp. 107-126; sul *Nuevo Constitucionalismo* latinoamericano si rinvia anche a: H.G. Lousteau (2012), *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, in InterAmerican Institute for Democracy (a cura di), *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, The Democracy Papers, 5].

Secondo il TCP, esiste, però, una gerarchia anche tra le norme costituzionali, per cui la dottrina ha sempre distinto all'interno del testo costituzionale una "parte dogmatica", relativa alle cd. "norme-principio", e una "parte organica", relativa all'organizzazione del potere, da cui le cd. "norme-regole" [C. Vagüe – J. Ángel (2012), *Los derechos civiles y políticos en la Constitución boliviana*, in *Revista Derecho de Estado*, 28].

Le "norme-principio" avrebbero un effetto trasversale sia all'interno dell'ordinamento dello Stato, sia tra le altre norme costituzionali, sulle quali prevalgono. I diritti politici, in generale, sono considerati "norme-principio" della Costituzione, per cui prevarrebbero sulle norme costituzionali che regolano l'organizzazione del potere. In questo senso, è intervenuta più volte anche la Corte interamericana [*Argüelles y otros vs. Argentina*, *CIDH Fondo Reparaciones y Costas*, 20 novembre 2014, Serie C n.288; *López Mendoza vs. Venezuela*, *CIDH Fondo Reparaciones y Costas*, 1 settembre 2011, Serie C n.233; *Luna López vs. Honduras*, *CIDH Fondo Reparaciones y Costas*, 10 ottobre 2013, Serie C n.269; *Castañeda Gutman vs. México*, *CIDH Fondo Reparaciones y Costas*, 6 agosto 2008, Serie C n.184: consultabili al sito <www.corteidh.or.cr>].

L'art.26 della Costituzione sancisce il diritto di partecipare alla vita politica dello Stato, ovvero il diritto di voto attivo e passivo in consultazioni periodiche, autentiche, a suffragio universale e a scrutinio segreto, che garantiscano la libertà di espressione della volontà degli elettori, mentre l'art.28 stabilisce che i diritti politici così tutelati possano essere sospesi solo in determinati casi indicati dalla Costituzione (e.g.: servizio militare nell'esercito di un Paese nemico durante un conflitto armato, frode di fondi pubblici, alto tradimento). Secondo l'art. 23.II della Convenzione Americana dei Diritti Umani, la legge può intervenire per regolamentare l'esercizio dei diritti politici esclusivamente per ragioni di età, residenza, nazionalità, lingua, istruzione, condanna o pendenza di procedimento penale, capacità mentale o civile. Al contrario, gli artt. 156, 158, 285.II e 288 della Costituzione pongono una serie di limitazioni e di restrizioni ai diritti elettorali che non rientrerebbero nel parametro di tutela costituzionale e convenzionale. Nel caso afferente, esisterebbe, dunque, un'antinomia all'interno del testo costituzionale tra le "norme-principio" contenute agli artt. 26 e 28 e le "norme-regole" contenute agli artt. 156, 158, 285.II e 288.

Secondo il TCP, è possibile risolvere l'antinomia costituzionale solo ricorrendo al "principio di eguaglianza o di non discriminazione" ex art. 24 Cost. su cui è più volte intervenuta sia la giurisprudenza costituzionale (ex *Tribunal Constitucional*, sentenza n.083/2000; TCP sentenze n.1250/2012 e n.0003/2013), sia la Commissione IDH (*Comisión interamericana de derechos humanos*, Informe n.137 B del 1999, par.101). In questo senso, infine, si è pronunciato di recente lo stesso TCP con la sentenza n.1198/2016-S2 del 22.11.2016, che si ispira a quanto affermato dalla giurisprudenza interamericana, secondo la quale il diritto di voto può essere soggetto a restrizioni secondo legge, ma mai a discriminazioni di alcun tipo (*CIDH, Fondo Reparaciones y Costas, Caso Castañeda Gutman vs. México*, 6 agosto 2008, Serie C n.184).

Principio di eguaglianza e divieto di discriminazione sono anche fondamento dei valori costituzionali tutelati dagli artt. 8.II, 9.II e 14 della Costituzione. Nello specifico, il *Tribunal* ha affermato che è considerato discriminatorio qualsiasi atto e/o fatto che implichi una distinzione, una esclusione, una restrizione, una preferenza o un'inferiorità in riferimento a una persona o ad una collettività in virtù di sesso, colore, età, orientamento sessuale, identità di genere, origine, cultura, nazionalità, cittadinanza, lingua, religione, ideologia, idea politica e/o filosofica, stato civile, condizione economica/sociale/sanitaria, professione e/o occupazione, grado di istruzione, capacità/incapacità, stato di gravidanza, procedimenti, apparenza fisica, abito, nome o "*otros que tengan por objectivo o resultado anular o perjudicar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Poíitica del Estado y el derecho internacional*" (TCP, *Sentencia Constitucional Plurinacional* n. 0084/2017-R, par.75).

Per cui, si avverte un intento discriminatorio nei confronti di alcuni specifici soggetti, nelle limitazioni previste dagli artt. 156, 168, 285.II, 288 della Costituzione e dagli artt. 52.III, 64 inc.d), 65 inc.b), 71 inc.c) e 72 inc.b) della *Ley del Régimen Electoral*, e, in particolare, nel divieto di rielezione per più di due volte consecutive posto esclusivamente in capo ad alcune cariche esecutive e amministrative e non a tutte le funzioni pubbliche. Lo stesso Presidente Morales sarebbe, dunque, un soggetto discriminato nel libero esercizio dei suoi diritti politici e tale restrizione costituirebbe una violazione di principi fondamentali.

4. – La sentenza del TCP è la conferma di quanto già avvenuto in precedenza in Venezuela, Nicaragua, Honduras ed Ecuador, dove, pur essendo stato posto un limite temporale al mandato delle più alte cariche politiche, recenti revisioni costituzionali e/o sentenze delle supreme corti giudiziarie hanno interpretato i termini elettorali, prevedendo, di fatto, mandati presidenziali di durata illimitata. Eccezione unica, nel panorama latinoamericano, è tuttora rappresentata dalla Colombia, dove il giudice costituzionale è intervenuto per censurare la riforma che avrebbe concesso al presidente Uribe la possibilità di essere rieletto a vita [E. Martinez-Barahona (2012), *Constitutional Courts and Constitutional Change: analysing the cases of presidential re-elections in Latin America*, in D. Nolte e A. Schilling-Vacaflor (a cura di), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Routledge, New York, pp. 289-309; sul caso colombiano, invece, si rinvia a: C. Bernal (2013), *Unconstitutional Constitutional Amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), pp. 339-357].

La possibilità di rielezione illimitata del Presidente boliviano mette in discussione le cd. "garanzie di democraticità", poste dalla Costituzione del 2009 al fine di scongiurare qualsiasi deriva autoritaria. Infatti, tale Costituzione aveva previsto disposizioni specifiche per assicurare la democraticità dell'ordinamento nazionale e, tra esse, si distingueva, in particolare, proprio il limite di rielezione posto al Presidente e alle altre cariche politico-esecutive [S. Verdugo (2017), *How the Bolivian Constitutional Court helped the Morales regime to break the political insurance of the Bolivian Constitution*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 10].

Con la recente sentenza del TCP, si parla di una potenziale rottura della cosiddetta

"assicurazione politica" (o *political insurance*) nella democrazia boliviana [R. Dixon – T. Ginsburg (2017), *The forms and limits of Constitutions as political insurance*, in *International Journal of Constitutional Law*, 15(4), pp. 988-1012].

La decisione del TCP ha cambiato completamente gli equilibri costituzionali, legittimando, di fatto, una "riforma costituzionale in via giurisprudenziale" [S. Verdugo, cit.].

L'art. 411.I della Costituzione, infatti, prevede che il testo costituzionale non possa essere modificato senza il ricorso a una consultazione popolare successiva all'intervento parlamentare. Per revisioni parziali della Costituzione è necessaria l'approvazione del testo riformato da parte della maggioranza assoluta di entrambe le camere, mentre è richiesta la maggioranza dei 2/3 per le cosiddette "*bases fundamentales*" della Costituzione. Inoltre, l'approvazione del testo riformato deve essere sempre sottoposta a una successiva consultazione in via referendaria. Per le revisioni totali della Costituzione, invece, è prevista l'elezione di un'apposita assemblea costituente [C. Storini – A. Noguera (2008), *Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Il difficile cammino verso la rifondazione dello Stato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, pp. 1288 e ss.; C. Proner (2012), *El Estado plurinacional y la Nueva Constitución Boliviana*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, pp. 418 e ss.].

Pertanto, si tratterebbe di un eccesso del potere interpretativo spettante al *Tribunal Constitucional Plurinacional* di verificare la conformità delle leggi con la Costituzione e la Convenzione Americana dei Diritti Umani, oltre che con gli altri trattati internazionali sui diritti umani, e, quindi, di censurare la contrarietà delle stesse con i principi fondamentali dello Stato. Il ruolo interpretativo e di tutela costituzionale attribuito al TCP, infatti, dovrebbe costituire un forte controlimite alla temuta espansione del potere esecutivo, rientrando in un meccanismo di assicurazione della democraticità previsto all'interno della Costituzione (art.202). Si parla di "costituzionalismo abusivo", inteso come tentativo di minare la democraticità dello Stato tramite l'utilizzo di mezzi e procedure previste dalla Costituzione [D. Landau (2013), *Abusive Constitutionalism*, in *UC Davis Law Review* 47, pp. 189-260].

Per comprendere un ulteriore aspetto critico relativo all'interpretazione dei giudici costituzionali boliviani, è necessario contestualizzare meglio la discutibile formazione del *Tribunal Constitucional Plurinacional*. La nuova Costituzione del 2009, che ha sostituito il testo precedente del 2004, ha riformato la giustizia costituzionale boliviana con l'intento di assicurare una partecipazione attiva dei cittadini boliviani anche nel controllo di costituzionalità. In questo senso, gli artt. 196-205 della Costituzione hanno istituito il nuovo *Tribunal Constitucional Plurinacional*, le cui funzioni sono regolate anche dalla *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, n.027 del 6 luglio 2010, che ha sostituito il vecchio *Tribunal Constitucional*, funzionante in base alla Costituzione del 1994 (riformata nel 2004) e in base alla *Ley del Tribunal Constitucional*, n.1836/1998 [F. Gamboa Rocabado (2010), *Transformaciones constitucionales en Bolivia. Estado indígena y conflictos regionales*, in *Colombia Internacional* 71, pp. 151-188].

Per questa ragione, la *Ley Fundamental* ha disposto che il TCP sia composto da 7 giudici eletti direttamente dal popolo, rispettando criteri di plurinazionalità e sulla base di una lista di 28 candidati preventivamente scelti e approvati dall'*Asamblea Legislativa Plurinacional* con una maggioranza di 2/3. Ogni giudice costituzionale rimane in carica 6 anni, senza possibilità di essere rieletto [E.W. Fernández Gutiérrez (2009), *El sistema judicial boliviano de acuerdo a la nueva Constitución*, in *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)*, 10/3, pp. 7-8] .

A questo punto, però, si rischia che l'organo di giustizia e legittimità costituzionale sia troppo influenzato dalle Camere e, di conseguenza, dalle maggioranze politiche all'interno di esse. Il TCP, a cui è demandato il potere di controllo di costituzionalità, perciò, potrebbe risultare troppo dipendente da altri organi costituzionali e le sue decisioni risultare compromesse dalle scelte politiche di governo e *Asamblea*. A questo, si aggiunga il fatto che il partito del Presidente Morales ha avuto la maggioranza dei deputati in

entrambe le camere dell'*Asamblea* sin dall'approvazione della nuova Costituzione. Per questo motivo, il TCP sembra risentire fortemente dell'influenza del partito e della politica di Morales anche nell'interpretazione delle sue decisioni.

Il cosiddetto pacchetto legislativo "stop-soros" e la nuova revisione costituzionale ungherese: un altro passo (xenofobo) verso il consolidamento di una "democrazia illiberale"

di Giovanni Poggeschi

Title: The so-called "stop-Soros" legislative package and the new constitutional revision of Hungary: another (xenophobic) step toward the strengthening of an "illiberal democracy"

Keywords: Hungary, Anti-immigration and anti-european legislation, Venice Commission.

1. *Introduzione. Le riforme del giugno 2018 del governo Orban* – Con l'approvazione del cosiddetto "pacchetto legislativo stop-Soros", unito ad una molto parziale ma rilevante revisione costituzionale, il 20 giugno 2018 l'Ungheria di Orban si è ulteriormente spostata verso una politica non solo di "democrazia illiberale" ed autoritaria, ma addirittura xenofoba, consistendo le norme del citato pacchetto nel colpire le ONG che favorirebbero l'immigrazione illegale. Il finanziere statunitense di origine ungherese George Soros è stato e continua ad essere protagonista attraverso le iniziative da lui finanziate (in particolare le *Open Society Foundations*) del processo di democratizzazione di molti paesi dell'Europa post-comunista degli anni novanta, e secondo alcune teorie complottiste rappresenta l'incarnazione della globalizzazione selvaggia e capitalista-finanziaria che colpisce le sovranità dei popoli e degli Stati.

L'iter legislativo era già in atto da parecchi mesi, ma è stato il 28 maggio 2018 che il governo ungherese guidato da Viktor Orban ha presentato la redazione definitiva del progetto di settimo emendamento della Costituzione (*Bill* No. T/322) insieme ad un progetto di legge che emenda alcune norme relative a misure atte a combattere l'immigrazione irregolare (*Bill* No. T/333).

La Commissione di Venezia è stata incaricata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa di redigere un parere sulla legislazione "stop-Soros". Il parere congiunto della Commissione di Venezia e dell'"Ufficio dell'OSCE per le istituzioni democratiche ed i diritti umani" (OSCE/ODIHR) è stato adottato in occasione della 115ª sessione plenaria della Commissione di Venezia, tenutasi nella città lagunare il 22 e 23 giugno 2018, e reso pubblico il 25 giugno 2018 (*Venice Commission Opinion No. 919/2018*, d'ora in poi parere della Commissione di Venezia o più semplicemente parere). Il testo definitivo della riforma non è stato ancora tradotto in una lingua diversa dall'ungherese, dunque il presente articolo si basa sulla versione utilizzata dalla Commissione di Venezia, che non è stata informata dalle autorità ungheresi di significative modifiche nella versione definitiva rispetto al *draft*. Il fatto che le norme in questione siano state approvate dal parlamento ungherese prima dell'adozione del parere è motivo di rincrescimento da parte della Commissione di Venezia (punto 8).

La citata legislazione ha dunque anche copertura costituzionale, quella del settimo emendamento della Costituzione del 2011. La revisione costituzionale non si limita peraltro alla questione dei migranti, ma tocca anche altri temi importanti. Si tratta, in estrema sintesi, del divieto per gli stranieri di stabilirsi (*to be settled*) in Ungheria, dell'obbligo di tutti gli organi dello Stato di proteggere l'identità costituzionale e la cultura cristiana dell'Ungheria, della proibizione che l'esercizio della libertà di espressione e di riunione comporti l'invasione nella vita privata e familiare altrui o la violazione del domicilio, del divieto di vivere in spazi pubblici ed infine di un incisivo cambiamento dell'organizzazione della Giustizia: questo prevede una competenza accresciuta per i Tribunali amministrativi, che sono distinti da quelli ordinari, con conseguenze ancora da cogliere appieno ma che fanno sospettare della volontà del governo di un maggior controllo sull'attività di essi, dato che alcuni dei giudici amministrativi saranno direttamente nominati dal governo fra ex funzionari governativi.

Sono tutti ambiti in cui è chiara la volontà, peraltro suggellata da anni dalla scelta elettorale della maggioranza degli ungheresi, a favore di un governo "forte", molto probabilmente illiberale, irrispettoso dell'ovvio, liberale e democratico, principio della separazione dei poteri.

L'articolo più controverso e di dubbia conformità al diritto "allargato" europeo (fondamentalmente norme UE e CEDU) nonché agli obblighi di diritto internazionale sottoscritti dall'Ungheria è il 353A del Codice criminale sul "favoreggiamento dell'immigrazione illegale", oggetto della recente, e fulminea, citata opinione della "Commissione di Venezia". Alla critica posta dal parere della Commissione di Venezia su tale articolo è dedicato il terzo paragrafo del presente lavoro, che ne costituisce la parte principale, in quanto cronaca recente di una scelta politica da parte del governo Orban che è perfetta conseguenza delle politiche degli ultimi anni, ma che è anche in parziale contraddizione con una tradizione filo-europea che la gloriosa nazione magiara ha spesso espresso nel corso dei secoli ed anche prima dell'avvento di Viktor Orban al potere. Il prossimo paragrafo è però dedicato al ruolo di pioniere che l'Ungheria ha spesso assunto nella sua recente storia, e che pone degli interrogativi non proprio rassicuranti sul futuro dell'Europa, *target* principale delle critiche della legislazione "anti-Soros", anche se gli obiettivi immediati di essa sono i migranti, le ONG e le loro attività a favore di questi.

2. *La tradizione dell'Ungheria anticipatrice di nuove politiche rinnovata anche nel segno dell'anti-europeismo e della xenofobia?* – L'Ungheria è stata spesso precursora di quanto poi verificatosi in altri Stati: la rivoluzione del 1956 ne è un esempio, ed anche, insieme alla Polonia, la reazione al regime comunista sfociata nella caduta del muro di Berlino del 1989. Anche nella legislazione minoritaria l'Ungheria ha avuto un ruolo da pioniere, con la "legge sulle minoranze nazionali" del 1993 benedetta dalle organizzazioni internazionali ed anzi presa ad esempio come strumento di tutela e promozione della diversità etnica e linguistica (v. Peter Paczolay, *Human Rights and Minorities in Hungary*, in *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe*, n. 3, 1996, pp. 111-126).

La legge sulle minoranze citata è completata dalla "Legge sulle nazionalità del 2011", che mira a proteggere unicamente le minoranze storiche, che sono quelle, ai sensi della citata legge, che vivono in Ungheria da più di un secolo, il che significa situarsi ancora all'interno di quel crogiolo di lingue e culture che era l'Impero austro-ungarico. Il nazionalismo ungherese si basa molto sul fattore linguistico, è sull'identità linguistica che i nazionalisti ungheresi misero l'accento già a partire dalla fine del diciottesimo secolo.

La legge sulle minoranze nazionali ha il suo contraltare nella legislazione sui magiari nei paesi confinanti; la storia dell'Ungheria è segnata dal trauma del Trattato di Trianon, che nel 1920 sottrasse due terzi del territorio precedentemente facente parte del Regno di Ungheria, parte integrante dell'Impero austro-ungarico, lasciando milioni di ungheresi fuori della propria madre-patria: oggi circa cinque milioni di ungheresi vivono in Romania, Slovacchia, Serbia, Croazia, Ungheria, Austria e Ucraina.

Cosa possono avere in comune queste differenti scelte politiche, e cosa invece hanno di diverso fra di loro? Di diverso è lo spirito che le caratterizza: nel 1956 e nel 1989 la preoccupazione era quella di allargare il godimento dei diritti individuali, che il regime comunista non garantiva. La "legislazione stop-Soros" intende invece restringere la portata di questi diritti: essa colpisce, come dimostra il parere della Commissione di Venezia, i fondamentali diritti di espressione, riunione e associazione, in nome di una salvaguardia dell'identità ungherese.

Quello che invece accomuna scelte così diverse, le une tendenzialmente democratiche e liberali, le altre autoritarie ed illiberali, è un richiamo, esplicito nel caso delle norme recentemente adottate, al nazionalismo ungherese, che sono contrarie allo spirito di fratellanza, che, almeno minimo, presuppone il funzionamento delle istituzioni europee in senso solidale (Anche da parte degli Stati più forti evidentemente. sul tema v. Sabine Chabot, *Identité nationale et multiculturalisme*, Paris, Garnier, 2015) Il nazionalismo identitario, anche se espresso da una politica non liberale, sembra rassicurare molti uomini e molte donne d'Europa, più che il quadro democratico europeo, percepito come lontano ed anti-democratico.

3. Il contenuto delle più rilevanti disposizioni del pacchetto legislativo "anti-Soros" – Secondo il primo comma dell'articolo 353A sarà condannato chiunque si impegni nell'organizzare attività finalizzate ad "agevolare l'inizio delle procedure di asilo politico in Ungheria a favore di persone che non sono perseguitate nel loro paese natale, nel paese di residenza abituale o nel paese attraverso il quale sono arrivate in Ungheria per motivi di razza, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale, religioso o per opinioni politiche, o che non hanno una ragione ben fondata di temere la persecuzione diretta", o "a persone che fanno ingresso o dimorano illegalmente in Ungheria per acquisire un titolo di residenza".

Il secondo comma prevede la condanna fino ad un anno di reclusione per "chiunque fornisca risorse materiali per il reato specificato nel primo comma o per chi conduce tali attività di organizzazione su base regolare". La condanna vale anche, secondo il terzo comma dell'art. 353A, per chi esercita tali attività per profitto ("*financial gain*"), per chi assiste più di una persona, o entro la zona di otto chilometri a partire dal confine che corrisponde alle regole Schengen. Il quarto comma prevede che la condanna possa essere ridotta o annullata nel caso che l'imputato riveli le circostanze del crimine commesso. Il quinto comma specifica quali sono le "attività di organizzazione", fra le quali rilevano la "preparazione o la distribuzione di materiale o l'affidamento ad altri di queste azioni" e la creazione di un non meglio precisato *network*.

La *ratio* del progetto di settimo emendamento costituzionale è ben comprensibile dall'esposizione dei motivi allegati alla legge: "L'immigrazione di massa che colpisce l'Europa e le attività delle forze a favore dell'immigrazione minacciano la sovranità nazionale dell'Ungheria. Bruxelles progetta di introdurre uno schema obbligatorio di quote fissate per la riallocazione dei migranti che risiedono o arrivano in Europa, che presenta un pericolo per la sicurezza del nostro paese e modificherebbe per sempre la popolazione e la cultura dell'Ungheria".

4. *Il contenuto essenziale del parere della Commissione di Venezia* – La critica della Commissione di Venezia (che si era già espressa in vari suoi documenti sull'Ungheria, ad esempio con un importante parere del 2013 su un'altra revisione costituzionale) nel suo parere del 25 giugno 2017, parte dal fatto che si tratta di misure riferite ad un unico individuo, George Soros. Anche se non è certo che si tratti di una legislazione "*ad hoc*", una tecnica censurata in passato da essa stessa, il riferimento esplicito nell'"Esposizione dei motivi" a Soros è considerato inopportuno, ed anche inutile ai fini delle norme.

La Commissione rileva nel suo parere che, conformemente alle direttive del 2002 della UE sulla prevenzione dell'aiuto per l'entrata, il transito ed il soggiorno irregolari, molti paesi si sono dotati di norme che prevedono la sanzione penale di chi favorisce l'immigrazione irregolare in cambio di una prestazione pecuniaria. Però, "criminalizzare alcune attività condotte da persone che lavorano per le ONG nell'ambito delle loro funzioni rappresenta un'interferenza con le loro libertà di associazione e, in qualche caso, di espressione. Per essere giustificate, queste interferenze hanno bisogno di essere conformi alla legge, devono perseguire una finalità legittima e devono essere necessarie in una società democratica" (punto 70)".

Per quanto riguarda il primo punto, l'art. 353A è carente sotto il profilo della chiarezza e della precisione richieste e dunque non soddisfa il criterio della "legalità" ai sensi degli artt. 10 e 11 CEDU e degli artt. 19 e 22 del "Patto internazionale sui diritti civili e politici" dell'ONU.

Sull'illegalità della condotta, prevista dall'art. 353A, di chiunque organizzi attività volte a facilitare o ad iniziare una procedura di richiesta di asilo per chi non soddisfa i criteri per il riconoscimento del relativo status di rifugiato, la Commissione per prima cosa sottolinea che questo in sé non può essere considerato un crimine, ed a maggior ragione "non dovrebbe essere un crimine aiutare una persona in questa posizione. Se alla fine l'asilo politico sia concesso oppure no è una questione decisa dallo Stato e non da una ONG. Trasferire questo onere della prova in forma di 'sanzione penale' per 'essersi sbagliati', dover prevedere da parte di queste organizzazioni se un richiedente asilo abbia o no ragione di subire effettivamente persecuzione impedisce ogni tentativo da parte delle ONG di assistere il migrante interessato. Non è chiaro come un impiegato di una ONG al confine debba sapere quale richiedente asilo rientra nella categoria delle persone alle quali si applica l'art. 353A" (punto 72).

In secondo luogo l'art. 353A (5) è stato redatto in un senso molto ampio. La Commissione di Venezia, richiamando l'attenzione sui limiti di un approccio legale che prevede anche che l'unico potere di interpretazione di esso sia attribuito alle Corti nazionali, ritiene che "la presente formulazione ampia della disposizione che potrebbe in teoria comprendere ogni attività non è conforme al principio di certezza del diritto, dunque dà a chi ha facoltà di perseguire un reato un'esagerata discrezione di perseguirlo" (punto 73). Poi la disposizione che stabilisce che si dovrebbe escludere ogni preparazione o distribuzione di materiale informativo sulla procedura di richiesta di asilo, ed anche il riferimento che fa l'art. 353A (5c) di "costruire o rendere operativa una rete di assistenza", non dovrebbero comparire nel testo in questione (punti 73 e 74).

In terzo luogo, anche la nozione di "*financial gain*" (profitto) è imprecisa ed ambigua, e la disposizione in discussione non tiene conto della possibilità che ogni entrata generata in qualsiasi modo dalle ONG non sia per forza conseguenza di un'attività illecita (punto 76).

Infine, il provvedere a risorse materiali che portano a commettere il reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale, se condotto "regolarmente" può portare ad una condanna che comporta il carcere: a quest'ipotesi si aggiunge la possibilità di essere banditi da certe aree, e ad altre condanne, previste dall'art. 353A (2). "Questo può portare a sanzioni varie ed incoerenti. È vero che non è insolito lasciare una certa discrezione ad un giudice riguardo alla sentenza da dettare né è insolito includere 'norme aperte' in un testo legislativo, anche di natura penale. Tuttavia, i criteri qui dovrebbero essere più specifici. Questo non è il caso della disposizione in esame" (punto 77).

Per quanto concerne la possibilità di affievolire l'operatività del diritto di associazione e di riunione, questa deve basarsi su una finalità legittima. Mentre il parere della Commissione di Venezia e dell'OSCE/ODIHR riconosce che in linea di principio (ed in conformità alla giurisprudenza della CEDU, spesso richiamata nel parere) una disposizione legale che vieta l'aiuto all'immigrazione irregolare può coincidere con la finalità legittima di prevenire il disordine e la criminalità d'accordo con l'art. 11 CEDU sulla libertà di associazione e di riunione, esso aggiunge che "le finalità legittime non

devono essere usate come un pretesto per controllare le ONG o restringere la loro abilità nello svolgere il loro legittimo lavoro né come un mezzo per impedire alle persone di fare richiesta di asilo" (punto 80).

Riguardo al criterio della necessità in una società democratica, la Commissione di Venezia osserva che la sanzione penale del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare è prevista in molti paesi e non è contraria all'art. 1 della Direttiva 2002/90/EC del 28 novembre 2002. Però queste disposizioni di diritto penale sono di solito accompagnate dalla cosiddetta "clausola di eccezione umanitaria". "Se la legge nazionale non prevede un'eccezione che riguarda l'assistenza umanitaria, è di solito criticata da una prospettiva internazionale, in particolare quando il profitto non è un elemento del delitto di favoreggiamento come lo è nel progetto di art. 353A in esame" (punto 82).

Attività quali il supporto legale, le campagne pubbliche d'informazione, la produzione di materiali informativi sono tali da aiutare democraticamente il progresso dei diritti umani e dei pubblici interessi. Si tratta di attività protette dal diritto internazionale, e il progetto di legge in esame "in quanto tale è in contraddizione con il diritto di libertà di espressione, con il principio di 'presunzione a favore della legalità degli obiettivi e delle attività delle associazioni' e con il principio della 'libertà di determinare gli obiettivi e le attività'" (punto 83). Dunque il parere insiste sul fatto che al massimo potrebbero essere perseguite le attività di preparazione e/o di distribuzione di materiale d'informazione che intenzionalmente ed esplicitamente incoraggiano ad eludere la legge, non certo quelle che si limitano a preparare o a distribuire i materiali d'informazione o che affidano ad altri questi compiti (punto 84).

Un altro elemento su cui il parere insiste è quello della responsabilità personale dei membri delle ONG: fatto salvo quanto prima scritto sul timore che l'art, 353A inibisca indebitamente l'attività di esse e dei loro rappresentanti, si ricorda che "la condotta illecita dei fondatori o dei membri di un'associazione dovrebbe portare solo alla loro responsabilità personale per questi atti, e non alla proibizione o allo scioglimento dell'intera associazione, a meno che la condotta criminale non sia commessa dai rappresentanti principali di un'organizzazione, attraverso atti che sono attribuibili alla stessa organizzazione" (punto 89). Una censura ancora più stringente è quella che riguarda la mancanza assoluta, nella legislazione ungherese in discussione, di una "clausola umanitaria", che salverebbe i protagonisti dell'accoglienza dalla condanna penale (punto 93). Questa clausola è in pratica presente in tutti gli Stati della UE ed in altri, quali la Norvegia ed il Regno Unito, come mostra la dettagliata rassegna di diritto comparato che il parere della Commissione di Venezia effettua (punti 27-46). Altre osservazioni sull'art. 353A riguardano gli effetti che ricadono sulla legge di polizia relativa al controllo delle frontiere, che diventa assai più restrittiva che in precedenza (punti 94-99).

Le conseguenze della descritta *joint opinion* della Commissione di Venezia con l'OSCE/ODIHR non si traducono in un impatto giuridico forte come, per esempio, fanno le sentenze della Corte CEDU e della Corte di Giustizia della UE. Ma il parere in questione costituisce, come molti altri della Commissione di Venezia (fra quelli più recenti, si può citare il parere sulla Turchia n. 875 del 13 marzo 2017 sulla revisione costituzionale della Turchia, altro esempio di scivolamento sempre più deciso di una "democrazia illiberale": v. Entela Cukani, *Forma di stato e forma di governo in Turchia dopo la riforma del 2017*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, pp. 715-736), un documento di alto prestigio giuridico che non può non influenzare il dibattito politico, e costituire anche un'anticipazione di probabili future decisioni delle citate Corti.

5. Il distacco dell'Ungheria dai valori europei degli ultimi anni – L'Ungheria nei primi due decenni della sua ritrovata democrazia era uno dei paesi più ricettivi del diritto europeo. L'adesione al diritto occidentale ed europeo non era solo una veste formale, ma corrispondeva ad una sensibilità storica, una vicinanza alla cultura europea, alla quale tanto ha dato l'Ungheria in termini letterari ed artistici (basti pensare a Sandor Marai,

Agnes Heller e Viktor Vasarely, solo per limitarsi a tre nomi), che il comunismo non aveva del tutto intaccato. L'Ungheria fu uno dei primi paesi dell'Europa centrale ed orientale ad optare rapidamente per i valori liberali (su questa fondamentale stagione v. Sergio Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Bologna, Il Mulino, 1993). La Corte costituzionale fu dopo il 1989 uno dei motori decisivi per la modernizzazione del paese sotto il primato della legge, decisiva nello stabilire il nuovo ordine giuridico.

La politica di favore verso l'Europa ed i suoi valori finì decisamente con l'avvento al potere di Viktor Orban nel 2010: il problema dei migranti e la crisi economica furono i motivi (od i pretesti) per questo *virage*: "questa nuova identità costituzionale rappresenta una deviazione dal precedente approccio della Costituzione del 1989 sulla prevalenza del diritto della UE, così come emendata appena prima dell'accesso alla UE" (Gábor Halmai, *National(ist) cons titutional identity? Hungary's road to abuse constitutional pluralism*, EUI Working Paper 2017-2018, p. 2). Una deviazione che ancor oggi, a otto anni dall'avvento al potere di Orban, continua, e che pone l'Ungheria in cima alla lista degli Stati anti-europei, insieme alla Polonia ed a Repubblica Ceca e Slovacchia, il cosiddetto "gruppo di Visegrad".

Con la maggioranza di due terzi alle elezioni del 2010, i partiti al governo intrapresero una profonda riforma costituzionale che sfociò in una Costituzione illiberale, nonostante le origini liberali di Orban, che fu anche alleato di Josesf Antall, il primo fra i Primi ministri ungheresi del nuovo corso democratico. Questa nuova Costituzione fu votata dal Parlamento il 18 aprile 2011 "senza alcun elementare dibattito politico, professionale, scientifico o sociale" (Gábor Halmai, *op. cit.*, p. 5). Una delle parti che non furono modificate è quella relativa all'Europa: la politica anti-europea è dunque possibile anche in presenza di un articolo abbastanza neutro, se non favorevole al diritto europeo, perlomeno alla partecipazione dell'Ungheria alla UE. Non vi è però, nessuna norma che stabilisca la preminenza del diritto europea su quello ungherese.

Nel marzo 2013 fu inserito il Quarto emendamento, che diminuisce l'autonomia della Corte costituzionale, aggiungendo disposizioni che limitano l'applicazione dei diritti costituzionali ed infine mette in discussione alcune delle concessioni che nel 2012 erano state fatte nei confronti della UE. Queste mosse riaprirono seri dubbi sullo stato del costituzionalismo liberale in Ungheria e sul rispetto di essa degli impegni internazionali relativi ai Trattati UE e della CEDU.

La Commissione di Venezia, nel suo parere uscito dopo che l'emendamento entrò in vigore, condannava il fatto che esso rendesse molto ardua la revisione costituzionale, sottolineando anche che questa "è il risultato di una concezione strumentale della Costituzione come un mezzo politico della maggioranza governativa ed è un segno dell'abolizione dell'essenziale differenza fra l'attività costituzionale e l'ordinaria attività politica".

La Corte costituzionale ungherese, nella sua sentenza 12/2013, dichiarò la piena costituzionalità del Quarto emendamento, sottolineando la piena conformità al diritto europeo. Fino alla crisi dei rifugiati l'Ungheria faceva dunque parte dei paesi che sottoscrivevano una nozione limitata di prevalenza del diritto europeo.

Nella seconda metà del 2015 iniziò ad essere emanata la legislazione anti-immigrati, e fu anche costruito il famoso e famigerato filo spinato di 175 chilometri al confine con la Serbia, che viene catalogata fra i paesi sicuri, il che significava poter respingere i richiedenti asilo che provenivano da quel paese, in pratica la quasi totalità.

La Corte ritiene che l'identità costituzionale dell'Ungheria sia un valore fondamentale che non è stato creato, ma solo riconosciuto, dalla Legge Fondamentale e, dunque, ad esso non si può rinunciare per via di un Trattato internazionale. La difesa dell'identità costituzionale dell'Ungheria è garantita dalla Corte costituzionale fino a quando l'Ungheria avrà la sovranità. Poiché la sovranità e l'identità costituzionale sono connesse fra di loro in molti punti, i giudizi su di esse devono essere compiuti considerando entrambe. Sulla base di quanto appena riportato, i giudici ungheresi stabilirono che la stessa Corte può esaminare se l'esercizio del potere da parte della UE viola: a) la dignità

umana od ogni altro diritto fondamentale; b) la sovranità dell'Ungheria, o c) l'identità costituzionale dell'Ungheria radicata nella sua costituzione storica. Sulla base di quest'esame, la Corte dichiara il suo potere di prevalere sul diritto europeo in nome dell'identità costituzionale. La scelta, squisitamente politica, della Corte costituzionale ungherese, è peraltro favorita da un sistema fondamentalmente dualista, di cui è chiaro testimone l'art. Q.3 della Costituzione, ai sensi del quale i trattati internazionali non sono applicabili direttamente all'ordinamento interno, ma "*diventeranno parte del sistema legale ungherese per mezzo di promulgazione di disposizioni legislative*".

Se Fausto Vecchio scriveva cinque anni fa, nel suo fondamentale libro sulla recente storia costituzionale ungherese, che "il sistema ungherese ha continuato la sua progressiva caduta verso un modello autoritario che concepisce il diritto come uno strumento per calpestare concretamente i diritti fondamentali e le più basilari istanze democratiche" (Fausto Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, Cedam, 2013, p. 185), si può dire che la caduta, con le descritte riforme del giugno 2018, è continuata implacabile. Le stesse ultime riforme si iscrivono perfettamente in una strategia perseguita da anni dal governo Orban, che non sembra temere contraccolpi da Bruxelles, e sono anche coerenti con l'interpretazione che la Corte costituzionale del ruolo privilegiato che detiene il valore dell'"identità costituzionale ungherese".

Non si tratta però di scelte che riguardano unicamente l'Ungheria. L'intreccio fra politiche europee e nazionali pone le strategie dell'Ungheria di Orban assai più al centro del mondo di quanto la realtà, tutto sommato e senza offesa, periferica, della nazione magiara sia in sé stessa. Il rifiuto assoluto della riallocazione dei migranti più volte ribadito, anche in sede europea, va al di là di una comprensibile messa in discussione delle (titubanti, insufficienti e contraddittorie) politiche europee sull'immigrazione. È segno di (certo comprensibile ma preoccupante) egoismo porre la centralità della questione dell'identità nazionale quale barriera, come si è visto non solo metaforica, ma effettiva, ad una presunta invasione che, se proprio esiste e si si vuole usare questo termine non neutrale e di dubbia rispondenza alla realtà, riguarda certamente più i paesi del sud Europa della prima accoglienza ed i paesi più "appetibili" del nord Europa della seconda accoglienza che non l'Ungheria.

Se l'Ungheria di oggi è, riprendendo il titolo del citato libro appena citato, una "metafora della crisi del costituzionalismo europeo", essa rischia anche di diventare un simbolo della crisi della UE, un segno dell'inizio del suo sgretolamento (si veda anche, in lingua tedesca, l'approfondita analisi di Jan Werner-Müller, *Wo Europa endet: Ungarn, Brüssel und das Schicksal der liberalen Demokratie*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2013), insieme alla *Brexit*.

Sarebbe però disonesto addebitare la crisi della UE solo all'Ungheria ed agli altri paesi non solidali di Visegrad: essa ha radici più profonde e responsabilità diffuse. È comunque doveroso, per gli studiosi ed i politici italiani e del resto d'Europa, analizzare a fondo le cause di questa chiusura identitaria, di questo pericolo di contagio, evitando di pensare che il fenomeno non ci riguardi da vicino. Trieste e Udine sono poco più distanti da Budapest che da Roma.