



# DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

*Rassegna on line*

Fascicolo n. 1/2018  
ISSN 2421-0528

**SOMMARIO\***

Paolo Rossi – *Spunti critici sulla nuova supervision accentrata delle banche dell'Eurozona* (p. 2)

Gianpiero Buonomo – *Dalle proclamazioni degli eletti alla prima seduta delle nuove Camere: prospettive e problemi* (p. 37)

Andrea Previato – *Il caso Uber sotto il vaglio della Corte di Giustizia europea: una sentenza che ridefinisce i termini della sharing economy* (p. 50)

Diego Rossano – *Tutela del risparmio e regolazione delle crisi bancarie* (p. 77)

Jacqueline Morand Deviller – *Droit public et patrimoine. Le role du Conseil d'Etat français. Interets prives et interet public patrimonial* (p. 89)

Irene Tricomi – *Parametri costituzionali e non manifesta infondatezza nell'ordinamento multilivello* (p. 106)

Pasquale Serrao d'Aquino – *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e advance care health planning: prime considerazioni riguardo alla legge sul "testamento biologico"* (p. 129)

Notizie sugli autori (p. 148)

---

\*Secondo la data di pubblicazione.



## SPUNTI CRITICI SULLA NUOVA SUPERVISION ACCENTRATA DELLE BANCHE DELL'EUROZONA\*.

di Paolo Rossi\*\*

**Sommario.** 1. L'evoluzione della *supervision* prudenziale delle banche UE *ante* crisi finanziaria globale. 2. La risposta *strutturale* dell'Unione: la riforma della vigilanza nel Regolamento UE n. 1024/13. 3. La tensione *accentratrice* della funzione di *supervision* nel SSM, tra centralità della BCE e marginalizzazione della ANC. 4. Il rapporto di *supervision* tra Autorità vigilanti ed enti creditizi vigilati: profili procedurali... (*segue*) 5. ...e processuali, tra tutela giustiziale e giudiziale. 6. Conclusioni

2

### 1. Introduzione.

Per lungo tempo le politiche dell'Unione di *disupervision* del sistema bancario<sup>1</sup> erano state percosì dire comuni, hanno un ruolo meramente strumentale rispetto alle decisioni della BCE.

Per meglio dire, i poteri relativi all'accesso al mercato bancario sono solo apparentemente condivisi fra la BCE ed Autorità nazionali, in ragione del fatto che sia il perimetro dei poteri dell'Autorità europea è più ampio di quello delle Autorità nazionali: queste ultime hanno solo il potere di rigettare le richieste di autorizzazione, mentre, in caso di accoglimento, hanno un mero potere propositivo, essendo rimessa la decisione finale alla BCE, e in attuazione delle istruzioni di quest'ultima; come dire che, in *subiecta materia*, le Autorità

---

\*Sottoposto a referaggio.

\*\*Professore Associato di Diritto dell'economia, Università degli studi di Perugia.

<sup>1</sup>Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione della legislazione comunitaria sulla vigilanza armonizzata del sistema bancario cfr. *amplius* F. Capriglione e G. Alpa, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002; F. Capriglione, *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994; *Id.*, *Il recepimento della seconda Direttiva CEE in materia bancaria. Prime riflessioni*, in *Il recepimento della seconda Direttiva CEE in materia bancaria*, Bari, 1993; G. Di Gaspare, *Introduzione allo studio dei mercati mobiliari*, in *www.amministrazioneincammino.it*, p. 19 ss.; *Id.*, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2016, p. 339 ss.; cfr. anche F. Giorgianni e C. Tardivo, *Diritto bancario. Banche contratti e titoli bancari*, Milano, 2006; G. Godano, *Le banche*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2000, 315 ss; F. Maimeri, *Sub art. 6*, in F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro (a cura di), *Commentario al d.lgs. 1 settembre 1003 n. 385. Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, vol. I, Bologna, 2003, p. 52 ss; R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007; T. Bonneau, *Droit bancaire*, Paris 2007; B. Sousi-Roubi, *Droit bancaire européen*, Paris, 1995.

di vigilanza nazionali sono chiamate a svolgere dal SSM un ruolo di *collaborazione* essenzialmente di natura ancillare, con attività preparatoria-istruttoria, volte alla minima armonizzazione delle singole discipline di settore dei Paesi membri, senza minare la sovranità nazionale nei riguardi dei rispettivi enti creditizi<sup>2</sup>.

Ciò non toglie che anche quel *minimum di supervision* armonizzata aveva consentito dinamiche integrative nel settore bancario-finanziario dell'Unione: tant'è che in tale lunga fase si assiste ad un processo di progressiva crescita di una serie di gruppi bancari di Paesi membri che, anche a seguito dell'introduzione della moneta unica, varcano i confini nazionali ed espandono la loro operatività nel mercato finanziario infracomunitario; tale fenomeno, tuttavia, finisce per mettere in crisi, da un lato, i sistemi nazionali di *supervision* prudenziale e dall'altro, i fragili meccanismi di coordinamento della vigilanza armonizzata. In tal senso, già da tempo le istituzioni dell'Unione avevano avvertito tali criticità ed avevano chiesto al Comitato *Lamfalussy*, di individuare eventuali soluzioni riformatrici<sup>3</sup>; tale comitato tecnico *Lamfalussy* prospettò una soluzione articolata volta sia a rendere più agevole ed efficiente il processo decisionale comunitario in materia di regolazione finanziaria, sia a realizzare un maggior coinvolgimento degli operatori del settore<sup>4</sup>; senonché, anche il Rapporto *Lamfalussy* palesò, ben presto, un limite di approccio, continuando a concepire la vigilanza sul settore bancario-finanziario come prerogativa dei singoli Paesi UE secondo il principio dell'*home country control*, con perdurante marginalizzazione del ruolo degli organismi europei di mera cooperazione e/o di coordinamento fra i singoli Stati membri.

---

<sup>2</sup>Cfr. F. Capriglione, *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2015, p. 56 ss.

<sup>3</sup>Cfr., F. Ciralo, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Dir. ec.*, 2011, p. 2. La procedura Lamfalussy prevedeva che gli organismi dell'UE si limitassero ad applicare la legislazione quadro, attribuendo alla Commissione la competenza ad elaborare le disposizioni di attuazione tecniche e di dettaglio. I livelli in cui si articolava l'approccio proposto dal Comitato Lamfalussy, erano quattro: l'adozione della legislazione quadro (livello 1) e di misure di esecuzione dettagliate (livello 2). Per l'elaborazione tecnica delle misure di esecuzione, la Commissione si doveva avvalere del parere di comitati composti da rappresentanti di organismi di controllo nazionali di tre settori: banche, assicurazioni e pensioni professionali ed infine mercati di valori immobiliari. Questi comitati avrebbero dovuto contribuire all'attuazione coerente delle direttive comunitarie negli Stati membri, garantendo una cooperazione efficace tra le autorità di vigilanza e auspicando una convergenza delle loro pratiche (livello 3). Infine, la Commissione controllava l'adeguato recepimento, in tempo utile, della legislazione europea nel diritto nazionale (livello 4). Suddetta riforma proponeva un meccanismo alquanto macchinoso, che si sforzava di coniugare la presenza nel processo decisionale degli organi dotati di rappresentatività democratica (Parlamento europeo e Consiglio europeo) con la funzione propria della Commissione affiancata dall'ausilio tecnico delle autorità di vigilanza nazionali.

<sup>4</sup>Cfr. R. Antignani, *Le autorità di vigilanza europee sul settore bancario – Verso la vigilanza unica*, su [www.ilmiolibro.it](http://www.ilmiolibro.it), 2013.

È solo l'erompere della crisi finanziaria globale del 2008<sup>5</sup>, tuttavia, a disvelare, per un verso, l'evidente fragilità di siffatto meccanismo frammentato di vigilanza *armonizzata*; per l'altro verso, l'incapacità strutturale dell'Unione di dare risposte non solo emergenziali: tant'è che la stessa stabilità finanziaria dell'eurozona era finita per essere seriamente minata dal rischio di insolvenza dei debiti sovrani di alcuni Stati membri, con il concreto pericolo di un passaggio da un *fallimento del mercato* a un "fallimento dello Stato"<sup>6</sup>.

In altri termini, dalla crisi era emerso, in modo allarmante, un dato: l'integrazione sempre più crescente del mercato bancario-finanziario dell'Unione non era stata tempestivamente accompagnata dalla definizione di regole comuni<sup>7</sup>, che ne consentissero una supervisione adeguata ed efficace.

Per tentare di superare le evidenti carenze della vigilanza armonizzata, enfatizzate dalla crisi finanziaria del 2008, la Commissione UE aveva subito affidato ad un altro Comitato tecnico, presieduto da Jacques *Larosière*, il compito di formulare proposte di riassetto della regolazione europea di settore. Il Rapporto de *Larosière*, muovendo dalla constatazione che la legislazione comunitaria aveva lasciato - secondo una precisa opzione politico-istituzionale dell'Unione -, troppi margini alla discrezionalità dei legislatori nazionali, individuava le debolezze del sistema di vigilanza essenzialmente nei seguenti fattori: mancanza di un'adeguata supervisione macro-prudenziale; meccanismi di allarme precoce inefficaci; mancanza di poteri di supervisione consistenti fra gli Stati membri; impossibilità di decisioni comuni nei Comitati ed organismi europei di cooperazione.

Merito del Gruppo de *Larosière*, fu, soprattutto, l'aver prospettato, per la prima volta, la rilevanza della distinzione tra vigilanza di tipo macro-prudenziale e micro-prudenziale: come dire, in definitiva, che la vera discontinuità nell'approccio de *Larosière* fu proprio l'aver concepito il controllo a carattere macro-prudenziale, non solo confinato alle banche, ma inclusivo di tutti i settori della finanza ed al contempo esteso al più ampio contesto macroeconomico<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup>Sulla genesi della crisi finanziaria globale cfr. *amplius*G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011; F. Capriglione, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in G. Colombini e M. Passalacqua (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Napoli, 2012, p. 14 ss.

<sup>6</sup> G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in *Uscire dalla crisi: politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, 2012, p. 383 ss.

<sup>7</sup>Cfr., R. Antignani *op. cit.*

<sup>8</sup>Cfr. M. Onado, *La supervisione finanziaria europea dopo il Rapporto de Larosière: siamo sulla strada giusta?*, in *Bancaria*, 2009, p. 16 ss.

Senonché, anche il Rapporto *de Larosière* non era stato esente da critiche, in quanto ritenuto troppo *timido*, reo di non essersi spinto sino a prospettare la necessità di un'unica Autorità sovranazionale di *supervision* sul sistema bancario europeo<sup>9</sup>.

Nondimeno, la Commissione UE, recependo l'impianto *de Larosière*<sup>10</sup>, decideva di istituire, nel 2010, il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), articolato sulla creazione dell'organismo di vigilanza macro-prudenziale *European Systemic Risk Board* (ESRB) - con funzioni di vigilanza macro-prudenziale -, nonché di tre Agenzie europee indipendenti, vale a dire l'*European Banking Authority* (EBA), la *European Securities and Markets Authority* (ESMA) e la *European Insurance and Occupational Authority* (EIOA), incaricate del coordinamento della vigilanza micro-prudenziale rispettivamente nel settore bancario, finanziario e assicurativo<sup>11</sup>.

Senonché, il mutato quadro normativo dell'Unione derivante dalla creazione del SEVIF, pur rappresentando un passo in avanti rispetto al pregresso sistema frammentato di *supervision* - soprattutto avuto riguardo sia all'istituzione di un organismo di vigilanza macro-prudenziale con il compito di individuare in via preventiva il rischio sistemico, sia al rafforzamento della cooperazione derivante dall'istituzione del SEVIF -, non appariva in grado di superare definitivamente le criticità dell'assetto preesistente di vigilanza.

Tant'è che, malgrado la creazione del SEVIF, il perdurare ed anzi l'aggravarsi della crisi - che, come accennato, aveva finito per minare la stessa *credibilità* dei debiti sovrani di alcuni Paesi UE e, per tal via, la stabilità finanziaria dell'Unione-, avevano imposto alle istituzioni UE un'accelerazione più decisa verso la realizzazione di un sistema che

---

<sup>9</sup>L'opzione che emerse all'inizio dei lavori del gruppo *de Larosière*, riguardava l'allargamento delle competenze e dei poteri della BCE, opzione che però venne presto criticata da più parti.

<sup>10</sup>Cfr., sul punto, *amplius*, R. Antigani, *op.cit.*

<sup>11</sup>L'assetto del SEVIF è stato definito con i Regolamenti di Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, 1092/2010 e 1096/2010 (sul Consiglio per il rischio sistemico), 1093/2010 (sull'Autorità bancaria europea), 1094/2010 (sull'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali) e 1095/2010 (sull'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), GUUE L 331 del 15 dicembre 2010; vedi R. Onado, *op. cit.*; G. Napolitano, *Il meccanismo europeo di stabilità e le nuove frontiere costituzionali dell'Unione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, p. 461 ss.; E. Wymeersch, *The European financial supervisory Authorities or ESAS*, in *Rethinking Financial Regulation and Supervision in Times of Crisis*, Oxford University Press, E. Wymeersch, K. Hopt e G. Ferrarini (a cura di), 2012, p. 232 ss.; L. Quaglia, *The Regulatory Response of the European Union to the Global Financial Crisis*, in R. Mayntz (a cura di) *Crisis and Control. Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt/New York, 2012, p. 171 ss.; B. De Witte, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, 2011, RCAS Working Papers; E. Ferran, *Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision*, in *Rethinking Financial Regulation and Supervision in Times of Crisis*, cit., pp. 111-158; M. Evereson, *A Technology of Expertise: EU Financial Services Agencies*, LEQS Paper n. 49, 2012; M.P. Chiti e G. Vesperini (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal issues, Perspectives*, Bologna, 2015.

consentisse di prevenire, fronteggiare e risolvere i rischi del sistema bancario europeo con regole unitarie, strumenti uniformi e comportamenti comuni<sup>12</sup>: in buona sostanza, attraverso l'inveramento di una vera e propria *Banking Union*<sup>13</sup>, in grado di spezzare il circolo vizioso banche-sovrani nelle rispettive due direzioni: dalle banche al sovrano<sup>14</sup>, dal sovrano alle banche<sup>15</sup>. Tale progetto veniva dapprima formalizzato, nel giugno 2012, nel

<sup>12</sup> Cfr., sul punto, Ciraolo, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, cit.; cfr. anche R. D'Ambrosio, *Le Autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, n. 2, vol. II, p. 109; Mirella Pellegrini, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo: funzioni e limiti della supervisione*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2012, n. 2, p. 52; V. Troiano, *The new institutional structure of EBA*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol. 2, part 1, p. 163; R. Lener e R. Rulli, *The reforms of the European financial market supervision. The difficult coordination between EU and Member State*, ibidem, 99.

<sup>13</sup> Sul tema dell'unione bancaria cfr. F. Capriglione, *L'Unione bancaria europea*, op. cit.; Id, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in G. Colombini e M. Passalacqua (a cura di),  *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Napoli, 2012, p. 3 ss.; G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, op. cit.; M. Clarich, *L'unione bancaria. Competenze, procedure e tutele*, Roma seminario studi 26 novembre 2014; M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Scritti sull'Unione bancaria, Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, n. 81, 2016, p. 11 ss.; G. Boccuzzi, *L'Unione bancaria europea*, Milano, 2015; D. Busch e G. Ferrarini, *The European Banking Union*, Oxford University Press, 2015; G. Forestieri, *L'unione bancaria europea e l'impatto sulle banche*, in *Banca impresa Società*, n. 3, 2014, p. 496 ss.; AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, Torino, 2014; M. Mancini, *Dalla vigilanza armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, n.73, 2013; C.V. Gortsos, *The Single Supervisory Mechanism (SSM). Legal aspects of the first pillar of the European Banking Union*, EPLO, Atene, 2015; S. Micossi, *Banking union in the making*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, n. 2, part 1, p. 80 ss.; N. Moloney, *European banking union: Assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Review*, 2014, n.51, p. 1609 ss.; P.G. Teixeira, *The Single Supervisory Mechanism: Legal and institutional foundations. Dal Testounicobancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2014, n. 75; E. Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM', part one of the Banking Union*, Working Paper Research, 2015, n. 255.

<sup>14</sup> Cfr. C. Barbagallo, intervento Tavola rotonda: *Verso l'Europa Unita, gli obiettivi raggiunti, gli ostacoli da superare, le nuove sfide*, 6 maggio 2014, paper, secondo il quale "riferendoci al contagio dalle banche al sovrano, è opportuno ricordare come i sistemi di supervisione non improntati alle migliori pratiche, abbiano permesso una crescita quantomai non sostenibile dell'intermediazione. A causa della crisi finanziaria globale, era emersa la fragilità di questo modello "aggressivo" di business, implicando la richiesta di specifici interventi di finanza pubblica e accrescendo così il rischio sovrano. Se il problema del contagio banche-sovrano avesse avuto una connotazione prettamente nazionale, probabilmente non si sarebbe pensato a costituire l'Unione bancaria, ma evidentemente così non è, infatti in un mercato finanziario integrato, gli squilibri di un paese si trasmettono abbastanza rapidamente alle economie degli altri. Alla luce di queste problematiche è palese la necessità di una visione più ampia della supervisione, che prenda in debita considerazione l'interesse europeo, prevenendo la formazione di squilibri globali".

<sup>15</sup> Cfr., ancora, C. Barbagallo sul punto. Secondo l'Autore, "la seconda direzione da prendere in analisi è anch'essa costitutiva del circolo vizioso e prevede un andamento opposto rispetto alla prima, in quanto si concretizza nella direzione sovrano-banche. Punto focale da cui partire sono gli squilibri delle finanze pubbliche che si sono riflessi negativamente sulla situazione degli intermediari bancari, tanto da far risultare alterate le condizioni di accesso ai mercati di capitale e della liquidità, con una consistente lievitazione dei relativi costi. Sotto il profilo appena analizzato, l'affiancamento di un unico e credibile meccanismo per la risoluzione delle crisi, si porrà quale naturale complemento della nuova architettura di vigilanza, contribuendo a spezzare il legame tra condizioni della finanza pubblica si singoli stati e stabilità bancaria. Tuttavia non si può trascurare come, la disponibilità a mettere in comune risorse per la costituzione di una rete di sicurezza di livello europeo, sarebbe difficile da ottenere senza controlli a carattere comune, un meccanismo di supervisione diviene il presupposto irrinunciabile per la costituzione di un fondo unico per

c.d. *Rapporto Van Rompuy*, in cui, per superare la perdurante segmentazione del sistema bancario europeo, veniva prospettata la creazione di una unione bancaria fondata sui tre pilastri dell'introduzione di un meccanismo centralizzato di supervisione del sistema bancario; dell'adozione di nuove regole comuni per la risoluzione delle crisi bancarie, e, infine, dell'istituzione di uno schema comune di garanzia dei depositi; poi, nel settembre 2012, veniva tradotto dalla Commissione UE, con un'ulteriore accelerazione al processo di *ri-regulation* del settore, in una proposta di adozione di atti normativi comunitari (regolamenti e direttive) volti sia a ridisegnare la disciplina della vigilanza prudenziale - accentrando le funzioni in capo alla BCE -, sia a creare un *corpus iuris* comune per la risoluzione delle crisi bancarie, nonché per la garanzia dei depositi<sup>16</sup>.

Di qui si spiega la recente produzione legislativa comunitaria, destinata, nel suo complesso, a costituire la struttura portante della *Banking Union* post crisi: si va dalle nuove regole uniformi sui requisiti prudenziali delle banche e delle imprese di investimento di cui al Regolamento UE n. 575/2013, alla Direttiva 2013/36/UE, riguardante l'armonizzazione massima delle norme sull'accesso all'attività bancaria e sulla vigilanza prudenziale sulle banche ed imprese di investimento; al Regolamento UE n. 1024/2013 (SSM *Single Supervisory Mechanism*), istitutivo di un Meccanismo di vigilanza unico, alla Direttiva comunitaria n. 2014/59/UE - meglio nota come BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*)<sup>17</sup>, riguardante regole comuni per la risoluzione delle crisi bancarie - , al

---

la risoluzione delle crisi “.

<sup>16</sup>Cfr. Commissione europea, *Relazione alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica del regolamento UE n. 1093/2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza*, COM(2012) 512 definitivo, Bruxelles 12 settembre 2012.

<sup>17</sup>-Sul nuovo *regimen* dell'Unione di risoluzione delle crisi bancarie, cfr., *amplius*, F. Capriglione e A. Troisi, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, cit., capp. III e IV, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici; M.P. Chiti, *The new banking union, the passage from banking supervision to banking resolution*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2014, 608 ss.; L. Stanghellini, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea. Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, Roma, n.75, 2014, p. 169 ss.; G. Boccuzzi, *Assetti istituzionali, regole e procedure per la gestione delle crisi bancarie nel quadro dell'Unione Bancaria*, intervento al convegno *La gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi nel quadro dell'unione bancaria europea*; V. Santoro, *Prevenzione e “risoluzione” delle crisi delle banche*, in [www.regolazioneimercati.it](http://www.regolazioneimercati.it); Id., *Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, in [www.regolazioneimercati.it](http://www.regolazioneimercati.it); G.L. Greco, *La tutela del risparmiatore dopo la direttiva BRRD*, relazione al Convegno ADDE *Quali regole per quali mercati? Una riflessione sui nuovi modelli regolatori e sui mercati in transizione*, Milano 11-12 dicembre 2015, in *Diritto banca e mercato finanziario*, 2016; F. Gambardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca borsa*, 2015, n.5, I, 587; S. Saviola, G. Loiacono e P. Santella, *Il nuovo regime europeo di risoluzione delle crisi bancarie: un'analisi comparata dell'applicazione del bail-in*, in *Bancaria*, 2015, n.9, 46 ss.; L. Di Brina, *“Risoluzione” delle banche e “bail-in”, alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 4/2015, p. 184; O. Capolino (a cura di), *Le*

Regolamento UE n.806/14, istitutivo del Comitato di risoluzione unico<sup>18</sup>, e, infine, alla Direttiva 2014/49/UE, concernente regole comuni sui sistemi di garanzia dei depositi (DGS *Deposit Guarantee Scheme*)<sup>19</sup>.

## 2. La risposta strutturale dell'Unione: la riforma della vigilanza nel Regolamento UE n. 1024/13.

Come accennato, con l'adozione del citato Regolamento UE n. 1024/2013 (*Single Supervisory Mechanism*), viene istituito il Meccanismo di vigilanza unico o MVU<sup>20</sup>, con cui

---

*fasi della risoluzione bancaria e i rapporti con il preesistente quadro normativo, Atti del Convegno: crisi bancarie il nuovo quadro giuridico e istituzionale*, Milano, 8 maggio 2014; *Id.*, *Banking recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, relazione al Convegno conclusivo progetto PRIN 2010-11 Siena, 7-9 aprile 2016, in [www.regolazioneimercati.it](http://www.regolazioneimercati.it); E. Rulli, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 3/2015, pp.284 ss.; D. Rossano, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail in e la sua concreta applicazione*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 3/2015, p. 269 ss.; A. DE ALDISIO, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico. La distribuzione dei compiti tra il Comitato di risoluzione unico e le autorità di risoluzione nazionali e altri aspetti istituzionali*, in *Scritti sull'Unione bancaria, Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, Roma, n. 81/2016, p. 137 ss.; cfr. anche G.S. Zavvos e S. Kaltsouni, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing*, in AA.VV., *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Cheltenham, 2015; V. De Seriere, *Recovery and resolution plans of banks in the context of the BRRD and the SRM: some fundamental issues*, in D. Busch e V. Ferrarini (a cura di), *European Banking Union*, Oxford, 2015, 336; B. Joosen, *Regulatory Capital Requirements and Bail in Mechanism*, in M. Haentjens e B. Wessels (a cura di), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Cheltenham, 2015; J.H. Binder, *Resolution planning and Structural Bank Reform within the Banking Union*, SAFE Working Paper Series, n. 81/2015, in <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=C. Hadejemmanuel>, *Bank resolution Financing in the Banking Union*, in SSRN; *Id.*, *Special Resolution Regimes for Banking Institutions: Objectives and Limitations*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n.21/2013, reperibile in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2336872](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2336872); FSB, *Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies*, 2013, in [www.financialstabilityboard.org](http://www.financialstabilityboard.org); J.N. Gordon e W.G. Ringe, *Bank Resolution in Europe: The Unfinished Agenda of Structural Reform*, *op. cit.*, 500 ss.; ma anche *Id.*, *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What it Would Take*, in *Columbia Law Rev.*, 2015, p. 1297 ss.

<sup>18</sup>Regolamento n. 806/2014/UE, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>19</sup>Sul terzo pilastro dell'Unione bancaria costituito dalla Direttiva n.2014/49/UE, cfr. *amplius* G. Cian, *Un nuovo passo verso l'Unione bancaria europea: la Direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi*, in *Dir. Banc. merc. fin.*, 2014, p. 67 ss.

<sup>20</sup>Sul nuovo meccanismo di vigilanza unico previsto dal Regolamento UE n. 1024/13 cfr. R. D'Ambrosio, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 74/2013; *Id.*, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 78/2015; *Id.*, *Il Meccanismo di vigilanza unico: profili di indipendenza e di accountability*, in *Scritti sull'Unione bancaria*, in *Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, Roma, n. 81/2016, 137 ss.; F. Capriglione, *L'applicazione del meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia di ingiustificati timori*, in *apertacontrada.it*, 2014; *Id.*, *European banking union. A challenge for a more united Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol.2, part. 1, p. 5 ss.; M. Clarich, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea. Relazione al convegno "L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra*

viene data, in sede comunitaria, una risposta strutturale e non congiunturale alle criticità del previgente impianto della vigilanza su base prevalentemente nazionale, ormai oltremodo disallineato rispetto a mercati finanziari caratterizzati irreversibilmente da strette interconnessioni e da un alto tasso di integrazione<sup>21</sup>; al contempo, con l'adozione del *Single Supervisory Mechanism* le istituzioni dell'Unione hanno inteso rafforzare la capacità delle banche dell'eurozona di assecondare la maggior domanda di credito connessa alla ripresa economica<sup>22</sup>, con una ricaduta positiva sul rapporto banche-economia reale notevolmente pregiudicato dalla crisi.

Quanto al mutamento dell'approccio alla funzione di vigilanza prudenziale, il legislatore dell'Unione ha compreso che, per rafforzare l'efficacia dell'azione di controllo e supervisione all'interno dell'eurozona, occorre un salto di qualità nel processo di integrazione della perdurante eterogeneità regolativa tra gli Stati membri.

In tal senso, la *ratio* ispiratrice di fondo della Commissione UE, in sede di adozione della novellata disciplina della vigilanza bancaria, è stata di accentrare le competenze ed i relativi poteri in capo ad un'unica Autorità europea.

Del resto, si era compreso che un sistema unico di supervisione rende effettivo il mercato finanziario unico, in quanto è presupposto necessario per rompere il circolo vizioso tra rischio di credito e rischio sovrano: infatti, "la presenza di un interlocutore unico a fronte dei soggetti abilitati (che operano nel sistema finanziario europeo) individua

---

*continuità ed innovazione*", in *Quad. dir. comm.*, 2016; *Id.*, *I poteri di vigilanza della banca centrale europea*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3/2013, p. 975 ss; M. Lamandini, D. Ramos Munoz e J. Solana, *Depicting the Limits to the SSM's Supervisory Power: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights Protection*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 79/2015; M. Lamandini, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, in *ECB Legal Conference 2015, From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New Opportunities for European Integration*, ECB, Frankfurt, 2015; M. Lamandini, D. Ramos Munoz e J. Solana, *The ECB as a Catalyst for Change in EU Law. Part I: The ECB's Mandates*, e *id.*, *The ECB as a Catalyst for Change in EU Law. Part II: SSM, SRM and Fundamental Rights*, ECB Working Papers, 2016; O. Capolino, *La vigilanza bancaria: prospettive ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in *Scritti sull'Unione bancaria, Quaderni ricerca giuridica Banca Italia, Roma*, n. 81/2016, p. 55 ss.; *ECB Banking Supervision and beyond, Report of a CEPS Task Force*, CEPS Bruxelles, 2014, pp. 1-61; S. Antoniazzi, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013; L. Panetta, *La nuova vigilanza bancaria europea e l'Italia. Intervento del Vice Direttore Banca Italia*, in *Mondo Bancario*, n. 3/2014, p. 22 ss.; C. Barbagallo, *L'Unione Bancaria europea*, in *Mondo bancario*, n. 2/2014, p. 11 ss.; C. Brescia Morra, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca impresa società*, n. 1/2015, p. 73 ss.

<sup>21</sup>Cfr. F. Ciruolo, *Il Regolamento UE n.1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea. Prime riflessioni*, in *Amministrazione in cammino*, 2014.

<sup>22</sup>Cfr. V. Visco, *Il completamento dell'unione bancaria e il finanziamento dell'economia reale*, Intervento alla Conferenza interparlamentare sull'articolo 13 del *Fiscal Compact*, Roma 30 settembre 2014.

l'indispensabile premessa di una parità di posizioni; questa, a sua volta, è presupposto di convergenze che dovrebbero promuovere innovativi schemi di condivisione, e più in generale la realizzazione di condizioni cui dovrebbero far seguito stabilità e progresso<sup>23</sup>.

In tale prospettiva, la BCE è apparsa come il candidato per così dire *perfetto* per assumere il ruolo di supervisore prudenziale dell'Unione, attesa l'indubbia *expertise* nel settore finanziario e la sua tendenziale indipendenza dal potere politico<sup>24</sup>; ciò, anche se tale scelta deriva anche dal fatto che l'ordinamento dell'Unione non consente la creazione di una nuova *Authority* se non attraverso la necessaria modifica dei Trattati.

In ogni caso, l'elemento di maggior discontinuità innovativa del nuovo impianto regolativo sembra risiedere nel fatto che viene centralizzata la funzione di vigilanza ed i correlativi poteri in capo ad un *network* privo di personalità giuridica, appositamente istituito, il MVU, composto dalla BCE e dalle Autorità nazionali degli Stati membri partecipanti<sup>9</sup> nel quale, fermo l'obbligo per tutte le Autorità di vigilanza che lo compongono di cooperare in buona fede nello svolgimento dei rispettivi compiti e di scambiarsi le informazioni, non v'è dubbio che alla BCE, oltre alla responsabilità del buon funzionamento del *network*, vengono attribuiti un complesso di competenze e di poteri tali da enfatizzarne un ruolo non di mero *primus inter pares*, ma di vera e propria primazia<sup>25</sup>.

In effetti, la BCE ha competenze esclusive, individuate vuoi in base ad un criterio soggettivo, in quanto è chiamata ad esercitare la vigilanza prudenziale diretta sugli enti creditizi c.d. significativi<sup>26</sup>, vale a dire i più rilevanti su base consolidata che includono,

---

<sup>23</sup>CAPRIGLIONE, TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, cit., p. 65 e ss.

<sup>24</sup>Tuttavia, l'attribuzione alla BCE di poteri di supervisione micro-prudenziale è stata giudicata, in senso opposto, come fonte di potenziali interferenze politiche ed attacchi all'indipendenza dell'Autorità comunitaria; perplessità sono state manifestate, inoltre, in ordine al fatto che alcune ANC sono espressione del potere politico, che potrebbe quindi influenzare dall'interno l'operato della stessa BCE; sul punto cfr., *amplius*, F. Capriglione, *European for a more united Europe*, op. cit., p. 57 ss.

<sup>25</sup>Così F. Capriglione, *Considerazioni a margine di un provvedimento della Banca d'Italia sull'entrata in funzione del Single Supervisory Mechanism*, in *Apertacontrada*, n. 2/2014; *contra* M. Clarich, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013, p.986, secondo il quale il meccanismo di vigilanza unico rappresenta, invece, un modello peculiare di cogestione dei poteri amministrativi, in cui la cooperazione tra i due livelli si realizza tanto sul piano strutturale quanto su quello funzionale; cfr. anche S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p.79.

<sup>26</sup>La c.d. "significatività" dell'ente creditizio, a norma dell'art. 6 Regolamento n. 1024/13, è desumibile dai seguenti criteri: ove il valore totale delle attività superi i 30 miliardi di euro; ove il rapporto tra le attività totali e il PIL dello Stato membro partecipante in cui sono stabiliti superi il 20% (a meno che il valore sia inferiore a 5 miliardi di euro); ove l'autorità nazionale competente ritenga che l'ente creditizio abbia un'importanza significativa per l'economia nazionale; assistenza finanziaria dal FESF o dal MES; attività/passività transfrontaliere considerate dalla BCE parte significativa del totale; in ogni caso, i tre enti creditizi più significativi di ciascuno Stato membro. Sul punto, cfr. V. Gortsos, *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, Nomiki Bibliothiki, Atene, 2015, p. 113 ss.; K. Lackhoff, *Which credit*

salvo particolari circostanze, i tre più rilevanti di ciascuno Stato oltre a quelli che avranno richiesto o ricevuto assistenza finanziaria pubblica dal Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) o dal Meccanismo europeo di stabilità (MES)<sup>10</sup>; vuoi in base ad un criterio *rationemateriae*, essendo di esclusiva competenza di BCE il rilascio e la revoca dell'autorizzazione agli enti creditizi, nonché la valutazione delle domande di acquisto o di cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi nei confronti di tutte le banche dei Paesi partecipanti.

Peraltro, la novella comunitaria consente una *reductio ad unum* in capo alla BCE del ruolo sia di Autorità competente, sia di Autorità designata degli Stati partecipanti al SSM, con l'attribuzione dei relativi poteri derivanti e dalla legislazione europea e da quella domestica di recepimento<sup>11</sup>, consentendo alla BCE stessa, ove necessario, all'assolvimento dei propri compiti di sollecitare le Autorità di vigilanza nazionali, mediante istruzioni, all'esercizio degli ulteriori poteri previsti dalle singole normative nazionali che, ancorché non di attuazione del diritto dell'Unione, siano funzionali ai compiti di *supervision* della BCE medesima.

In linea con la *ratio* accentratrice della novella, alle Autorità domestiche viene *de residuo* attribuito un ruolo di assistenza alla BCE, secondo le istruzioni da questa impartite, nella preparazione e nell'attuazione degli atti inerenti alle sue competenze esclusive, nonché la vigilanza sugli enti creditizi *lesssignificant* (meno significativi), nei confronti dei quali sono loro conferiti i relativi poteri, eccezion fatta che per il rilascio e la revoca delle autorizzazioni, la valutazione delle domande di acquisizione e la cessione di partecipazioni qualificate al capitale degli enti vigilati; permangono in capo alla ANC anche le competenze di *supervision* non attribuite dal SSM alla BCE.

Per di più l'Autorità di vigilanza europea ha la possibilità di estendere il proprio intervento anche alle banche *lesssignificant*, qualora sia necessario, per assicurare l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati.<sup>27</sup>

In definitiva, il legislatore comunitario, pur non avendo operato un integrale svuotamento

---

*institutions will be supervised by the Single Supervisory Mechanism?*, in *Journal of Int. Banking Law and Regulation*, 2013, p. 454 ss.; H. Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism or "SSM"*, *op. cit.*, p.30 ss.; G. Schuster, *The banking supervisory competences and powers of the ECB*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, n. 4/2014; T. Zilioli, *L'attribuzione delle funzioni di vigilanza alla BCE: aspetti istituzionali*, Milano 14 maggio 2014, in [www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu).

<sup>27</sup>Cfr. BCE, *Guida alla vigilanza bancaria*, settembre 2014, 10; sul punto cfr. F. Capriglione, *L'unione bancaria europea*, *op. cit.*, p. 62 ss.

delle competenze e dei poteri delle Autorità nazionali di vigilanza, ha costituito un articolato meccanismo di *supervision*, al vertice del quale è stata posta la BCE in posizione di sovraordinazione, affidandole, come acutamente osservato, una “competenza esclusiva nello svolgimento dei compiti di vigilanza prudenziale”<sup>28</sup> avendo la “responsabilità ultima per tutte le banche dell’area euro”<sup>29</sup>; mentre le Autorità domestiche di vigilanza - che subiscono, per tal via, un rilevante ridimensionamento del proprio ruolo - vengono chiamate prevalentemente a prestare ausilio istruttorio, informativo, al più propositivo alla decisione dell’Autorità *disupervision* europea, mantenendo altresì alcuni limitati compiti di vigilanza diretta<sup>30</sup>; tuttavia, anche in relazione a questi ultimi il Regolamento UE consente alla BCE di impartire istruzioni alle Autorità nazionali, limitandone ulteriormente le residue prerogative autonome, sacrificate *sull’altare* dell’unitarietà e coerenza dell’azione di vigilanza<sup>31</sup>.

Peraltro, anche in relazione ai compiti di vigilanza macroprudenziale, volti a prevenire e fronteggiare i rischi della stabilità complessiva del sistema, malgrado, in assenza della distinzione sopra richiamata tra enti creditizi significativi e banche *lesssignificant*, l’art. 5 attribuisce il potere di ricorrere agli strumenti macro-prudenziali previsti dal diritto dell’Unione alle Autorità nazionali di vigilanza, ed è ancora la BCE ad esercitare la sua primazia, avendo la facoltà sia di intervenire, ove lo reputi necessario, con l’applicazione di *buffer* più elevati di quelli imposti dall’Autorità nazionale, sia di applicare direttamente le misure macro-prudenziali, sostituendosi *ex lege* all’Autorità nazionale ove questa sia inerte.

---

<sup>28</sup>Cfr. F. Capriglione, *L’applicazione del Meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia ingiustificata di timori*, in *Apertacontrada*, cit.

<sup>29</sup>Così V. VISCO, *Intervento all’88° Giornata mondiale del risparmio*, Roma 31 ottobre 2012.

<sup>30</sup>Cfr. ANTIGNANI, *op. cit.*; F. Guarracino, *Dal meccanismo di vigilanza unico (SSM) ai sistemi centralizzati di risoluzione della crisi e di garanzia dei depositi: la progressiva europeizzazione del settore bancario*, in *Riv. trim. dir. ec.*, Roma, n. 3/2012.

<sup>31</sup> Significativa appare la posizione di G. Sabatini nell’Audizione ABI 2012, per il quale “il Regolamento intende perseguire l’obiettivo di rendere la vigilanza prudenziale di esclusivo dominio della BCE”.

### 3. La torsione accentratrice della funzione di *supervision* nel SSM, tra centralità della BCE e marginalizzazione delle ANC.

Nella richiamata ripartizione dei compiti di vigilanza tra BCE e autorità nazionali, pur avendo il legislatore dell'Unione cercato di bilanciare l'esigenza, per un verso, di assicurare l'unitarietà del sistema e, per l'altro verso, di mantenere i vantaggi del decentramento operativo anche per evitare il depauperamento del patrimonio conoscitivo e di *expertise* delle Autorità di vigilanza nazionale, appare nondimeno piuttosto evidente la torsione *accentratrice* del sistema di vigilanza a favore della BCE sottesa alla novella regolamentare: in tal senso è emblematico, come sottolineato autorevolmente<sup>32</sup>, che nella relazione di accompagnamento della proposta di Regolamento per qualificare la posizione della BCE nell'ambito del SSM si faccia ricorso all'espressione "univocità di comando"<sup>33</sup>. In effetti, si è evidenziato come alla BCE non solo siano stati attribuiti, in via esclusiva, quei compiti di vigilanza che permettono di assicurare attuazione coerente ed efficace delle regole di vigilanza per tutte le banche dell'Eurozona, ma spetta all'Autorità comunitaria assumerla decisione su profili cruciali per la vita delle imprese bancarie (*id est* in materia di autorizzazione e revoca all'esercizio dell'attività bancaria; di autorizzazione all'acquisto e alla dismissione di partecipazioni nel capitale delle banche; di verifica del rispetto dei requisiti prudenziali minimi in materia di fondi propri, concentrazione dei rischi, liquidità, *leverage*, di fissazione di requisiti prudenziali più elevati rispetto a quelli minimi e dei *buffers* di capitale, ove ciò sia previsto dalle norme comunitarie; di verifica dell'adeguatezza del governo societario, dell'organizzazione e dei controlli interni delle banche; di conduzione del processo di revisione e valutazione prudenziale e definizione del contenuto della normativa al pubblico; di conduzione degli esercizi di *stress test*; di vigilanza consolidata sulle società capogruppo e vigilanza supplementare sui conglomerati finanziari; di coordinamento con le Autorità nazionali per la definizione delle posizioni in seno all'Autorità Bancaria Europea su materie legate ai compiti trasferiti alla BCE; di interventi tempestivi in presenza di violazioni, anche potenziali, dei requisiti prudenziali,

<sup>32</sup> - Cfr. CAPRIGLIONE, *L'applicazione del Meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia ingiustificata di timori*, in *Apertacontrada*, cit.

<sup>33</sup>Cfr. *Relazione alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, documento COM(2012) 511*, par. n.1.

inclusa la predisposizione dei piani di risanamento e degli accordi di sostegno finanziario di gruppo). Si pensi, ad esempio, alla dinamica del rapporto tra BCE ed Autorità nazionale in relazione ai poteri di autorizzazione e revoca all'esercizio dell'attività bancaria, nonché all'acquisto e alla dismissione di partecipazioni nel capitale delle banche: le Autorità nazionali, pur coinvolte dal SSM in tali procedure esecutiva o al più propositiva.

La scelta di attribuire alla BCE un ruolo di sostanziale primazia nel nuovo sistema di vigilanza emerge altresì ove si consideri il fatto che spetta all'Autorità europea la vigilanza diretta sulle c.d. banche significative, che, come noto, rappresentano oltre l'85% del mercato bancario europeo; del resto, anche laddove il SSM ha lasciato in capo alle Autorità domestiche il potere di vigilanza diretta sulle banche *lesssignificant* - che costituiscono, appunto la quota residua, sempre più marginale, del mercato bancario europeo -, non solo il Vigilante nazionale è tenuto a conformarsi, nel concreto *agere*, alle istruzioni e/o delle *guide lines* stabilite dalla BCE, subendone un'inevitabile condizionamento limitativo<sup>34</sup>, ma, soprattutto, è sottoposto alla facoltà, potestativa ed unilaterale, della BCE, che può in ogni momento decidere, in via avocativa - ove lo ritenga necessario per assicurare la coerenza nell'applicazione degli standard di vigilanza - di attrarre nell'alveo del proprio ambito diretto di vigilanza banche sino a quel momento ritenute *lesssignificant*, attribuendogli la qualificazione di *significativa*; con conseguente ulteriore compressione del perimetro materiale *riservato* alla vigilanza delle Autorità nazionali.

In buona sostanza, nell'assetto delineato dal SSM la BCE ha - secondo i tratti tipici delle autorità amministrative sovraordinate - il potere di ri-definire, in senso ampliativo, l'ambito della propria competenza, e, specularmente, di ridurre quello delle Autorità nazionali, il cui confine diviene flessibile, in quanto rimesso alla valutazione discrezionale dell'Autorità sovraordinata.

---

<sup>34</sup>Ci si intende riferire al fatto che, secondo l'art. 6, par.5 lett. a), del Regolamento UE n. 1024/2013, la BCE può impartire loro istruzioni o possa emanare nei loro confronti regolamenti e orientamenti, alla stregua dei quali debbono essere svolti i compiti e assunte le decisioni. Del pari, gli artt. 96 ss. del Regolamento quadro n. 468/14 attribuiscono alla BCE il potere di richiedere in qualsiasi momento alle Autorità nazionali informazioni inerenti, fra l'altro, all'espletamento dei loro compiti nei confronti delle banche meno significative e, soprattutto, pongono a carico delle Autorità nazionali l'obbligo di notificare preventivamente alla BCE, almeno dieci giorni prima della data prevista per l'adozione di eventuali provvedimenti, tutti i progetti di decisioni di vigilanza che concernano la rimozione di membri dei consigli di amministrazione dei soggetti vigilati e la nomina di amministratori speciali o che abbiano un impatto significativo sul soggetto vigilato. Inoltre, l'art. 98 del Regolamento quadro prescrive che le ANC trasmettano alla BCE qualsiasi altro progetto di decisione di vigilanza in relazione al quale richiedano il parere dell'Autorità europea o che possa ripercuotersi negativamente sulla reputazione del SSM, precisando, altresì, che la BCE esprime il proprio parere su tutti i progetti di decisione di vigilanza ad essa notificati.

Ne deriva che il perimetro della vigilanza europea appare una sorta di confine variabile rimesso alla discrezionalità della BCE, a riprova del ruolo sovraordinato attribuito all'Autorità comunitaria dal SSM<sup>35</sup>; di tal che la reale misura del ridimensionamento del ruolo delle Autorità di vigilanza nazionali sembra destinato a dipendere dalle concrete modalità in cui la BCE deciderà, via via, di relazionarsi con le Autorità nazionali<sup>36</sup>, dispiegando i propri poteri: ciò, *a fortiori*, ove si consideri che alla BCE è stata anche attribuita, dall'art. 6, commi 3 e 5 del Regolamento n. 1024/13, la prerogativa di attrarre a sé compiti ordinariamente attribuiti alle Autorità nazionali di vigilanza, secondo una dinamica avocativa tipica del rapporto amministrativo di direzione.

Ulteriore elemento sintomatico della primazia riconosciuta dal SSM alla BCE appare agevolmente desumibile dal meccanismo di inversione nell'attuazione e applicazione del diritto europeo.

Com'è noto, uno dei tratti costitutivi dell'ordinamento UE è tradizionalmente rappresentato dal fatto che l'attuazione e l'applicazione del diritto dell'Unione è sempre stata rimessa alle Autorità nazionali. Viceversa, il SSM ha previsto che sia la Bce a poter dare diretta applicazione, oltre che ai Regolamenti europei, anche alle norme di recepimento delle direttive comunitarie.

La centralità, per così dire, *nomofilattica* della BCE appare evidente ove si consideri che, mentre tendenzialmente nel diritto dell'Unione tante amministrazioni nazionali diverse applicano la medesima regola comunitaria, nel nuovo sistema di vigilanza bancaria del MVU un'unica Autorità comunitaria, la BCE, è messa in grado di applicare regole nazionali (almeno parzialmente) diverse<sup>37</sup>.

Siffatta posizione di sovraordinazione della BCE e conseguente sussidiarietà (*rectius*) strumentalità delle Autorità nazionali di vigilanza, appare soltanto parzialmente *mitigata* dalle modalità di cooperazione tra la prima e le seconde configurate dal SSM per assicurare l'unitarietà e la coerenza dell'azione di vigilanza nel SSM<sup>38</sup>.

<sup>35</sup>- Così L. Torchia, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. Dir. ammin.*, n. 1/2015, 7 ss.

<sup>36</sup> -Cfr. CAPRIGLIONE, *L'applicazione del Meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia ingiustificata di timori*, in *Apertacontrada*, cit.

<sup>37</sup> -Cfr. TORCHIA, *op. ult. cit.*, p.8.

<sup>38</sup>In effetti, per garantire elevati standard nello svolgimento dell'attività di *disupervision*, il Regolamento SSM prospetta il ricorso alle c.d. *best practices* sviluppate dalle Autorità di vigilanza nazionali, in conformità con il *Single rulebook* con i core principles del Comitato di Basilea; in tal senso, nel concreto svolgimento dell'attività di vigilanza *off* e *on-site*, riveste un ruolo preminente il *Supervisory Manual*, che individua i processi operativi, le procedure e le metodologie di supervisione delle banche sia *significant* che *less*

Del pari, non sembra destinato a *risarcire* in modo significativo la rilevante *perdita di sovranità* subita dalle Autorità nazionali di vigilanza il meccanismo, individuato dal SSM, di ripartizione dei poteri sanzionatori tra BCE e Autorità nazionali: laddove la BCE ha il potere di applicare alle sole banche significative sanzioni di esclusiva natura pecuniaria e limitatamente a violazioni di diritto europeo direttamente applicabili; mentre, negli altri casi, l'Autorità di *supervision* europea è tenuta a richiedere l'adozione del relativo provvedimento alle Autorità di vigilanza nazionali, le quali, peraltro, mantengono un potere sanzionatorio diretto ed esclusivo nei confronti delle banche vigilate *less significant*. Né, del resto, sembra in grado di compensare il sostanziale ridimensionamento del ruolo delle Autorità di vigilanza nazionali la scelta del SSM di aver mantenuto in capo alle medesime alcuni compiti di *supervision* non espressamente trasferiti alla BCE - ossia quelli relativi al contrasto al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo, alla trasparenza, alla vigilanza su soggetti definiti come non bancari ai sensi della legislazione comunitaria, ma sottoposti a vigilanza bancaria a livello nazionale, alla vigilanza sui servizi di pagamento; alla vigilanza sulle attività delle banche nei mercati degli strumenti finanziari; alla vigilanza sulle banche di paesi terzi che operano nell'UE mediante succursali o in libera prestazione di servizi.

Di qui sembra spiegarsi, peraltro, il tentativo dell'Autorità di vigilanza nazionale di recuperare, ancorché parzialmente, un ruolo ed una centralità a lungo mantenuta tra i poteri pubblici, attraverso un provvedimento con cui la Banca d'Italia, nell'affrettarsi a delineare

---

*significan*, nonché le procedure di cooperazione tra SSM e le Autorità di vigilanza UE ad esso non partecipanti. Il *Supervisory Manual* per il SSM è il risultato di uno sforzo volto ad armonizzare i diversi approcci nazionali e deve essere sottoposto ad un continuo e permanente aggiornamento per consentire l'allineamento all'evoluzione internazionale delle prassi e della regolamentazione. L'obiettivo cui si tende è quello di definire un percorso che permetta di assicurare sia standard qualitativi di supervisione elevati, sia una sorta di parametro comune nella valutazione e nell'azione di vigilanza per tutti gli intermediari del SSM. Il citato *Manual* segue un approccio basato sul rischio e nella valutazione tiene in debito conto i rischi degli intermediari e di elementi prospettici, sarà inoltre caratterizzato dall'interazione tra vigilanza a distanza e ispettiva (*off* e *on-site*). Peraltro, nel modello di *supervision* adottato dal SSM, complementare con la vigilanza *off-site* appare la vigilanza c.d. *on-site*, il cui valore si esprime soprattutto nella verifica in loco della funzionalità dell'organizzazione aziendale e degli organi di governo e controllo, nonché nell'accuratezza delle informazioni quantitative utilizzate nell'analisi a distanza. I team ispettivi cui è demandato tale compito, costituiti da personale delle Autorità di vigilanza nazionali e del BCE, devono operare in stretta collaborazione con i *Joint Supervisory Teams*, responsabili della *day-to-days supervision* sulle banche rilevanti e rappresentano il principale veicolo di cooperazione tra BCE e le Autorità nazionali. Ogni JST, la cui composizione è improntata al principio di proporzionalità e a quello di multi nazionalità, è guidato da un coordinatore della BCE e comprende esperti in materia di vigilanza particolarmente qualificati sia della BCE, sia delle Autorità di vigilanza nazionali. I JST seguono l'obiettivo di svolgere i compiti di supervisione sugli intermediari di competenza.

gli effetti derivanti dall'attivazione del SSM sui procedimenti di vigilanza di sua competenza, si è premurata di puntualizzare la perduranza di un ruolo primario nel sistema della vigilanza ancorato alla diretta partecipazione dell'Autorità nazionale alla *governance* dell'Autorità di vigilanza europea.<sup>39</sup>

Nondimeno, la tendenziale strumentalità del ruolo delle Autorità di vigilanza nazionale nel SSM è stato per così dire validato anche dalla giurisprudenza comunitaria, la quale - chiamata per la prima volta a pronunciarsi in punto di pretesa *non significatività* di un ente creditizio - ha avuto modo, *incidenter tantum*, di evidenziare come dal tenore del Regolamento n.1024/13 si deservi “*the subordinate nature of the intervention by the National authorities*”<sup>40</sup>; come dire, in definitiva, che primazia della BCE nell'ambito del MVU ha avuto ormai anche l'*imprimatur* del giudice dell'Unione, che configura il rapporto tra BCE e Autorità nazionali in termini di sovraordinazione/subordinazione.

#### 4. Il rapporto di *supervision* tra Autorità vigilanti ed enti creditizi vigilati: profili procedurali.

Le problematiche evidenziate in relazione alla ripartizione dei compiti e dei poteri nell'ambito del SSM tra BCE e Autorità nazionali si riflettono inevitabilmente sia sul piano procedimentale, sia su quello della tutela paragiudiziale e/o giurisdizionale delle imprese vigilate incise dai provvedimenti del Vigilante.

Sotto il primo profilo, si tratta di individuare le regole procedurali applicabili ai differenti tipi di provvedimento tipizzati nel SSM e le relative garanzie apprestate a tutela delle imprese destinatarie delle decisioni di vigilanza.

Muovendo dal fatto che, come accennato, il SSM è un network senza personalità giuridica, i provvedimenti adottati in seno allo stesso non possono essere imputati al network, bensì alla BCE o alle Autorità nazionali *ratione materiae*; con la conseguenza che, in linea di principio, le regole procedurali saranno essenzialmente desumibili dal diritto dell'Unione ovvero nel diritto nazionale, a seconda dell'Autorità di vigilanza, europea o

<sup>39</sup> -Così F. Capriglione, *L'applicazione del Meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia ingiustificata di timori*, in *Aperta contrada*, cit.

<sup>40</sup> - Cfr. Tribunale Unione Europea, IV Sez. ampliata, sentenza 16 maggio 2017 Landescreditbank Baden-Württemberg – Foerderbank c. BCE, T-122/15 – ECLI:EU:T:2017.337, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Peraltro, la sentenza è stata impugnata dinanzi alla Corte di Giustizia (C-450/17 P.).

domestica, competente ad adottare il provvedimento finale.

Tuttavia, stante la complessità del rapporto tra BCE e ANC, il parametro della ripartizione delle competenze potrebbe ingenerare, in sede applicativa, qualche ambiguità, impedendo di definire in modo inequivoco i rispettivi ruoli delle Autorità nazionali ed europea nell'ambito dei vari procedimenti: creando, per tal via, incertezze sull'imputabilità delle decisioni e, quindi, sull'identificazione del *regimen* procedimentale applicabile. Ci si intende riferire al fatto che l'intricata articolazione di compiti prefigurata nel SSM nei procedimenti di vigilanza comporta, sia nelle materie *riservate* alla BCE, sia in quelle spettanti alle ANC, tendenzialmente una necessaria fase di interlocuzione con l'Autorità europea, la cui azione di vigilanza si interseca, in misura più o meno invasiva, con quella delle ANC; ne deriva che in siffatti procedimenti di vigilanza più complessi finiscono sovente per *coabitare* le norme procedurali del diritto dell'Unione e quelle dei diritti domestici.

Si pensi, ad esempio, al procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria: stante il combinato disposto dell'art. 14 del Regolamento n.1024/13 e degli artt. 73 ss. del Regolamento quadro n. 468/14, le Autorità nazionali non si limitano, infatti, a curare l'istruttoria di un procedimento comune, ma dispongono anche di margini di discrezionalità associati a poteri decisionali. In effetti, ove l'istruttoria si concluda con un progetto di decisione di rilascio dell'autorizzazione, la decisione finale viene assunta dalla BCE; ove, invece, la valutazione istruttoria sia negativa, il provvedimento finale spetta all'ANC.

Il che non può non riflettersi sul regime dell'imputabilità degli atti sull'individuazione della legge applicabile al procedimento, nonché sui rimedi esperibili avverso il provvedimento. Per meglio dire, la fase affidata alle Autorità nazionali si dispiegherà nell'alveo delle norme procedurali domestiche - in via implicita richiamate dall'art. 14 del Regolamento n.1024/13 e dagli artt. 73 ss. del Regolamento quadro -, concludendosi o con un progetto di decisione, notificato anche al richiedente, avente ad oggetto l'accoglimento dell'istanza, ovvero con un vero e proprio provvedimento di rigetto.

Nella prima ipotesi, l'attività delle Autorità nazionali sarà svolta nell'ambito di un sub-procedimento soggetto al diritto nazionale, ancorché inserito in un procedimento comune, e si concluderà con un atto endoprocedimentale - il progetto di decisione di accoglimento - non definitivo, in quanto tale non impugnabile; viceversa potrà essere oggetto di gravame la decisione finale della BCE, avverso il quale potranno esperirsi sia l'istanza di riesame

amministrativo, sia il ricorso al giudice europeo. Nella seconda ipotesi, le ANC adotteranno una decisione vera e propria che, in quanto tale, appare autonomamente e direttamente impugnabile secondo il rito nazionale. Con la conseguenza che, secondo la legislazione italiana, il provvedimento di diniego dell'ANC domestica dovrà essere preceduto dal preavviso di rigetto, da inviare all'impresa richiedente a norma dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, e sarà impugnabile dinanzi al Giudice amministrativo.

Quanto, poi, alle decisioni di vigilanza prudenziale sulle banche significative, essendo il potere deliberativo ascrivibile in via esclusiva alla BCE, le ANC sono chiamate soltanto a prestare assistenza nella preparazione e/o nell'attuazione degli atti, attenendosi alle istruzioni ricevute dalla stessa BCE, ovvero a svolgere l'istruttoria.

Trattasi, in definitiva, di mera attività di assistenza, priva di discrezionalità, in cui le ANC finiscono per divenire una sorta di ufficio *servente* della BCE, sì che la loro attività è imputabile all'Autorità di *supervision* comunitaria. In tali ipotesi, non potrà essere applicata la disciplina procedimentale domestica, bensì quella desumibile dal Regolamento quadro n.468/14.

Peraltro, anche nei casi in cui - come per l'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni rilevanti in enti creditizi - le ANC Autorità nazionali siano chiamate a svolgere un'istruttoria destinata a confluire nel procedimento comune, tale attività, essendo parte integrante di un procedimento il cui esito finale sarà costituito da un provvedimento dell'Autorità europea, potrà essere disciplinata dalle norme procedurali nazionali solo ove compatibili con quelle del citato Regolamento quadro concernenti l'interlocuzione con la BCE<sup>41</sup>.

In altri termini, in assenza di potestà decisionale in capo alle ANC, la loro attività, ancorché di discrezionalità tecnica, è di tipo meramente endoprocedimentale, in quanto tale non impugnabile autonomamente; viceversa, ben potrà essere gravata la decisione finale della BCE ad esito di tale procedura *comune*.

Ad analoghe conclusioni si deve pervenire avuto riguardo alle ipotesi del procedimento relativo alla revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria ed a quelli concernenti l'acquisto o cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi, nei quali le ANC

---

<sup>41</sup>Per la verità, in relazione alle autorizzazioni all'acquisizione di partecipazioni rilevanti in banche ed imprese di investimento, già in precedenza era stata riconosciuta dalla giurisprudenza nazionale la primazia delle norme procedurali europee ante SSM; cfr., in tal senso, TAR Lazio, sez.I, n.2827/2010, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it).

possono al più proporre alla BCE l'adozione del provvedimento, ma non sono mai investite di un vero e proprio potere decisionale.

Del pari, in ordine ai provvedimenti di vigilanza sulle banche meno significative, di competenza delle ANC, le regole procedurali domestiche disciplineranno il rapporto fra l'ANC e l'impresa bancaria destinataria della decisione, mentre alla necessaria fase di interlocuzione tra BCE e ANC si applicheranno le previsioni procedurali del Regolamento quadro n.468/14.

Ciò posto, nelle ipotesi in cui il meccanismo SSMha attribuito alla BCE la competenza all'adozione dei provvedimenti finali, come sopra accennato, le regole procedurali e le garanzie a tutela delle imprese destinatarie sono canonizzate dall'art. 22 del Regolamento n.1024/13 e dagli artt. 25 ss. del Regolamento quadro n.468/14: ragion per cui, alle decisioni di vigilanza, alle misure amministrative e alle sanzioni amministrative<sup>42</sup> adottate dalla BCE ex art. 18 del Regolamento n. 1024/2013, si applicheranno le regole generali del giusto processo previste dal citato art. 22, secondo cui, nondimeno nel corso del procedimento agli interessati devono essere garantiti difesa e contraddittorio partecipativo, con diritto di audizione e di accesso agli atti del fascicolo procedimentale. La BCE, fermo l'obbligo di motivazione della decisione finale, deve fondare la propria deliberazione soltanto sugli

---

<sup>42</sup>Sia le misure che le sanzioni amministrative si distinguono dalle decisioni di vigilanza in senso stretto, perché le prime due categorie tipologiche presuppongono la previa violazione di un obbligo contenuto in una norma o in un provvedimento dell'autorità di vigilanza, mentre le semplici decisioni di vigilanza comportano, di regola, l'applicazione di requisiti prudenziali (quantitativi e qualitativi) più stringenti rispetto a quelli previsti dalla disciplina di settore. Il criterio per distinguere, poi, ulteriormente le misure amministrative dalle sanzioni amministrative si ricava dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che attribuisce alle misure una funzione ripristinatoria dell'interesse leso e alle sanzioni una funzione punitiva. Alla luce di tale ricostruzione, permane incerta la qualificazione delle cc.dd. *penalità di mora*, applicabili in caso di violazione continuativa di obbligo normalmente imposto dall'Autorità di vigilanza. Quando la funzione della penalità di mora è quella di coartare il destinatario ad adempiere detto obbligo - e questa è l'ipotesi più frequente - allora essa può essere ricondotta alla categoria delle misure. Quando, invece, la penalità di mora ha anche la funzione di punire una violazione continuativa, allora essa è ascrivibile al novero delle sanzioni, giusta le previsioni, di recente modificate, del Regolamento (CE) n. 2532/1998, del 23 novembre 1998, sui poteri sanzionatori della BCE. Un'ulteriore distinzione è, infine, necessaria tra le sanzioni amministrative *tout court* e le sanzioni amministrative a c.d. *colorazione penale*, che costituiscono sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali in virtù dei criteri forniti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (cc.dd. *criteri Engels*, dal caso deciso dalla Corte), cui si è conformata anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea. La distinzione si basa qui in definitiva sulla particolare afflittività della sanzione, desunta, di regola, dal massimo edittale applicabile al sanzionando. Alle sanzioni amministrative a "coloritura" penalistica possono essere senz'altro ricondotte buona parte delle sanzioni amministrative che la BCE è titolata a irrogare ai sensi del primo paragrafo dell'art. 18 del Regolamento MVU, considerato che, in base a tale norma, il massimo edittale che può essere previsto per le stesse può giungere fino al doppio dell'importo dei profitti ricavati o delle perdite evitate grazie alla violazione, quando questi possono essere determinati, o fino al 10% del fatturato complessivo annuo della persona giuridica nell'esercizio finanziario precedente.

addebiti rispetto ai quali gli interessati siano stati posti in condizione di essere sentiti; ciò salvo il caso in cui l'esigenza di un'azione urgente volta ad impedire danni significativi al sistema finanziario facoltizza la BCE ad assumere, in via derogatoria, una decisione provvisoria, ferma restando, comunque, la possibilità agli interessati di essere sentiti appena possibile.

In relazione ai provvedimenti sanzionatori a c.d. colorazione penale assunti dalla BCE, aventi la colorazione penale, ed alle altre decisioni destinate ad incidere in modo particolarmente stringente sulle posizioni delle imprese destinatarie è stata prevista dal Regolamento quadro (artt. 123-128), in via aggiuntiva, anche la netta distinzione tra funzione istruttoria e quella decisionale, concretatasi nella costituzione di un'unità di indagine indipendente, non composta da funzionari coinvolti, anche nei due anni precedenti, nella vigilanza dei soggetti interessati. Permangono, in ogni caso, in entrambe le fasi (istruttoria e decisoria), il diritto ad essere sentito, anche tramite audizione, e l'accesso agli atti del fascicolo in entrambe, nonché il principio dell'udienza pubblica<sup>43</sup>.

Qualche criticità potrebbe nondimeno derivare, con riguardo a siffatti procedimenti *comuni*, da eventuali asimmetrie fra regole procedurali UE e quelle nazionali in relazione ad un *diverso* trattamento delle garanzie di partecipazione endoprocedimentale, diritto di accesso e contraddittorio difensivo, soprattutto laddove, come si è avuto modo di rilevare, la fase istruttoria, di spettanza delle ANC, è regolata dal diritto domestico e quella decisionale, di competenza della BCE, dal diritto UE.

In tali evenienze, si potrebbe porre la questione che durante la fase istruttoria dinanzi all'ANC i dovrebbero essere rispettate le stesse regole procedurali vigenti dinanzi al decisore finale europeo, trattandosi di procedimenti *comuni*: ciò al fine di evitare nocimento per gli interessati; in caso contrario, potrebbe configurarsi un vizio procedurale nell'atto endoprocedimentale nazionale, destinato, in via derivativa, ad inficiare la legittimità della decisione finale della BCE.

Senonché, nel silenzio della novella disciplina comunitaria e in attesa di pronunciamenti, sul punto, della giurisprudenza nazionale e di quella europea, rimangono allo stato irrisolte

---

<sup>43</sup>Va segnalato, tuttavia, che l'estensione delle garanzie ad entrambe le fasi del procedimento non è pienamente simmetrica, atteso che, ai sensi dell'art. 127, § 7, del Regolamento quadro, nella fase decisoria i diritti ad essere sentiti e ad accedere al fascicolo procedimentale sono assicurati solo nel caso in cui la bozza di decisione adottata dal Consiglio di vigilanza non sia conforme alla proposta proveniente dall'Unità investigativa in merito alla qualificazione giuridica della violazione o ai fatti che la integrano.

le correlative questioni avuto riguardo sia agli effetti dell'eventuale vizio dell'atto endoprocedimentale nazionale sul provvedimento finale della BCE, sia alla possibilità per il giudice dell'Unione, competente sulle decisioni della BCE, di estendere il proprio sindacato all'atto endoprocedimentale nazionale, che si assuma viziare in via derivativa il provvedimento finale, oggetto di gravame.

Nondimeno, alcuni di tali nodi potrebbero essere sciolti ove il Regolamento quadro fosse assunto a modello di riferimento per i procedimenti o per le fasi procedimentali, destinate a rimanere disciplinate dagli ordinamenti nazionali.

Ulteriormente problematica appare, infine, l'individuazione di garanzie in relazione ad alcuni poteri, come, ad esempio, l'imposizione di un rafforzamento dei requisiti patrimoniali all'impresa vigilata, ovvero di piani di rientro; trattandosi di poteri destinati ad imporre sacrifici significativi al vigilato in via d'urgenza, per la salvaguardia della stabilità finanziaria, va da sé che le decisioni dell'Autorità vigilante vengono adottate in assenza di garanzie procedimentali; di tal che, sembra residuare a favore del vigilato, quale unica tutela azionabile, il ricorso *ex post* in sede di riesame, ovvero in sede giurisdizionale; tuttavia, poiché la decisione di tal genere è per sua natura particolarmente stringente, la tutela giudiziale appare la via per così dire obbligata, anche avuto riguardo al fatto che solo in tale sede è possibile invocare, in via cautelare, la sospensione della decisione gravata, in quanto, come si evidenzierà di seguito, la Commissione del riesame, nell'ambito della procedura del riesame amministrativo interno, non può disporre direttamente alcuna misura cautelare, potendo al più richiedere al Consiglio direttivo della BCE di adottarla (art. 24, par.8 Reg. 1024/13).

### 5. ... e processuali, tra tutela giustiziale e giudiziale (segue).

Nel sistema delineato dal novellato meccanismo del SSM in relazione alle tutele dai provvedimenti di vigilanza, come testé accennato, è stato introdotto, dall'art.24 del Regolamento n. 1024/13, la procedura del riesame amministrativo interno delle decisioni adottate dalla BCE dinanzi ad una Commissione interna istituita dalla stessa BCE<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup>Sul riesame amministrativo interno, cfr. M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea*, in *La tecnificazione*, vol. IV, in L. Ferrara e D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, p. 266 ss.; G. Sciascia, *Unione bancaria – la revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in *Banca impr. Soc.*, 2015, 363 ss.;

Sin dal tenore del considerando n. 64 del citato Regolamento SSM si desume agevolmentela *ratio* sottesa all'introduzione di tale rimedio, trasfuso poi nel citato art. 24: il riesame è volto a sindacare "la conformità procedurale e sostanziale dei provvedimenti dell'Autorità di vigilanza europea nel rispetto del margine di discrezionalità lasciato alla BCE nel decidere sull'opportunità di adottare le decisioni stesse"<sup>45</sup>:trattasi di *riesame interno*, la cui procedura dovrebbe "consentire al Consiglio di vigilanza di riconsiderare il precedente progetto di decisione in funzione delle esigenze"<sup>46</sup>; infine, pur essendo organo interno alla BCE, la Commissione amministrativa del riesame deve essere composta da soggetti di indubbio prestigio e in modo tale da garantire, al contempo, fra tutti gli Stati membri un adeguato equilibrio di genere e di provenienza. Di qui si spiega, sotto quest'ultimo profilo, la composizione del suddetto organo collegiale di cinque membri nominati a seguito di selezione pubblica fra soggetti con comprovate conoscenze ed esperienza professionale, maturata anche nell'ambito di autorità di vigilanza, nel settore dei servizi bancari e finanziari; non possono invece far parte del *board* del riesame i dipendenti in servizio presso la BCE, o Autorità di vigilanza o altre Autorità europee con competenze di vigilanza: ciò al fine di preservare l'indipendenza dell'organo collegiale sancita dall'art. 24, in forza del quale i membri della Commissione devono agire "in modo indipendente e nel pubblico interesse".

Per quanto incorporata in seno alla BCE, il legislatore dell'Unione ha riconosciuto alla Commissione un'autonomia organizzativa e funzionale, sì da renderla in qualche misura *terza* rispetto agli altri organi della stessa BCE. Tuttavia, per converso, non è consentito alla Commissione l'adozione di norme sul proprio funzionamento, né di tipo procedurale, essendo ciò rimesso ad una decisione della BCE (art. 24 par.10), peraltro già adottata con la delibera n.16/2014. Il che, se da un lato sembra giustificarsi in relazione al fatto che, in ogni caso, la Commissione è pur sempre organo interno della BCE, dall'altro lato, desta non poche perplessità, costituendo riprova del limite per così dire ontologico di un rimedio esperibile dinanzi ad un organismo che, per sua natura, non sembra in grado di garantire

---

C. Brescia Morra, *The Administrative and judicial review of decisions of the EBC in the supervisory field*, in AA.VV., *Scritti sull'Unione Bancaria*, in *Quad. ric. Giur. Banca d'Italia*, 2016, p. 105 ss; C. Brescia Morra, R. Smits e A. Magliari, *The Administrative Board of review of the European Central Bank: experience after two years*, in *European Business Organization Law Review*, 2016; A. Magliari, *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1345 ss.

<sup>45</sup>Cfr. Regolamento UE n. 806/14, considerando n. 64, in [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

<sup>46</sup>Idem.

alcuna, pur parziale, terzietà<sup>47</sup>.

In effetti, un'ulteriore riprova del carattere meramente interno della Commissione deriva dal fatto che, nel caso di specie, il riesame, a differenza di altre fattispecie, è facoltativo, nel senso che non costituisce neppure condizione di procedibilità per l'esperimento della tutela giurisdizionale, essendo previsto dall'art. 24, par. 11, del Regolamento SSM il diritto di proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia UE a prescindere dalla presentazione dell'istanza di riesame<sup>48</sup>.

Né, del resto, potrebbe opinarsi diversamente ove si consideri che dal carattere meramente interno del rimedio deriva la natura non vincolante del parere espresso dalla Commissione, di cui il Consiglio di vigilanza deve comunque tener conto, a norma dell'art. 24 par. 7 del Regolamento SSM, nel presentare il nuovo progetto di decisione al Consiglio direttivo della BCE. Come dire, in buona sostanza, che il parere della Commissione, lungi dall'essere vincolante - com'è tipico dei rimedi quasi giustiziali - appare al più alla stregua di una richiesta all'organo che ha adottato la decisione di riesaminarla<sup>49</sup>; tant'è che il Consiglio di vigilanza, nell'adottare il nuovo progetto di decisione all'esito del suddetto parere, potrebbe o modificare la decisione già assunta, ovvero *sostituirla* con una di contenuto identico, pretermettendo del tutto anche un eventuale parere difforme, anche senza darne conto in sede motivazionale, non essendo previsto alcun obbligo al riguardo né dal Regolamento SSM, né nella decisione BCE n.16/14. Dunque, solo formalmente la decisione originaria viene abrogata e il Consiglio di vigilanza, quindi, adotta una nuova proposta di decisione, di modifica ovvero identica nel contenuto a quella assunta, da

---

<sup>47</sup>Sul punto cfr. M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea*, in *La tecnificazione*, cit., 267.

<sup>48</sup>Così M. Clarich, *op.ult cit.*, p. 268, il quale evidenzia che in altre ipotesi previste dall'ordinamento dell'Unione il reclamo amministrativo costituisce invece condizione di ricevibilità del ricorso giudiziale.

<sup>49</sup>Sul punto cfr. M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Scritti sull'Unione bancaria*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 2016, p. 27 ss., secondo cui "a rigore, adottando la tassonomia prevalente in letteratura in tema di organi investiti di funzioni quasi giudiziali la decisione della Commissione del riesame non potrebbe ricondursi entro tale nozione [...] dal momento che il terzo non soddisfa il tratto tipologico, in genere ritenuto necessario, del carattere vincolante della decisione adottata. Come è noto, infatti, il *Board of Review* della BCE non esprime una decisione vincolante, bensì una opinione cui è assegnato un ruolo meramente endoprocedimentale in relazione all'adozione, in sede di revisione, del provvedimento finale da parte del *Governing Council* della BCE [...] Interessante è tuttavia anche notare come la soluzione prescelta all'interno del sistema di vigilanza unico - dove, non a caso, il *Board of Review* fu previsto solo in fase di avanzata elaborazione della proposta di regolamento - sia più *debole* rispetto a quella sia precedente dell'ABE sia successiva dello SRM, di modo che non sussiste una linea di progressione in funzione del tempo dell'adozione dei diversi regolamenti fondativi mentre sussiste una (parziale) relazione di proporzione inversa tra grado di tutela amministrativa e quasi giustiziale e centralizzazione delle funzioni amministrative."

sottoporre di nuovo al Consiglio direttivo.

In tale contesto, appare un logico corollario la scelta operata in sede regolamentare dal legislatore dell'Unione di circoscrivere anche la portata del sindacato della Commissione del riesame, volto sì a consentire il vaglio della conformità procedurale<sup>50</sup> e sostanziale dei provvedimenti dell'Autorità di vigilanza europea al Regolamento SSM e comunque al diritto dell'Unione<sup>51</sup>, ma nel rispetto del margine di discrezionalità lasciato alla BCE nel decidere sull'opportunità di adottare la decisione; in altri termini, la Commissione non potrà spingersi a sindacare il merito della scelta discrezionale della BCE, il cui ambito è oltremodo ampio ove si consideri non solo il fatto che trattasi di discrezionalità basata sulla valutazione di dati e profili tecnico-economici, ma anche la particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, *id est* la stabilità finanziaria dell'eurozona; tant'è che, secondo taluni<sup>52</sup>, al sindacato della Commissione del riesame dovrebbe applicarsi il principio della giurisdizione limitata, adottato dalla Corte di Giustizia UE laddove un'Autorità amministrativa goda di ampia discrezionalità basata su valutazioni tecnico/economiche.

Viceversa, sotto il profilo procedurale, il riesame appare caratterizzato da un'accentuata speditezza temporale e da un rito dai tratti analoghi a quelli processuali, tipico dei rimedi *quasi judicial*.

Quant alla tempistica, l'art. 24 del Regolamento SSM legittima l'interessato<sup>53</sup> a presentare entro un mese dalla notifica o, in mancanza, dal giorno in cui ha avuto conoscenza del provvedimento, il ricorso alla Commissione, la quale, verificata l'ammissibilità, deve, entro i due mesi successivi, formulare il proprio parere, da trasmettere al Consiglio di vigilanza per il seguito di competenza - vale a dire, come evidenziato, adozione di un nuovo

---

<sup>50</sup>Vale a dire delle regole procedurali sopra richiamate, essenzialmente consistenti nel rispetto dei termini procedurali, nel diritto delle parti a essere sentite prima dell'adozione del provvedimento e nell'obbligo di motivazione.

<sup>51</sup> In tal senso, cfr. M. Mancini, *La Banking Union: il riparto delle funzioni di regolazione e di vigilanza, in Regole e Mercato*, Convegno conclusivo del progetto Prin 2010-11, Siena 7-9 aprile 2016, secondo il quale la verifica di legalità non dovrebbe essere limitata al rispetto di quanto stabilito dal Regolamento (UE) n. 1024/2013, ma dovrebbe estendersi al rispetto di tutti i principi generali stabiliti dal diritto dell'Unione europea, anche in considerazione del fatto che la maggior parte di tali principi è espressamente richiamata nel regolamento MVUE che l'opposta interpretazione, basata sul dato letterale del testo normativo, renderebbe il ruolo della Commissione amministrativa del riesame molto limitato e poco utile anche in termini di tutela degli interessi del reclamante.

<sup>52</sup>*Ibidem*

<sup>53</sup> Trattasi del destinatario del provvedimento o qualsiasi soggetto direttamente leso o interessato dallo stesso, in quanto i presupposti soggettivi per ricorrere alla Commissione amministrativa del riesame sono i medesimi previsti per poter impugnare il provvedimento davanti alla Corte di Giustizia UE.

progetto di decisione per il Consiglio direttivo avente ad oggetto la modificadella decisione assunta, ovvero una di identico contenuto.

Quanto al rito, la Commissione è tenuta a vagliare, in via preliminare, l'ammissibilità del ricorso, a decidere, a maggioranza, secondo termini procedurali vincolanti, limitando il suo esame al *petitum* del ricorrente, motivando la decisione di tipo *pareristico* all'esito di udienze ove richiesto dalle parti; non può adottare statuizioni di natura cautelare, potendo solo chiedere la sospensione della decisione gravata direttamente al Consiglio direttivo.

Ragion per cui, tale rimedio finisce per assumere i contorni di una sorta di prima tutela per chi è stato inciso dal provvedimento di vigilanza, la cui utilità pare tuttavia circoscritta alla minor onerosità e alla maggior speditezza procedurale, ma non sembra fungibile, neppure parzialmente, alla fase giudiziale, unica in grado di assicurare al destinatario della decisione della BCE una statuizione effettivamente terza e neutra della *res* controversa.

In definitiva, se, per un verso, la ritualità processuale del riesame amministrativo potrebbe condurre ad ascriverlo tra i rimedi *quasi iudicial*, per l'altro verso, il carattere interno, non vincolante e limitato al sindacato di mera legalità formale della decisione (*rectius*) parere assumibile da parte della Commissione, inducono a ritenere che tale rimedio possa al più garantire una fase integrativa del contraddittorioendoprocedimentaleante *causam* fra BCE ed enti creditizi vigilati, nell'ambito della quale il soggetto vigilato possa tentare - attraverso una procedura poco onerosa, rapida e paraprocedurale - di far revisionare la decisione assunta da parte della BCE, sì che, all'esito della sollecitazione eventualmente derivante dal parere della Commissione, *re meliusperpensa*, l'Autorità di vigilanza sia indotta ad adottare il nuovo provvedimento in accoglimento delle ragioni del vigilato; ma, ove, invece, la BCE, malgrado l'esito del riesame, dovesse assumere la nuova decisione in senso sostanzialmente confermativo di quella già censurata dalla Commissione amministrativa, non rimarrebbe altra tutela al vigilato che l'impugnativa del *nuovo* provvedimento dinanzi al giudice dell'Unione.

Quanto, invece, alla tutela giudiziale azionabile da parte dei vigilati, in linea di principio la ripartizione della giurisdizione tra giudice dell'Unione e giudice nazionale è tracciata dal perimetro delle competenze individuato dal Regolamento SSM tra Autorità europea di vigilanza e ANC, in ragione del quale dovrà essere impugnato di fronte al giudice nazionale il provvedimento imputabile esclusivamente all'ANC, mentre sarà il giudice UE a sindacare la legittimità delle decisioni di esclusiva competenza della BCE. In altri termini,

parrebbe prospettarsi una tendenziale ripartizione verticale di competenze giudiziali, nel senso che il sindacato dei provvedimenti della BCE sarà di norma rimesso alla Corte di Giustizia UE, mentre quello sulle decisioni di spettanza delle ANC sarà esercitato dal giudice nazionale.

Tuttavia, tale criterio generale di riparto appare di meno agevole identificazione in tutti i casi, sopra rilevati, in cui nell'ambito del meccanismo concepito dal Regolamento SSM sussistano per così dire *interferenze* funzionali e/o procedurali tra la BCE e le ANC.

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi, di cui all'art. 4 par.3 del Regolamento SSM, concernente i provvedimenti adottati dalla BCE in applicazione del diritto nazionale di recepimento del diritto dell'Unione, in cui non appare del tutto chiaro se il giudice competente sia quello dell'ordinamento della norma applicanda, ovvero il giudice naturale - *id est* la Corte di Giustizia UE - dell'Autorità di vigilanza che tale norma è chiamata ad applicare: in tal caso, sembra potersi prefigurare la giurisdizione della Corte di Giustizia UE, che dovrà vagliare la conformità dell'operato della BCE al diritto nazionale, salva l'applicazione del primato del diritto UE in caso di non corretto adeguamento del diritto domestico a quello dell'Unione<sup>54</sup>.

Analoghi dubbi possono insorgere qualora un'ANC adotti una decisione di sua competenza, bensì sulla scorta di istruzioni dell'Autorità di *supervision* europea<sup>55</sup>: in tal caso, non appare del tutto agevole per il giudice comunitario sindacare l'operato della BCE sulla base del diritto nazionale, soprattutto ove venisse in rilievo non tanto una disciplina domestica sostanziale attuativa del diritto dell'Unione, quanto la disciplina procedimentale nazionale<sup>56</sup>.

Si pensi, ancora, ai casi in cui le ANC partecipano ai procedimenti di competenza esclusiva della BCE: qui si pone la questione dell'eventuale sindacato da parte del giudice comunitario anche sulla fase endo-procedimentale nazionale.

Quanto poi alla sindacabilità degli atti di competenza propria delle ANC, pur essendo rimessa ai giudici nazionali, nondimeno rimane il fatto che, ove l'atto presupposto sia un

---

<sup>54</sup>Cfr. A. Witte, *The Application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law?*, in *MJ*, n. 1/2014, 89 e ss..

<sup>55</sup>Esistono già, peraltro, previsioni specifiche in materia: secondo l'art. 14, comma 2, dello statuto della Bce, un governatore di una banca centrale rimosso dal suo ufficio dall'autorità nazionale può impugnare la decisione nazionale di fronte alla Corte di Giustizia.

<sup>56</sup> Cfr. M. Lamandini, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, in *ECB Legal Conference 2015*, p. 121; M. Lamandini, M. Ramos e D. Solana, *The ECB as a Catalyst for Change in EU law. Part II: SSM, SRM and Fundamental Rights*.

regolamento, ovvero un'istruzione ovvero una linea guida della BCE, l'interpretazione ed il sindacato di conformità di questi ultimi spetterebbe comunque al giudice dell'Unione. Peraltro, sul punto, non può sottacersi come un ulteriore nodo che la Corte di giustizia UE sarà presto chiamata a sciogliere attiene proprio alla sindacabilità di siffatti atti - *id est guide lines*, ovvero raccomandazioni o istruzioni - dell'Autorità di vigilanza europea, atteso che, qualora non dovessero essere ritenuti sindacabili, stanti i limiti imposti al giudice UE su atti non forieri di un effetto diretto sui destinatari, ovvero venissero assoggettati alle regole procedurali in materia di provvedimenti endoprocedimentali - in guisa tale per cui eventuali vizi rileverebbero, ancorché in via derivativa, in sede di impugnazione della decisione dell'ANC dinanzi al giudice domestico, sovente sensibile alla *ragion di Stato* del diritto derivato - "la giustizialità di una componente piuttosto ampia e significativa dell'ordinamento bancario europeo sarebbe nella sostanza assai ridotta, se non virtualmente nulla"<sup>57</sup>.

Sotto diverso profilo, ulteriori complicazioni potrebbero derivare dai provvedimenti adottati sulla base delle medesime norme sostanziali, ma sottoposti al vaglio di giudici diversi a seconda del soggetto vigilante decisore: è il caso, ad esempio, dei dinieghi in materia di autorizzazione adottati dalle ANC e di quelli adottati dalla BCE, in cui corti diverse si potrebbero trovare ad applicare le stesse disposizioni, con il rischio di rilevanti incertezze a causa di contrasti tra giudicati, attesa la mancanza a livello europeo di forme di raccordo dei giudicati che si formano nei vari Stati membri<sup>58</sup>.

In definitiva, si tratterà di verificare se, in ragione delle *interferenze* reciproche dei diritti nazionali nella disciplina europea e della mancanza di personalità giuridica del *network* di vigilanza concepito dal SSM, tale meccanismo, pur facendo delle ANC le componenti di un sistema, non finisca per ciò solo con l'attrarre la loro azione entro il sindacato diretto della Corte di Giustizia UE, ma consenta che le loro decisioni restino a pieno titolo soggette al sindacato del giudice nazionale<sup>59</sup>.

Ciò, ovviamente, non varrebbe a mutare l'imputabilità alle ANC dei provvedimenti finali,

---

<sup>57</sup>In tal senso, cfr. M. Lamandini, *I regolamenti europei istitutivi del comitato per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari e mercati*, in *NLCC*, n. 2/2012, p. 11. In sede comunitaria, il Tribunale, con sentenza del 4 marzo 2015, in causa T-496/11 ha ritenuto che anche raccomandazioni on-line guida possono produrre "effetti legali" se sono percepite come vincolanti dai destinatari e come tali sono soggette ai rimedi giustiziali.

<sup>58</sup>F. Capriglione, *L'applicazione del meccanismo unico di supervisione*, *op. cit.*

<sup>59</sup>Cfr. M. Lamandini, M. Ramos e D. Solana, *Depicting the Limits to the SSM's Supervisory Power: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights Protection*, p. 21.

sì che avverso gli stessi resterebbero azionabili gli strumenti di tutela individuati dai diritti nazionali; tuttavia, effetti potrebbero derivare sotto il profilo della graduazione di responsabilità imputabile alla BCE ed alle ANC in caso di operato illegittimo, nel senso che ove l'ANC avesse svolto solo attività istruttoria/preparatoria della decisione finale di spettanza in via esclusiva della BCE, solo quest'ultima dovrebbe rispondere dei danni, fermo restando che l'Autorità di vigilanza europea potrebbe chiedere conto, in via di regresso, all'ANC ove quest'ultima avesse operato, ancorché in termini meramente istruttori/preparatori, in contrasto con le norme del Regolamento SSM, o del Reg. n.468/14 ovvero delle *guide lines* o delle istruzioni della BCE: ad esempio, ove si versasse nell'ipotesi dell'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni rilevanti in banche, malgrado la decisione finale di spettanza della BCE, all'ANC potrebbe essere imputabile un'illegittima inerzia con conseguente maturazione del silenzio assenso su una richiesta priva dei requisiti prescritti dal Regolamento SSM.

Ulteriori problematiche in ordine all'imputazione di responsabilità potrebbero derivare in punto di attività di vigilanza *day-to-days* sulle banche *significant*, ove si abbia riguardo al fatto che i gruppi di vigilanza congiunti sono composti con risorse miste di entrambe le Autorità, comunitaria e nazionale: in tal caso, pur non essendo stato prefigurato dal Regolamento un rapporto organico di tali organismi con la BCE, nondimeno la loro attività è strumentale alle competenze di vigilanza diretta di quest'ultima sulle banche sistemiche, ragion per cui l'eventuale operato illegittimo di tali *units* dovrebbe essere imputabile all'Autorità europea<sup>60</sup>; per non dire, poi, dei casi in cui, a fronte della responsabilità diretta delle ANC sulle banche *less significant* si possa prospettare anche una sorta di

---

<sup>60</sup>Ai dipendenti e ai membri degli organi della BCE si applicano le immunità previste dal Protocollo n. 7 allegato ai Trattati, le quali non escludono, però, la responsabilità degli stessi nei confronti della BCE. Nella specie, l'incertezza in ordine alla riconducibilità alla BCE dell'operato dei Gruppi di vigilanza congiunti rende dubbia anche l'applicabilità ai componenti degli stessi, non in servizio presso l'Autorità europea, del regime di immunità previsto dal Protocollo n. 7. Riguardo ai criteri di distribuzione della responsabilità all'interno della BCE, è determinante il riparto dei compiti e dei poteri fra i vari organi, disciplinato, in generale, dallo Statuto del SEBC e della BCE e, per quanto attiene specificamente alle funzioni di vigilanza, dal Regolamento (UE) n. 1024/2013. Alla stregua di tali fonti normative, ferma restando la responsabilità del Consiglio direttivo, stante la sua formale competenza ad adottare tutti i provvedimenti finali di vigilanza, possono essere chiamati a rispondere, a seconda dei casi, anche il Consiglio di vigilanza, cui, quanto meno in ambito micro-prudenziale, è riconosciuto il potere di predeterminare il contenuto dei provvedimenti di vigilanza, e persino il Comitato esecutivo, investito del potere di distribuire risorse e informazioni in seno alla BCE, nella misura in cui il danno in ipotesi lamentato dai terzi sia riconducibile a carenze nell'organizzazione.

corresponsabilità solidale in capo all'Autorità di vigilanza europea per *culpa in vigilando*, attesi i poteri avocativi attribuiti alla BCE *in subiecta materia*. Peraltro, sotto ulteriore profilo, rimane da accertare in che modo i criteri elaborati dalla Corte di Giustizia UE in materia di legittimazione ad agire, nonché di interesse diretto all'impugnativa di regolamenti o provvedimenti di carattere generale<sup>61</sup> possano trovare applicazione anche in ordine alla novella regolamentare comunitaria in materia di vigilanza bancaria<sup>62</sup>.

Del pari rilevante appare la questione della portata del poteresindacatorio del giudice comunitario sui provvedimenti della BCE, ove si consideri chese, per un verso, il limite della Corte UE è il vaglio della sola legittimità, per l'altro verso, ciò non dovrebbe comportare che il giudice comunitario si debba astenere del tutto dal verificare la valutazione dei fatti operata dalla BCE, atteso che, secondo la stessa Corte UE, «*qualora la decisione[...] sia il risultato di valutazioni tecniche complesse, queste ultime, in linea di principio, sono soggette ad un sindacato giurisdizionale limitato, il quale implica che il giudice comunitario non può sostituire la sua valutazione degli elementi di fatto a quella*» dell'autorità; «*tuttavia, se il giudice dell'Unione riconosce*» all'autorità «*un potere discrezionale in materia economica o tecnica, ciò non implica che egli debba astenersi dal controllare l'interpretazione*», da parte di tale autorità, «*di dati di tale natura. Infatti, detto giudice è tenuto a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se essi siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono*». <sup>63</sup>

In via ulteriore, viene da chiedersi se il ricorso al giudice comunitario ex artt. 263 - 264 del Trattato abbia effetti devolutivi uguali o più circoscritti rispetto al riesame dinanzi all'*Administrative Board of review*. Ora, anche se, in concreto, il sindacato operato dalla Corte UE e quello della Commissione del riesame appaiano, nella sostanza, come elementi

<sup>61</sup>Cfr., sul punto, Corte Giustizia UE, 3 ottobre 2013, in causa C-583/11, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*.

<sup>62</sup>Cfr. A. Witte, *Standing and judicial review in the new EU financial markets architecture*, in *Oxford Journal of Financial Regulation*, 2015, p. 226. Si tratterà in particolare di ben precisare sia quando tali atti non comportano misure di esecuzione, sia quando siano idonei ad incidere una situazione soggettiva a causa di particolari qualità personali o di particolari circostanze atte a distinguere il titolare di tale situazione soggettiva rispetto alla generalità dei destinatari: requisiti ritenuti entrambi indispensabili dalla Corte per riconoscere *locus standi* ricorrente. La sentenza *Ruetgersoffre*, in tal senso, alcune utili indicazioni pronuncia in relazione ad un atto regolamentare dell'agenzia delle sostanze chimiche

<sup>63</sup> Cfr. Tribunale UE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, II-3601, §§ 88-89.

di un sistema di tutela ispirato ai medesimi principi<sup>64</sup>, nondimeno, nel quadro di un sindacato di legittimità, la Corte UE dovrebbe verificare, al fine di assicurare un controllo *intenso ed efficace* della decisione impugnata, la sussistenza di vizi di incompetenza, violazione delle forme sostanziali e obbligo di motivazione (requisito quest'ultimo di ordine pubblico<sup>65</sup>), da intendersi non assolto non solo in caso di mancata motivazione ma anche qualora essa sia insufficiente<sup>66</sup>, violazione delle norme di diritto e sviamento di potere. Senonché, nel corso degli anni, si è assistito ad una progressiva evoluzione dell'intensità del vaglio operato dalla Corte di Giustizia, che, pur non scendendo al merito, si è spinta sinanco a verificare, nell'esercizio della discrezionalità dell'Autorità comunitaria, l'annidarsi di un errore manifesto, ovvero di un eccesso di potere.<sup>67</sup>

## 6. Conclusioni.

In sede di prima applicazione del meccanismo SSM, appare significativo che alcune delle prime criticità emerse attengano proprio ad alcuni profili connessi alla tutela procedimentale, para-giudiziale o processuale delle imprese vigilate; ciò avuto particolare riguardo alla questione del diritto di accesso sugli atti della vigilanza, nonché alla funzione del rimedio *ante causam* del riesame amministrativo interno ed al suo rapporto con il sindacato giurisdizionale.

Quanto al primo profilo, è stata di recente rimessa dal giudice nazionale<sup>68</sup> alla Corte di

---

<sup>64</sup>Cfr. A. Fritsche, *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, in *Common Market Law Review*, 47/2010, p. 361 ss.

<sup>65</sup>Corte Giustizia UE, 2 dicembre 2009, causa C-89/08, *Commissione europea c. Irlanda e altri*.

<sup>66</sup>Corte Giustizia UE, 29 giugno 2010, causa C-550/09.

<sup>67</sup>Se ne ha riprova nel settore antitrust - anche se si è indotti a ritenere che un controllo giudiziale ancora più intenso sia necessario nel settore bancario - nella sentenza della Corte di Giustizia 11 settembre 2014, in causa C-382/12 P, *Mastercard*, in particolare ai punti 155 e 156, ove si evidenzia: "155.- Quanto alla portata del sindacato giurisdizionale, occorre ricordare che dalla giurisprudenza dell'Unione risulta che, quando il Tribunale è adito, a norma dell'articolo 263 TFUE, con un ricorso di annullamento avverso una decisione di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, esso deve, in generale, esercitare, sulla base degli elementi prodotti dalla ricorrente per corroborare i propri motivi, un controllo completo sull'adempimento delle condizioni di applicazione di tale disposizione (v., in questo senso sentenze *Remia e a./Commissione*, EU:C:1985:327, punto 34; *Chalkor/Commissione*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punti 54 e 62; nonché *Otis e a.*, C-199/11, EU:C:2012:684, punto 59). Il Tribunale deve altresì verificare d'ufficio se la Commissione abbia motivato la sua decisione (v., in questo senso sentenze *Chalkor/Commissione*, EU:C:2011:815, punto 61 e giurisprudenza citata, nonché *Otis e a.*, EU:C:2012:684, punto 60). 156 In occasione di tale controllo, il Tribunale non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto (v., in questo senso, sentenze *Chalkor/Commissione*, EU:C:2011:815, punto 62, nonché *Otis e a.*, EU:C:2012:684, punto 61)".

<sup>68</sup>Cons. Stato, VI sez., ord. 15 novembre 2016, n. 4712, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

Giustizia UE la questione interpretativa relativa alla compatibilità con il principio di trasparenza, sancito dall'art. 15 del Trattato, dei limiti al diritto di accesso posta dalla normativa nazionale ed europea in materia di vigilanza bancaria in attuazione della disciplina del c.d. *bail in*<sup>69</sup>. Il rinvio pregiudiziale è stato occasionato da una controversia avente ad oggetto il diniego opposto dalla Banca d'Italia ad un risparmiatore, pregiudicato dal coinvolgimento nel c.d. *burdingsharing*, che aveva richiesto copia degli atti relativi alla liquidazione coatta amministrativa dell'istituto bancario depositario dei suoi risparmi, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per un'azione di responsabilità *versus* sia l'

<sup>69</sup>Sullo strumento del *bail in*, cfr. *amplius* F. Capriglione, *Luci e ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*, *op. cit.*; G.L. Greco, *La tutela del risparmiatore dopo la direttiva BRRD*, *op. cit.*, p. 8 ss.; V. Santoro, *Prevenzione e "risoluzione" delle crisi delle banche*, *op. cit.*; *Id.*, *Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, *op. cit.*; S. Laviola, G. Loiacono e P. Santella, *Il nuovo regime europeo di risoluzione delle crisi bancarie: un'analisi comparata dell'applicazione del bail-in*, *op. cit.*, p. 46 ss.; L. Di Brina, *"Risoluzione" delle banche e "bail-in", alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, *op. cit.*, p. 184 ss.; O. Capolino, *Le fasi della risoluzione bancaria e i rapporti con il preesistente quadro normativo*, *op. cit.*; E. Rulli, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi di concorsualità e prime esperienze applicative*, *op. cit.*, p. 284 ss.; D. Rossano, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail in e la sua concreta applicazione*, *op. cit.*, p. 269 ss.; A.A. Dolmetta, *Le tutele mancanti. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, n. 2/2016; R. Lener, *Bail in: una questione di regole di condotta? Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, n. 2/2016, p. 2 ss.; *Id.*, *Profili problematici del bail-in*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 23 ss.; *Id.*, *Il cliente bancario di fronte al bail-in: la (modesta) protezione delle regole di condotta*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 41 ss.; G. Di Giorgio, *L'assicurazione dei depositi e il completamento dell'Unione Bancaria*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 5 ss.; E. Rulli, *Crisi bancarie e prime esperienze di risoluzione "assistita" da fondi: il primo intervento del Fondo nazionale di risoluzione*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 9 ss.; S. Lugaresi, *La risoluzione delle crisi bancarie: bail-in e Resolution Planning*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 17 ss.; F. Fiordiponti, *Ancora perplessità sul decreto salva banche*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 33 ss.; G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr.giur.*, n. 12/2015, p. 1485 ss.; G. Presti, *Il bail-in*, in *Banca impresa Società*, 2015, p. 339 ss.; A. Gardella, *Il bail in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unica*, in *Banca borsa*, n. 1/2015, p. 587 ss.; I. Donati, *Il bail in bancario: spunti per il nuovo diritto societario della crisi*, relazione al VII convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del diritto commerciale, Roma 26-27 febbraio 2016, p. 7 ss.; E. Rulli, *Dissesto, risoluzione e capitale nelle banche in crisi*, relazione al VII convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del diritto commerciale, Roma 26-27 febbraio 2016, p. 29 ss.; L. Stanghellini, *Ladisciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in AA.VV., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *op. cit.*, p. 169 ss.; E. Bernardi, *Unione bancaria, gestione delle crisi e protezione dei depositanti*, in *Bancaria*, 2012, p. 51 ss.; A. Capizzi e S. Cappiello, *Prime considerazioni sullo strumento del bail in: la conversione forzata di debito in capitale*, V convegno annuale Associazione italiana Professori Universitari di diritto commerciale, [www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/24571/cappiello\\_s-capizzi\\_a.def\\_30.01.14.pdf](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/24571/cappiello_s-capizzi_a.def_30.01.14.pdf), Roma, 21-22 febbraio 2014, p. 5 ss.; S. Della Luna Maggio, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, in *Riv. AIC*, 2015, p. 23 ss.; cfr. anche B. Joosen, *Regulatory Capital Requirements and Bail in Mechanism*, in *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, *op. cit.*, p. 57 ss.; C. Hadjiemmanuil, *Bank Resolution*, *op. cit.*, p. 25 ss. Peraltro, il *bail-in* è stato utilizzato anche in alcuni altri paesi europei per risolvere la crisi di singole banche sulla base della rispettiva legislazione nazionale, in particolare in Danimarca e in Slovenia; oltre a questi, altri paesi europei già ne prevedevano l'applicazione: fra questi il Regno Unito e la Spagna; cfr. J. Kerlin e A. Maksymiuk, *Comparative analysis of the bail-in tool*, in *Copernican J. of Fin. & Account*, n. 4/ 2015, p. 97 ss.

istituto bancario interessato, sia la Banca d'Italia come Autorità di vigilanza.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto di sottoporre alla Corte di Giustizia non solo la questione della compatibilità con il suddetto principio di trasparenza del regolamento della Banca d'Italia per l'esclusione del diritto di accesso, ma anche analoga questione riferita alle omologhe previsioni del Regolamento UE n. 1024/13 di disciplina del diritto di accesso agli atti detenuti dalla BCE (art. 22 par.2 e art. 27 par 1) sul presupposto che la sola riservatezza delle informazioni non potrebbe rappresentare *ex se* motivo ostativo ad un accesso agli atti da parte di chi vi abbia interesse; ciò tanto più che il bilanciamento tra accesso agli atti e divieto di ostensione per motivi di riservatezza costituirebbe una questione da risolvere non *a priori* ed in via generale, bensì di volta in volta ed in concreto, ed il relativo giudizio dovrebbe essere sempre sindacabile da un giudice terzo ed imparziale, costituito per legge e tale da giudicare secondo i principi del giusto processo. L'ordinanza di rimessione si muove, dunque, nella prospettiva di individuare, nell'alveo dei Trattati UE, una gerarchia di norme che riflettano una scala valoriale al cui vertice non vi sia la mera stabilità finanziaria<sup>70</sup>.

Il pronunciamento, atteso, del giudice dell'Unione aiuterà a comprendere quale possa essere l'orientamento della Corte UE in relazione alla portata ed ai limiti del diritto all'accesso e, dunque, del diritto alla trasparenza in materia di atti della vigilanza della BCE.

Parimenti rilevante appare la recentissima pronuncia della Corte Ue<sup>71</sup>, intervenuta nell'ambito di un giudizio relativo all'attribuzione della qualifica di soggetto vigilato significativo: ove - oltre ad aver sottolineato, come già sopra evidenziato, la natura *subordinate* delle ANC nei confronti della BCE - si è avuto modo di chiarire la funzione del riesame amministrativo dinanzi all'*Administrative Board of reviewed* il suo rapporto con il sindacato giudiziale.

In particolare, il giudice comunitario, ancorché tramite un *obiterdictum*, dopo aver rilevato che il parere della Commissione amministrativa del riesame ha avuto un ruolo significativo sia nel procedimento amministrativo che ha condotto all'emanazione della decisione

---

<sup>70</sup>Cfr. L. Barra Caracciolo, *Euro e(o) democrazia costituzionale*, Roma, 2013, p. 233 ss.; *Id*, *La Costituzione nella palude*, Reggio Emilia, 2015, p. 33 ss., V. Poli, *La Costituzione economica italiana: l'ultima speranza dopo il Trattato di Maastricht*, in *Foro it.*, 2015, V, 175 ss.

<sup>71</sup>Tribunale UE, IV Sez. ampliata, sentenza 16 maggio 2017, *Landeskreditbank Baden-Wurtemberg – Foerderbank c. BCE*.

impugnata, sia nella fase giurisdizionale, riconduce il procedimento di riesame nell'alveo del procedimento amministrativo di vigilanza, sottolineando che tale rimedio rappresenta uno strumento di garanzia e difesa per il privato: il quale può disporre non solo di uno spazio partecipativo qualificato all'interno di un subprocedimento a carattere contenzioso, ma anche di un'ulteriore opportunità di acquisizione e valutazione dei rilevanti interessi pubblici e privati.

Per di più, il giudice dell'Unione ha attribuito particolare rilievo alla conformità della decisione *sub iudice* alle indicazioni emerse nel parere dell'*Administrativeboard of review*, richiamato *per relationem* dalla motivazione della decisione finale gravata della BCE.

In tal senso, la Corte UE ha messo in rilievo la duplice funzione del suddetto rimedio, quale strumento contenzioso di garanzia per il privato e, al contempo, per il corretto svolgimento del processo decisionale dell'Autorità di vigilanza europea, ed eventualmente, ove possibile, di rafforzamento della legittimità della decisione finale attraverso una integrazione dell'apparato motivazionale ovvero del materiale istruttorio precedentemente acquisito; ma proprio in ragione di tale efficacia per così dire sanante, il riesame potrebbe rivelarsi uno strumento a vantaggio dell'Autorità di vigilanza, la cui decisione, invece di essere censurata ed indebolita nel corso della *secondview* dinanzi alla Commissione, potrebbe da questa ricevere addirittura un *enforcement* non solo sul piano motivazionale, in quanto, il giudice dell'Unione potrebbe essere indotto, dopo il riesame, a limitarsi a verificare i soli profili procedurali dell'atto gravato<sup>72</sup>.

In definitiva, la *tenuta* effettiva degli strumenti di tutela delle imprese bancarie vigilate dovrà inevitabilmente misurarsi con la prova dei fatti, nel senso che il grado di tutela finirà inevitabilmente per modularsi in relazione alle concrete dinamiche dei poteri e dei comportamenti della BCE e delle Autorità di vigilanza nazionali ed alla *colorazione* che verrà attribuita al loro operato in sede giurisdizionale; ciò, tenuto peraltro conto del rischio di sovrapposizioni di ruoli, competenze e responsabilità di tali Autorità, soprattutto nell'ambito dei procedimenti *comuni*, sui quali potrebbero, come detto, essere chiamati a pronunciarsi giudici appartenenti a ordinamenti diversi.

Il che potrebbe causare possibili contrasti irriducibili di giudicati destinati a formarsi

---

<sup>72</sup> Cfr. H.C.H. Hofmann, *Lessons for Public Law and The European Economic Monetary Union*, 2015, p. 16; cfr. anche A. Magliari, *Il sistema di ripartizione delle competenze all'interno del Single Supervisory Mechanism: una questione di significatività. Considerazioni critiche a margine della sentenza Landeskreditbank Baden-Wurtemberg c. BCE*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2017.

nell'ambito delle diverse giurisdizioni degli Stati membri, su cui, allo stato, non è dato intravedere un adeguato contrappeso né in sede di riesame dinanzi all'*Administrativ board of review*, né in sede nomofilattica dinanzi al giudice dell'Unione; sì che appare del tutto probabile (*rectius*) inevitabile una fase di incerto rodaggio applicativo della novellata *regulation* comune, con effetti presumibilmente destabilizzanti sul precario equilibrio sistemico *post* crisi.

**Abstract** -Il saggio, muovendo, in chiave ricostruttiva, dall'evoluzione della *supervision* prudenziale delle banche operanti nell'Unione, si sofferma sulle ragioni di fondo della recentissima transizione da un meccanismo di frammentata vigilanza *armonizzata* al nuovo sistema di vigilanza, come risposta strutturale dell'Unione all'erompere della crisi finanziaria globale del 2008; per poi analizzare sia i tratti caratterizzanti il nuovo meccanismo di vigilanza unico (SSM) di cui al Regolamento UE n.1024/13, avuto particolare riguardo alla torsione "accentratrice" della funzione di *supervision* prudenziale, ove alla centralità della BCE è conseguita la tendenziale marginalizzazione delle Autorità di vigilanza nazionali; sia il rapporto di vigilanza tra Autorità ed enti creditizi vigilati, con particolare riferimento ai profili procedurali, paragiudiziali e processuali. Infine, si sofferma sulle prime criticità del SSM emerse in sede applicativa e pretoria, che sembrano offrire una serie di spunti di riflessione sugli effetti presumibilmente destabilizzanti sul precario equilibrio sistemico *post* crisi derivanti da tale incerta fase di rodaggio applicativo della novellata *regulation*, sia sull'opportunità di eventuali correzioni.

**Abstract** -The article, moving from the evolution of the prudential supervision of banks operating in the Union, focuses on the reasons for the recent transition from a mechanism of fragmented "harmonized" supervision to the new supervisory system, as a structural response of the Union to break the 2008 global financial crisis; to then dwell on both the features characterizing the new Single Supervisory Mechanism (SSM) referred to in EU Regulation No. 1024/13, having particular regard to the *centralizing* torsion of the prudential supervision function, where the tendency of the ECB is achieved marginalization of National supervisory Authorities; both on the supervisory relationship between EBC and National supervisory Authorities, with particular reference to procedural, para-judicial and judicial aspects. Finally, it focuses on the first critical issues of the SSM

emerged in the application and jurisprudence, which seem to offer a number of food for thought both on the presumably destabilizing effects on the precarious post-crisis systemic balance resulting from this uncertain run-in phase of the new regulation, both on the possibility of any corrections.

## DALLE PROCLAMAZIONI DEGLI ELETTI ALLA PRIMA SEDUTA DELLE NUOVE CAMERE: PROSPETTIVE E PROBLEMI\*.

di Giampiero Buonomo\*\*

Sommario. 1. Introduzione. 2. L'informatica elettorale. 3. L'effetto flipper. 4. Le dimissioni preventive.

37

### 1. Introduzione.

All'interno dell'intervallo massimo di venti giorni dallo svolgimento delle elezioni – che l'articolo 61, primo comma, secondo periodo della Costituzione accorda per la convocazione della prima riunione delle nuove Camere – il presidente Mattarella ha prudenzialmente scelto di valersi di ben diciannove giorni, fissando per il 23 marzo l'inizio della XVIII legislatura repubblicana.

L'esercizio di tale discrezionalità, che ai sensi all'articolo 11 del testo unico elettorale della Camera accompagna il decreto di convocazione dei comizi, già in passato era stato inteso come un modo di dare fiato agli uffici elettorali responsabili delle proclamazioni degli eletti.

Viepiù tale cautela si rivela opportuna, con una legge elettorale *fior di conio*: alcuni elementi inediti della procedura di conversione dei voti in seggi avranno un rodaggio *in corso d'opera* e questo non può essere sfuggito al Capo dello Stato.

Altre questioni si sono aggiunte in campagna elettorale, e non è detto che la strumentazione esistente sia in grado di disimpegnarle col mero ricorso ai precedenti.

I diciannove giorni saranno utili anche per questo.

### 2. L'informatica elettorale.

Il primo contatto dell'apparato elettorale con l'opinione pubblica in attesa non ha i caratteri dell'ufficialità, quanto piuttosto quelli dell'*ufficiosità*. L'afflusso dei dati dalle sezioni elettorali agli uffici elettorali sopraordinati registra, sin dai primi momenti, un *sorpasso* del

tutto informale: il Ministero dell'interno corrisponde all'ovvia esigenza di celerità informativa acquisendo *a voce* i dati dello scrutinio, con un'attività svolta in modo puntiforme dai suoi messi su tutto il territorio nazionale.

Il caso di scuola del candidato che la notte vede il suo nome a fianco della sospirata dizione *eletto* (sul tabellone del Viminale o addirittura nel telegramma del Prefetto), e che poi si sveglia escluso delle proclamazioni, nasce proprio da questo doppio binario: mentre i processi verbali delle sezioni confluiscono lentamente, in forma cartacea e con trasporto motorizzato, agli uffici elettorali centrali responsabili delle proclamazioni, già è all'opera al Viminale un apparato parallelo, che senza alcuna ufficialità simula la trasformazione dei voti in seggi e ne dà notizia al Paese.

A dire il vero, l'organizzazione dello scrutinio dovrebbe essere curata da un organo imparziale: lo afferma il Codice di buona condotta elettorale stilato nel 2002 dalla Commissione per la Democrazia attraverso il Diritto del Consiglio d'Europa<sup>73</sup>, al paragrafo 3 del Codice di buona condotta elettorale.

Un codice, giova ricordarlo, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha utilizzato - sia pur non acriticamente<sup>74</sup>, nella sentenza 6 novembre 2012 (*Ekoglasnost contro Bulgaria*), ai fini dell'accertamento della violazione l'articolo 3 del Protocollo addizionale alla CEDU.

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Giampiero Buonomo è consigliere parlamentare. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

<sup>73</sup> V. risoluzione 1320 (2003) adottata il 30 gennaio 2003 dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, allegato, paragrafo 3: a. Un organo imparziale deve essere competente per l'applicazione del diritto elettorale. b. In assenza di una lunga tradizione d'indipendenza dell'amministrazione rispetto al potere politico, devono essere create delle commissioni elettorali indipendenti e imparziali, partendo dal livello nazionale fino al livello di seggio elettorale.

<sup>74</sup> L'elemento temporale è stato giudicato dalla Corte europea estremamente indicativo, ai fini della ricerca del giusto equilibrio tra le esigenze della collettività e le situazioni giuridiche soggettive incise da modifiche apportate alla legge elettorale: ciò sulla scorta anche di una ricca elaborazione culminata nel Codice di buona condotta elettorale del Consiglio d'Europa. Nonostante l'autorevolezza del Codice, la Corte europea non però ha recepito pedissequamente ed acriticamente la sua raccomandazione che indica in un anno il periodo minimo, decorrente a ritroso dalla data delle elezioni, in cui non andrebbe modificata la legge elettorale: piuttosto, ha saputo calarla nei casi concreti sottoposti al suo giudizio, differenziandoli in uno sforzo di apprezzamento delle singole fattispecie. Infatti, a fronte delle elezioni bulgare convocate per il 25 giugno 2005, la Corte europea ha giudicato conforme alla Convenzione l'introduzione in Bulgaria dell'obbligo di produrre la certificazione della Corte dei conti sul bilancio annuale dei partiti desiderosi di candidarsi alle elezioni, entrato in vigore il 1° aprile 2005: la Corte europea ha giudicato rilevante, ai fini del rispetto del giusto equilibrio, che la misura fosse stata proposta in Parlamento sin dall'aprile 2003 e che tutto il 2004 sia stato attraversato dal pubblico dibattito parlamentare sulla misura in questione. Al contrario, non ha passato lo scrutinio della Corte europea la modifica della legge elettorale - approvata dal Parlamento bulgaro il 7 aprile 2005 - richiedente il deposito di 2500 firme di elettori come sottoscrizione delle liste: la Corte ha rilevato che la misura era comparsa per la prima volta in Parlamento il 1° febbraio 2005 ed era stata discussa soltanto in due occasioni, il 23 marzo ed il 7 aprile 2005. Questo è sicuramente indizio di alterazione dell'equilibrio richiesto dal Primo Protocollo, perché il Legislatore viola l'esigenza di prevedibilità delle

Non è impossibile che questo dualismo esecutivo/giudiziario<sup>75</sup> produca un corto circuito: l'errore si può annidare sia nella comunicazione telefonica di chi ottiene a voce dal presidente di seggio i risultati da comunicare a Roma, sia nella lenta e ripetitiva redazione dei prospetti ai fini del verbale di proclamazione (ricopiando i risultati dei voti di centinaia di sezioni, pervenuti in forma cartacea). Al primo tipo di disservizio intendeva porre rimedio la sperimentazione di procedure informatizzate presso alcuni seggi, nelle tornate elettorali tra il 2004 ed il 2006, volte sia al conteggio elettronico che alla trasmissione dei suoi esiti al Viminale in tempo reale.

Il secondo problema, invece, impedisce di completare in tempi ragionevoli la verifica dei poteri: occorre dotarla di una strumentazione idonea a prevenire il verificarsi di gravi situazioni di incertezza concernenti il mandato parlamentare. Si tratta di situazioni evidenziate dai Documenti III, nn. 1 e 2 della XIV legislatura, che diedero luogo all'annullamento delle elezioni di due senatori per errori nelle trascrizioni dei verbali e dei relativi conteggi.

Vi si sarebbe potuto ovviare con procedure omogenee di redazione elettronica dei verbali sezionali delle operazioni di scrutinio, di loro trasmissione agli uffici circoscrizionali nonché di redazione dei verbali circoscrizionali in base ai quali vengono effettuate le proclamazioni degli eletti.

---

regole nell'imminenza della loro applicazione: ciò tanto per le regole elettorali fondamentali (sistema di scrutinio, composizione degli uffici elettorali e struttura delle circoscrizioni), tanto per le condizioni di partecipazione alla competizione elettorale (§ 69).

<sup>75</sup> Sulla natura giurisdizionale, quanto meno sotto il profilo soggettivo, degli Uffici elettorali centrali, v. Senato della Repubblica, XVI Legislatura - Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari - Resoconto sommario n. 10 del 31/07/2008, Allegato, Estratto dal verbale della seduta del 26 febbraio 2008 n. 45, Relazione sulla verifica delle votazioni senatoriali del 9-10 aprile 2006 nella Regione Abruzzo (Relatore: Sen. D'Onofrio): Tar Catania, 22 aprile 2006, n. 629 ha "espresso, in ordine alla natura dell'Ufficio centrale nazionale, la chiara preferenza «che si tratti di una sezione specializzata del G.O. chiamata a pronunciarsi, per utilizzare la condivisibile terminologia adoperata di recente dalla Giurisprudenza (cfr. Cass. SS.UU. n. 8119/06, cit.), su posizioni giuridiche fondamentali che hanno rilievo" [...] nella "fase preparatoria delle elezioni (così il titolo III del T.U. sulle elezioni)». A questo proposito l'accostamento più immediato è stato con l'Ufficio centrale per il referendum, sempre istituito presso la Corte di Cassazione dalla l. n. 352 del 1970, e cui la dottrina prevalente riconosce natura giurisdizionale. La fase di ammissione delle liste e delle candidature sarebbe propria ed esclusiva dell'Ufficio centrale nazionale, il cui giudizio apparirebbe dal vigente sistema «configura[to], implicitamente ma sicuramente, quale atto conclusivo espressivo di una funzione giurisdizionale», di modo che, «anche a non voler accedere alla tesi della [sua] funzione paragiurisdizionale ed atipica, ... emerg[e] la possibilità di considerare lo stesso quale sezione specializzata del G.O., secondo i dettami dell'art. 102 Cost.» (V. A. Cariola, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice: l'art. 66 Cost. alla prova del giusto processo. Nota a commento di Tar Catania, 22 aprile 2006, n. 629*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Per questo il 27 luglio 2004 la Giunta delle elezioni del Senato richiese quanto meno l'utile trasmissione elettronica dei dati dei verbali circoscrizionali agli uffici parlamentari incaricati della verifica dei poteri, mediante un'omogeneità di ambienti informatici; in proposito va segnalato che il Senato e la Camera si sono da tempo dotati di appositi programmi elettronici per l'immissione e l'elaborazione dei dati elettorali pervenuti in esito alle consultazioni riguardanti ciascun ramo del Parlamento.

La dichiarazione - con cui il Ministro dell'interno Amato, nel novembre 2006, escluse il voto elettronico in Italia (a seguito dell'inchiesta del giornalista Deaglio) - espressamente faceva salvi i conteggi elettronici dei voti. Eppure, per vedere adempiuto l'invito della Giunta del Senato si è dovuto attendere il finanziamento recato dalla legge di bilancio per il 2018, che (al comma 1123 dell'articolo 1) ha per la prima volta previsto «la trasmissione in formato elettronico alle Camere di tutti i dati necessari per la proclamazione degli eletti». Tutto è bene quel che finisce bene, dunque?

Forse, se non fosse che lo stesso comma contiene anche altre finalizzazioni della (medesima) spesa: l'attuazione degli obblighi di trasparenza previsti dalla legge elettorale, nonché «l'implementazione dei sistemi informativi a supporto dei nuovi adempimenti degli uffici elettorali». Il milione di euro per il 2018, cioè, deve porre rimedio (anche) ad un aggravio di adempimenti amministrativi degli uffici elettorali, evidentemente maggiore di quelli esistenti a legislazione vigente.

A parte il curioso modo di smentire la clausola di invarianza finanziaria (recata dal *Rosatellum* appena un mese prima), viene da chiedersi in che misura dal 5 marzo l'informatica dovrà aiutare gli uffici elettorali. Se sono *nuovi* adempimenti, non sono certo quelli degli uffici sezionali, che spogliavano le schede prima e continueranno a farlo ora. Se l'esigenza c'è, è evidentemente quella degli uffici elettorali centrali, onerati dalla nuova legge di un complicato meccanismo di *batti-e-ribatti* fatto di assegnazioni provvisorie, di conteggi di soglie, di nuove assegnazioni e di calcoli di capienze ed incapienze, conditi di seggi eccedentari e deficitari.

A tutto questo nuovo corteo di adempimenti, il legislatore di bilancio ha ritenuto che gli uffici non potessero far fonte soltanto con «uno o più esperti scelti dal presidente» (v. art. 77, comma 1 per l'Ufficio centrale circoscrizionale), ma anche con apparecchiature più sofisticate (e quindi con costi aggiuntivi per acquisirle ed utilizzarle). Se il buon giorno si vede dal mattino, quello dei diciannove giorni si rivela, dunque, un termine azzecatissimo.

### 3. L'effetto flipper.

Il *ping-pong* tra uffici centrali circoscrizionali ed ufficio centrale nazionale, per le proclamazioni degli eletti alla Camera dei deputati, non era una novità nel nostro ordinamento, neppure ai tempi del *Mattarellum* (e persino ai tempi del proporzionale); ad esso si aggiunge ora, in Senato, il *ping-pong* anche tra uffici elettorali regionali ed ufficio centrale nazionale, sia pur limitatamente al riscontro del superamento delle soglie nazionali delle liste.

Non è però questa la vera, prima insidia del meccanismo delle proclamazioni: piuttosto, il *Rosatellum* riapre la questione dello *slittamento* dei voti, ossia la traslazione degli effetti del voto espresso in un ambito territoriale, ai fini dell'attribuzione del seggio ad eletti in altro ambito territoriale. Essa fa calare sulle liste la qualifica di *eccedentarie* ovvero *deficitarie*, per i casi di non corrispondenza (verso l'alto o verso il basso) della somma dei seggi loro assegnati nelle circoscrizioni, rispetto al numero dei seggi loro spettanti a livello nazionale. Già l'*Italicum* ne faceva discendere un articolato potere correttivo dell'Ufficio centrale nazionale, che influenzava le proclamazioni alterandone l'ordine *naturale*.

Nella pur prolissa sentenza n. 35 del 2017, il redattore Zanon dedicava alla questione un lunghissimo § 10.2 del *Considerato in diritto*, a riprova di quanto la faccenda fosse spinosa già allora: tra varie precisazioni (vedasi la parentetica sull'assegnazione dei seggi «tra le diverse circoscrizioni [...] e non anche tra i collegi plurinominali»), la traslazione ricevette dalla Corte costituzionale una mezza assoluzione.

L'argomento fu che essa, nell'*Italicum*, «ha l'obbiettivo di consentire che le compensazioni avvengano all'interno di una medesima circoscrizione, anche a costo di danneggiare la lista eccedentaria, la quale potrebbe risultare privata del seggio non nella circoscrizione dove ha ottenuto meno voti, ma in quella in cui ne ha ottenuti di più. E tale operazione è condotta allo scopo di impedire che le compensazioni avvengano, come più frequentemente accadeva nella vigenza dei precedenti sistemi elettorali, tra circoscrizioni diverse. Dunque, proprio per evitare che si verificino traslazioni di seggi da una circoscrizione ad un'altra». Se questo è il disvalore supremo dell'intero istituto della traslazione, allora essa si legittima se, e solo se, opera «quale norma di chiusura» per il caso residuale in cui, nonostante tutte

le operazioni correttive, «permanga l'impossibilità di effettuare la compensazione tra liste eccedentarie e deficitarie in una medesima circoscrizione».

Non basta invocare la differenza tra l'assegnazione dei seggi *ex ante* con decreto del Presidente della Repubblica ed il «meccanismo normativo di assegnazione dei seggi alle singole liste previsto all'esito delle elezioni, sulla base dei voti ottenuti da ciascuna lista»; l'articolo 56, quarto comma Cost., ha contenuti precettivi non solo in riferimento al momento antecedente alle elezioni, ma «intende anche impedire che tale ripartizione possa successivamente esser derogata, al momento della assegnazione dei seggi alle diverse liste nelle circoscrizioni, sulla base dei voti conseguiti da ciascuna di esse»: sul punto la legge n. 52 del 2015 si salvava, insomma, solo per le «ampie cautele» dispiegate «proprio allo scopo di evitare la traslazione» e per il fatto che «l'effetto traslativo, attraverso l'applicazione della disposizione indubbiata, si presenta, di risulta, solo se il ricorso a quelle cautele si riveli inutile, in casi limite che il legislatore intende come del tutto residuali».

Non è affatto certo che, anche per il *Rosatellum*, sia possibile rilasciare la *tremebonda* liberatoria della Corte, secondo cui «l'art. 56, quarto comma, Cost., deve essere quindi osservato fin tanto che ciò sia ragionevolmente possibile, senza escludere la legittimità di residuali ed inevitabili ipotesi di traslazione di seggi da una circoscrizione ad un'altra». Infatti il *trend* complessivo della traslazione (onestamente riscontrabile nell'*Italicum*) parrebbe essere stato invertito da una legge, la n. 165/2017, che rende possibile l'effetto *flipper* tra territori anche lontanissimi tra di loro (vedansi i commi 4, 6 e 7 del nuovo articolo 84 del testo unico Camera).

Lo sostiene già il ricorso n. 8/2017, depositato dall'avvocato Besostri per conflitto di attribuzione<sup>76</sup>. *Quid iuris* se i medesimi addebiti dovessero essere reiterati, già in sede di proclamazione degli eletti, in quei famosi diciannove giorni? Quanto potrà reggere l'affermazione della sentenza Zanon, secondo cui «il disposto di cui all'art. 56, quarto comma, Cost. non può essere [...] inteso nel senso di richiedere, quale soluzione costituzionalmente obbligata, un'assegnazione di seggi interamente conclusa all'interno delle singole circoscrizioni, senza tener conto dei voti che le liste ottengono a livello nazionale»? E se anche si dovesse tener fermo che «l'art. 56, quarto comma, Cost. non è preordinato a garantire la rappresentanza dei territori in sé considerati» (perché «la Camera

---

<sup>76</sup> Consultabile alla URL <http://www.giurcost.org/cronache/index.html> nella sezione Selezione di casi pendenti davanti alla Corte costituzionale.

resta [...] sede della rappresentanza politica nazionale»), *quid iuris* per il Senato (questione non pregiudicata dalla sentenza n. 35, per l'elementare ragione che l'*Italicum* non lo toccava)?

È ben vero che la previsione costituzionale di un Senato eletto «a base regionale» (articolo 57, primo comma della Costituzione) parrebbe essere stata oggetto di un supplemento di riflessione, da parte degli autori del *Rosatellum*: non ci si riferisce solo alla seconda soglia, quella calibrata appunto su base regionale (articolo 16-*bis* testo Unico Senato: esenzione dalla soglia dell'1 per cento nazionale per le liste, siano o meno collegate in coalizione, che abbiano conseguito almeno il 20 per cento dei voti nella Regione), ma anche all'eccettuazione dei commi 4, 6 e 7 dal rinvio all'articolo 84 del testo unico, ad opera dell'articolo 17-*bis* del testo unico Senato.

Ma siamo certi che tutto ciò basti? Il gioco delle pluricandidature non potrebbe, invece, rimettere in pista, anche per la Camera alta, l'obiezione contro un effetto *lato sensu* traslativo? Il *mix* tra l'inattuazione dell'articolo 49 Cost. e la compressione dei requisiti dell'elettorato attivo e passivo (articoli 48 e 51 Cost.) trova la sua epitome nello sradicamento territoriale del voto.

Si viene a creare indubbiamente un circuito vizioso, tra le decisioni dei partiti di proporre pluricandidature (cui si applica, in caso di pluri elezione, il criterio del nuovo articolo 85 testo unico Camera, valido anche per il Senato ai sensi del predetto articolo 17-*bis*, comma 3), lo scorrimento verso i candidati uninominali *ripescati* e l'impatto del voto *esogeno* nel plurinominale (se il listino bloccato contiene pluricandidati destinatari anche di voti espressi fuori regione). Tutto ciò potrebbe risultare difficilmente digeribile per le parti contro-interessate all'attribuzione del seggio: un'operazione che rischia di bloccarsi, laddove venisse sollecitato, già in sede di proclamazione, uno scrutinio di costituzionalità della nuova legge elettorale.

In questi casi, sotto l'imperio del tempo ci si cava d'impaccio con argomenti procedurali che, nella complessa materia del contenzioso elettorale politico, certo non mancano. Essi ruotano in buona parte intorno alla previsione dell'articolo 87 del testo unico di cui al d.P.R. n. 361 del 1957, secondo cui spetta alla Camera il «giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o all'Ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente. [...] Le proteste e i reclami non presentati agli Uffici delle sezioni o all'Ufficio centrale devono essere

trasmessi alla Segreteria della Camera dei deputati entro il termine di venti giorni dalla proclamazione fatta dall'Ufficio centrale. La Segreteria ne rilascia ricevuta”.

Gli Uffici elettorali regionali hanno una consolidata prassi, in virtù della quale derivano l'inammissibilità di incidenti di costituzionalità dal loro configurarsi come organi meramente amministrativi, e non giurisdizionali: in un caso recente (elezioni del 2008 per il Senato), l'Ufficio elettorale regionale per la Campania ha espressamente respinto la richiesta - avanzata da un ricorrente in sede di reclamo contro le determinazioni del medesimo Ufficio in sede di proclamazione degli eletti al Senato - volta a sollevare questione di legittimità costituzionale contro la legge elettorale. Nella fattispecie, il reclamo dichiarato inammissibile dall'Ufficio regionale era proprio in ordine al meccanismo di trasformazione dei voti in seggi<sup>77</sup>.

La conseguenza, *a rigori*, dovrebbe essere che - se le Camere svolgono in via esclusiva ai sensi dell'articolo 66 della Costituzione una funzione giurisdizionale sulla verifica dei poteri - esse potrebbero in quella sede sollevare questione di legittimità costituzionale in sede di giudizio sui ricorsi contro gli atti del procedimento elettorale, rilevanti nel controllo dei titoli di ammissione dei componenti delle Assemblee parlamentari.

Ma della loro renitenza a farlo c'è già ampia prova<sup>78</sup>; più in generale, sulla «giustizia politica» (*copyright* Cassazione – Sezioni unite civili – sentenza 8 aprile 2008, n. 9151) aleggia oramai una delegittimazione sia a livello nazionale che sovranazionale: dopo il rapporto OSCE del 2008 o dopo le conclusioni dei saggi del presidente Napolitano, non appare più azzardato affermare che in Seconda Repubblica la verifica dei poteri consacra meramente le proclamazioni, secondo il vieto principio per cui *passata la festa, gabbato lo santo*.

#### 4. Le dimissioni preventive.

---

<sup>77</sup> V. Senato della Repubblica, XVI Legislatura - Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari - Resoconto sommario n. 33 del 20/05/2009, intervento dei senatori Orsi e Sanna (“ricorda come gli Uffici elettorali regionali qualificano se stessi come uffici amministrativi e che la natura giurisdizionale - necessaria per essere giudice *a quo* - è stata negata proprio dall'Ufficio partenopeo nel respingere la doglianza di Scotti”) e XVI Legislatura - Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari - Resoconto sommario n. 37 del 01/07/2009, intervento del relatore Mercatali (“l'assunto dell'Ufficio regionale campano in ordine alla sua natura meramente amministrativa”).

<sup>78</sup> V. G. Buonomo, *La procedura parlamentare e il conflitto di attribuzioni sulle leggi elettorali*, laCostituzione.info, 9 dicembre 2017.

Mentre sulla giurisdizionalità degli uffici elettorali responsabili delle proclamazioni persistono radicate resistenze, è rimarchevole che ad essi si richiedano sempre più adempimenti che sfuggono allo schema - meramente amministrativo - norma/potere/atto. La discrezionalità, in un'attività rigidamente tipizzata dalla legge elettorale, soffre di margini assai stretti, specie laddove si versi in ambito di riserva (sia pur relativa) di legge, come quella stabilita dall'articolo 51 Cost. per lo *ius in officio*: eppure il caso delle candidature indesiderate dal partito di appartenenza, per motivi sopraggiunti all'ammissione della lista, produce istanze che si rivolgono proprio agli uffici elettorali.

Non si intende qui prendere posizione tra i contrapposti argomenti profusi, con competenza e rigore, da opposte dottrine<sup>79</sup>. Basta semplicemente notare che non risulta che sia stato sin qui accolto l'invito a valersi della possibilità di depositare rinuncia alla candidatura prima delle elezioni, con dichiarazione agli uffici elettorali che la ricevertero (l'ipotesi Ainis la corredeva dell'ulteriore requisito dell'autenticazione notarile, e metteva in pista il candidato supplente). Ecco perché il problema si converte (in caso di elezione del candidato indesiderato per motivi sopravvenuti) in quello delle dimissioni e della possibile richiesta agli uffici elettorali di soprassedere alla proclamazione.

Nella prassi degli uffici elettorali, sin qui l'unico caso di *salto* del nome dell'avente diritto alla proclamazione era il decesso del candidato, il cui nome era forzatamente rimasto sulla scheda: ai tempi del proporzionale, vi si provvedeva con lo *scorrimento* nella lista. Ipotizzando che il caso limite si ponesse oggi (con le dovute scaramanzie), lo scorrimento avvantaggerebbe il secondo nella lista plurinomiale, ovvero, nell'uninomiale, si farebbe ricorso alle elezioni suppletive: mentre quest'ultimo caso richiede adempimenti della Camera neoeletta (art. 86, comma 4 del testo unico Camera), il primo potrebbe essere tranquillamente esitato dall'ufficio elettorale già in fase di proclamazione (art. 86 comma 1 T.U.: «per qualsiasi causa, anche sopravvenuta»).

*Mutatis mutandis*, potrebbe applicarsi la medesima procedura all'eventuale lettera di rinuncia alla proclamazione? Sempre ammesso che qualcuno la depositi (e/o la confermi *ore rotundo* dinanzi all'ufficio elettorale), quanto impatterebbe questa decisione - preventiva ed extra-parlamentare - sul disposto (lasciato invariato dal *Rosatellum*) dell'art.

---

<sup>79</sup> M. Ainis, *La furbizia dei rinuncianti*, Repubblica, 15 febbraio 2018; cfr. anche da G. Piccirilli, *Ma cosa significa "rinunciare alla candidatura" (e all'elezione)? Ma è davvero possibile farlo anche adesso?*, su laCostituzione.info, 19 febbraio 2018.

89 del D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, secondo cui «è riservata alla Camera dei deputati la facoltà di ricevere e accettare le dimissioni dei propri membri»?

È ben vero che la legislatura decorre dalla prima seduta e, quindi, dal 23 marzo 2018; ma è anche vero che le norme regolamentari (articolo 1 comma 1 Reg. Sen.: «I Senatori acquistano le prerogative della carica e tutti i diritti inerenti alle loro funzioni, per il solo fatto della elezione o della nomina, dal momento della proclamazione se eletti, o dalla comunicazione della nomina se nominati»; art. 1 Reg. Cam.: «I deputati entrano nel pieno esercizio delle loro funzioni all'atto della proclamazione») appaiono ricognitive di un principio risalente direttamente alle garanzie costituzionali e che, tra di esse, non vi sono solo quelle dell'articolo 68 ma anche quelle dell'articolo 67 Cost.

La quadratura del cerchio potrebbe essere quella di spostare tutto nel più comodo alveo parlamentare della prima seduta: precedenti di dimissioni accolte dall'Assemblea neoistituita sono rari ma non mancano, come dimostrano le dimissioni di Emma Bonino e Giovanni Negri presentate (ed accolte) nella prima seduta della Camera dei deputati della X legislatura. Il presidente provvisorio Aldo Aniasi il 2 luglio 1987 le pose ai voti addirittura prima di convocare la Giunta delle elezioni provvisoria, che pure (secondo l'articolo 3 Reg. Cam.) dovrebbe essere il primo adempimento da soddisfare, dopo la costituzione dell'Ufficio di Presidenza provvisorio<sup>80</sup>. Ma c'è comunque un voto da tenere e, come dimostrano i precedenti della legislatura uscente, non è detto che questo voto incontri gli auspici del dimissionario.

C'è allora chi potrebbe vedere nella Giunta provvisoria la sede per regolare la faccenda, affidandosi a remoti precedenti. In un'epoca in cui c'era ancora una commistione dottrina tra i due diversissimi istituti della proclamazione e della convalida, il problema si era posto in rapporto alla norma che attualmente è nell'articolo 3 del Regolamento del Senato («Costituito il seggio provvisorio, il Presidente, ove occorra, proclama eletti Senatori i candidati che subentrano agli optanti per la Camera dei deputati»). Se l'interessato optava per il Senato, si riteneva che producesse il titolo che attestava il venir meno dell'incompatibilità (le dimissioni da deputato nonché la presa d'atto dell'Assemblea); se optava per la Camera, l'Ufficio per la verifica dei poteri del Senato la qualificava rinuncia preventiva alla proclamazione a Senatore, equiparandola alle dichiarazioni di Senatori che - trovandosi ad assumere cariche che costituiscono condizione di incompatibilità -

---

<sup>80</sup> Atti Camera, Assemblea, resoconto stenografico, 2 luglio 1987, p. 5.

dichiaravano di voler continuare a rivestire tali cariche e perciò rinunciavano alla carica di Senatore (casi per i quali non si dà luogo a votazione in Assemblea, per l'accoglimento delle dimissioni, ma per i quali si fa luogo ad una mera presa d'atto). Si tratta, invero, di un istituto coniato per il caso del cablogramma con cui Arturo Toscanini dichiarò di voler rinunciare alla nomina a senatore a vita: letto dal Presidente, dopo che nella seduta precedente ne era stata annunciata la nomina, vi fece seguito la mera presa d'atto del Senato. In realtà, però, è da tener presente la diversità della situazione del senatore di nomina presidenziale (la quale può cadere del tutto inattesa ed inopinata) da quella del senatore eletto attraverso il procedimento elettorale, il quale al momento di porre la candidatura ne accetta implicitamente tutte le vicende correlate e susseguenti<sup>81</sup>.

In ogni caso, nella logica tutta costruita sulle dichiarazioni di volontà dell'interessato, va notato che, ancora nella X legislatura, a seguito dell'opzione per la Camera dei deputati esercitata dall'onorevole Pannella - candidato eletto sia alla Camera che al Senato - la Giunta accertò che la prima dei non eletti nel relativo Gruppo era Maria Adelaide Aglietta, già proclamata anch'essa deputata; costei scrisse al Presidente del Senato dichiarando che, pur trovandosi nella condizione di essere proclamata senatrice in sostituzione di Pannella, preferiva continuare ad appartenere alla Camera dei deputati. Di conseguenza la Giunta riscontò che, fra i candidati non eletti del medesimo Gruppo, colui che seguiva la deputata Aglietta in cifra individuale era Piero Craveri, che fu proclamato eletto Senatore<sup>82</sup>.

Il problema, non secondario, è però quello di chiarire quale margine di vitalità abbia ancora un istituto, la Giunta provvisoria, sorto in presenza di tutt'altro ambito legislativo.

Gli adattamenti, in proposito, sono avvenuti con strumenti diversi: alla Camera si è prescelta la modifica di diritto positivo delle norme interne. Il 6 ottobre 1998 l'Assemblea approvò sia l'articolo 17-*bis* del Regolamento generale, sia l'articolo 18 del Regolamento speciale che - oltre a dilatare le competenze della Giunta delle elezioni di quel ramo, includendovi le attività conseguenti al sopraggiunto *Mattarellum* - risolveva positivamente l'antico dilemma del rapporto tra proclamazione e verifica, spiegando che la prima (che avvenisse prima dell'esaurimento della seconda) non pregiudicava le risultanze della verifica dei poteri, anche per il seggio del subentrante.

---

<sup>81</sup> G. Buonomo, *I subentri nelle assemblee parlamentari in corso di legislatura*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4 del 2007.

<sup>82</sup> Atti Senato, Assemblea, resoconto stenografico, 2 luglio 1987, p. 4.

In Senato, invece, si proseguì in via di prassi interpretativa. Ai tempi del passaggio dal proporzionale al *Mattarellum*, l'articolo 3 del Regolamento del Senato fu, ad esempio, reinterpretato per attribuire alla Giunta incombenze diverse ed ulteriori, rispetto a quella (collassata col divieto di candidature contemporanee alla Camera ed al Senato) delle opzioni intercamerali<sup>83</sup>.

Anche con la legge Calderoli, in Senato, è sopraggiunto un parere, reso dalla Giunta del Regolamento del 7 giugno 2006 per le proclamazioni in subentro.

Nel *Rosatellum*, il problema è più vasto della mera questione dei *dimissionari preventivi* ed attiene alla stessa applicazione del nuovo articolo 85 del testo unico Camera (ed alla sua estensione al Senato ai sensi dell'articolo 17-*bis*, comma 3 del testo unico Senato). Rispetto al vecchio testo dell'articolo 85, la proclamazione del plurieletto oggi è declinata al singolare: avendo il legislatore scelto un criterio (diverso dal sorteggio, residuo dalla caducazione dell'opzione libera) per le plurielezioni nei collegi plurinominali, la proclamazione del *deputato plurimo* non avviene a cura di tutti gli Uffici centrali circoscrizionali coinvolti.

Dopo la sentenza n. 35/2017 della Corte costituzionale, la norma lasciava alla Giunta provvisoria della Camera solo di procedere al sorteggio; ora l'articolo 85 pare invece prefigurare (con la pessima scelta di *drafting* legislativo della diatesi passiva, priva del complemento d'agente) una competenza degli Uffici elettorali, che tra di loro si scambiano (in un ennesimo *flipper*) i dati della minore cifra elettorale percentuale di collegio e lascino al fortunato tra loro di effettuare l'unica proclamazione. In alternativa, il *ping pong* sarebbe tra tutti con l'Ufficio centrale nazionale, il quale provvederebbe a livello accentrato all'unica proclamazione, acquisiti i dati da tutti.

*Quid iuris* per il Senato? Nonostante il fatto che l'articolo 57 primo comma Cost. sia stato interpretato come costitutivo di venti chiese autocefale, un *ping pong* tra gli Uffici elettorali regionali (per il Senato) e l'Ufficio centrale nazionale (per la Camera) c'è anche dopo lo svolgimento delle elezioni, ai fini del calcolo della soglia nazionale del 3 per cento. Ciò legittima l'Ufficio nazionale centrale ad esercitare un ruolo anche per la proclamazione dei plurieletti al Senato? O non sarà invece riscontrabile una lacuna ordinamentale, che riapre la possibilità (per la sola Camera alta) di una proclamazione ad opera della Giunta

---

<sup>83</sup> G. Buonomo, *Problematiche applicative dei regolamenti di verifica dei poteri delle due Camere*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2007.

provvisoria? Ed in questo caso, riviverebbe anche l'antica giurisprudenza della *rinuncia preventiva alla proclamazione a senatore* e quella - ad essa in qualche modo collegata - che prescinde dal voto dell'Assemblea in caso di dichiarazione di volontà dell'interessato?<sup>84</sup> Se il buon giorno si vede dal mattino, quello dei diciannove giorni si rivela, dunque, un termine azzeccatissimo.

In certi casi, anche le ventiquattr'ore fanno la differenza: quando la pallina del *flipper* sta per andare in buca, *ruit hora*.

**Abstract:** L'inizio della XVIII legislatura repubblicana ripropone questioni irrisolte del diritto elettorale politico. La forma di governo italiana tradizionalmente contempla ruoli diversi di Esecutivo, Legislativo e Giudiziario nel processo che porta alla prima seduta delle nuove Camere: ma il rischio di commistioni aumenta e la nuova legge neppure su questo offre soluzioni.

**Abstract (English):** The beginning of the 18th republican legislatures reposes unresolved issues of political electoral law. The Italian form of government traditionally provides different roles of Executive, Legislative and Judiciary in the process leading to the first session of the new Chambers: but the risk of mingling increases and the new law does not offer solutions either.

**Parole chiave:** Elezioni - Parlamento.

**Key words:** Elections - Parliament.

---

<sup>84</sup> V. Assemblea del Senato, 4 luglio 2007, dichiarazione del senatore Bobba.

## IL CASO *UBER* SOTTO IL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA: UNA SENTENZA CHE RIDEFINISCE I TERMINI DELLA *SHARING ECONOMY*

di Andrea Previato\*

**Sommario.** 1. Introduzione. 2. Brevi cenni sull'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi in taluni contesti nazionali. 3. Il *caso Uber* nell'ottica della CGUE: disamina del ragionamento logico-giuridico adottato. 4. Breve analisi sulle possibili implicazioni trasversali derivanti dalla sentenza 4.1 Riflessioni giuridiche sul controverso rapporto lavorativo fra Uber ed i suoi *drivers*. 4.2. Riflessioni giuridiche in ambito privatistico sulla relazione intercorrente fra l'intermediatore e l'utente; 5. Alcune osservazioni conclusive sulla reale dicotomia sussistente fra *sharing economy* e *gig economy*.

50

### 1. Introduzione.

Il 20 dicembre 2017 la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha deliberato un'attesa sentenza<sup>85</sup> che, in un modo o nell'altro, potrebbe rappresentare un autorevole precedente giurisprudenziale in relazione ad un emergente ed ormai sempre più affermatosi modello economico: quello relativo alla *sharing economy*.

La vicenda sottoposta al vaglio finale della Corte di Lussemburgo ha riguardato il c.d. *caso Uber*, fenomeno che negli ultimi anni, prendendo il nome dall'omonima azienda californiana, sovente è ribalzato alla cronaca più per le innumerevoli vicende giudiziarie a cui è stato sottoposto nelle vesti di convenuto, che per l'effettivo e peculiare servizio offerto. Ed infatti, l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea è stato sollecitato dal Juzgado Mercantil n. 3 di Barcellona mediante apposita domanda di pronuncia pregiudiziale<sup>86</sup> di cui all' art. 267 del Trattato FUE.

---

\* il Dott. Andrea Previato è Dottore in giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara.

<sup>85</sup> Sentenza della CGEU, C- 434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain SL* del 20 dicembre 2017 disponibile in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=248360>

<sup>86</sup> Juzgado Mercantil No 3, Asunto:929/2014D2, *Providencia dando traslado a las partes del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Barcellona, 17 giugno 2015. Il Juzgado Mercantil, attestando che Uber esegue i servizi in Spagna senza alcun tipo delle autorizzazioni o licenze amministrative disposte dal *Reglamento Metropolitano del Taxi* del 22 luglio 2004, si è interrogato

Per la precisione, l'autorità giurisdizionale catalana, investita della questione su ricorso della Asociación Profesional Élite Taxi, ha preferito adire la CGUE sull'assunto che "l'azione del convenuto non deve valutarsi nel contesto della città di Barcellona o nel contesto del territorio spagnolo, bensì nell'ambito dell'Unione europea"<sup>87</sup>.

Nello specifico, le questioni rimesse alla cognizione della CGUE dal Giudice di rinvio si sono focalizzate sulla natura giuridica da riconoscere in relazione alla fornitura della multinazionale di Uber di un servizio retribuito concernente, tramite l'utilizzo di piattaforme elettroniche, "la messa in contatto di conducenti non professionisti, privi di alcuna licenza od autorizzazione amministrativa, che utilizzano il proprio veicolo con persone che intendono effettuare spostamenti urbani"<sup>88</sup>.

I termini della questione che hanno rispecchiato pertanto le posizioni contrapposte delle due parti in causa: da un lato, l'associazione professionale dei tassisti catalani secondo la quale il servizio offerto sotto il nome di *Uber* sarebbe principalmente configurabile quale attività di trasporto; dall'altra parte, la compagnia statunitense sostenitrice che la propria attività resa si estrinsechi esclusivamente nel facilitare l'intermediazione, attraverso un'applicazione per *smartphone*, fra utenti e conducenti non professionisti. Orbene, ne è derivata una qualificazione giuridica di centrale rilevanza, atteso le differenti regolamentazioni sottostanti alle due tipologie di servizio menzionate.

Invero, una decisione quella della Corte di Lussemburgo i cui effetti probabilmente non interesseranno solo la multinazionale convenuta in giudizio, bensì potrebbero indirettamente estendersi anche nei confronti di altre startup di primo piano, quali solo per citarne alcune *Airbnb*, *Deliveroo* o *Handy*, le cui piattaforme elettroniche si

---

se l'assenza delle predette autorizzazioni comportasse una violazione delle regole relative alla tutela della concorrenza, e precisamente degli articoli 15 (violazione delle norme che hanno per oggetto la regolamentazione dell'attività concorrente), 5 (atti di inganno, perché trasferisce all'utente la falsa percezione che il servizio fornito sia legale) e 4 (invocazione delle richieste di comportamento professione, in conformità con le regole della buona fede) della *Ley 3/1991* del 10 gennaio.

In considerazione di tutto ciò, l'autorità giurisdizionale catalana ha riconosciuto che è necessario riconoscere in via preliminare la natura legale dei servizi offerti dall'impresa convenuta, stabilendo se si tratti di servizio di trasporto (assoggettabili pertanto alla regolamentazione nazionale relativa alle attività di trasporto) o di servizi elettronici d'intermediazione o servizi specifici della società dell'informazione (sottoposti pertanto alla disciplina prefigurata dalle direttive 2006/123Ce, 200/31Ce e 1998/34Ce che consentirebbero un regime di stabilimento in Spagna dei servizi prestati dalle società dell'informazione senza nessuna particolare restrizione amministrativa).

Alla luce delle questioni sopra esposte, il Juzgado Mercantil ha preferito adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ravvisandovi un interesse europeo relativo alla definizione della natura servizi forniti da Uber.

<sup>87</sup> Si rinvia al paragrafo 1.3 della domanda di pronuncia pregiudiziale di cui alla nota 2

<sup>88</sup> Si rinvia al punto n.2 della sentenza della CGEU di cui alla nota 1

ricomprendono, come la società fondata da Travis Kalanick, all'interno di quei modelli organizzativi classificati attraverso locuzioni sempre più ricorrenti quali *sharing economy*<sup>89</sup>, *economia collaborativa*, *consumo collaborativo*<sup>90</sup>, *gig economy* o anche

<sup>89</sup> L'equivalente del termine *sharing economy* tradotto in lingua italiana sarebbe "economia della condivisione", ciò ugualmente non ha precluso, stante le novità apportate e le incertezze susseguenti, la proliferazione di ulteriori concettualizzazioni sul fenomeno in questione che hanno comportato il ricorrersi ad espressioni quali: "economia della collaborazione"; "consumo collaborativo", "gig economy", "rental economy" fino a pervenire alla "governance collaborativa". Nonostante questa ricchezza terminologica, che indubbiamente è sintomatica dell'alto grado di incertezza che avvolge il fenomeno in questione, è doveroso parimenti addivenire ad una classificazione dei vari concetti menzionati.

Innanzitutto, al fine di concettualizzare la "sharing economy", si riprende la definizione contenuta nell'Oxford Dictionary, secondo la quale per "sharing economy" si intende "un sistema economico nel quale beni o servizi sono condivisi tra privati, gratuitamente o in cambio di una somma di denaro, tipicamente attraverso internet" (si rinvia al link [https://en.oxforddictionaries.com/definition/sharing\\_economy](https://en.oxforddictionaries.com/definition/sharing_economy)). Per il Business Innovation Observatory si concepisce come un "modello di business basato sull'accessibilità per i mercati peer-to-peer relativo allo scambio di risorse -beni e/o servizi- tra un consumatore che la possiede ed un altro che la necessita, sul presupposto di costi di transazione ragionevoli" (Business Innovation Observatory, *The Sharing Economy: Accessibility Based Business Models for Peer - to - Peer Markets, Case study 12*, European Union, 2013, pag. 3). Nondimeno, tale classificazione è stata considerata riduttiva, in quanto si è ritenuto più corretto un inquadramento della "sharing economy" fondato su due elementi fondamentali, nonché identificativi del modello organizzativo stesso: l'innovazione apportata dall'utilizzo di una piattaforma elettronica, nonché il presupposto di un'interazione fra le parti basata su una relazione "peer-to-peer". Ed infatti, finalità della "sharing economy" è quella di affermare un modello alternativo alla al c.d. consumo proprietario (ovvero, l'utilizzo del bene acquistato al solo soggetto proprietario per fini esclusivi e personali), in quanto fondato diversamente su un consumo basato sull'accesso temporaneo a risorse sottoutilizzate al fine di favorire un loro efficace sfruttamento. La realizzazione di tali pratiche fondate sulla condivisione delle risorse non può che avvenire attraverso il contatto facilitato dalle piattaforme elettroniche e designando un'erogazione dei servizi peer-to-peer (sul punto si rinvia a G. Smorto, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy, Mercato concorrenza regole*, il Mulino, 2/2015, pag. 248-249).

Orbene, la definizione più esaustiva di "sharing economy" appare la seguente: "essa ...(ossia la "sharing economy") abbraccia quelle forme di accesso temporaneo al mercato, su apposita piattaforma, per lo scambio diretto di beni e servizi, risultanti da fattori produttivi altrimenti inutilizzati o sottoutilizzati, le quali avvengono fra due o più soggetti posti su un piano di parità sostanziale, che agiscono senza carattere di professionalità, ma pur sempre avendo come fine il perseguimento di un utile economico in qualsiasi forma. Così si espresso S. Crosetti, *Il seme da piantare. Le altalenanti sorti della sharing economy in Italia*, Riv. Amministrazione In Cammino, 2017, pag.5

<sup>90</sup> Nondimeno, come non esiste una definizione univoca per definire la "sharing economy", in eguale modo non sussiste un consenso unanime su quali attività possano essere considerate pacificamente espressione del modello in questione. In considerazione di tutto ciò, sono state sviluppate ulteriori concettualizzazioni che, seppur in taluni casi erroneamente utilizzati in modo intercambiabili fra loro o come sostitutivi della "sharing economy" stessa, o facendoli rappresentare come sotto-insiemi o declinazioni di quest'ultima. In considerazione di tutto ciò, è pertanto doveroso differenziare taluni modelli assimilabili formalmente alla *sharing economy*, ma discostanti in relazione alle modalità operative ed ai fini perseguiti. Considerazioni quest'ultime che si riferiscono a quelle attività inquadrate all'interno della categoria denominata come "economy on-demand" o "gig economy", fra i quali si menzionano le aziende più rinomate come Uber, Airbnb. Ebbene, una peculiare tipologia organizzativa che si accomuna con la *sharing economy* solo per il carattere tecnologico rappresentato dalle piattaforme online, ma che si discosta soprattutto per le relazioni fra le parti che avvengono su un piano non assolutamente "paritario". Solitamente, in questo nuovo modello le società ad esso ascrivibili si caratterizzano per l'offerta dei propri servizi tramite la gestione di una piattaforma elettronica che costituisce il luogo d'incontro virtuale fra i consumatori e i soggetti esterni adibiti a fornire il servizio, i c.d. "lavoratori indipendenti" secondo la configurazione continuamente ripresa dalle imprese della "gig economy". Invero, seppur sussistono pareri contrari (sul punto si rinvia a K. Stokes et al., *Making sense of the Uk collaborative economy, Nesta Cooperative Lab, 2014, pag. 9-10*) tale realtà economica si caratterizza per la coordinazione e l'organizzazione del servizio che eccede la mera gestione

*economy on-demand*<sup>91</sup>.

Nondimeno, riprendendo un antico proverbio alquanto appropriato nel caso di specie, è doveroso *non fare di tutta l'erba un fascio*. Seppur la prassi comune è indirizzata a considerare i concetti di cui sopra interscambiabili o leggermente differenziabili discernendo sottili sfumature, una loro distinzione risulta essenziale ai fini dell'individuazione della corretta disciplina applicabile.

Orbene, questa rilevante sentenza europea sui *servizi on-demand* potrebbe rappresentare il punto di partenza attraverso cui definire progressivamente quei servizi di mera intermediazione informatica che sarebbero correttamente inquadrabili all'interno del denominato modello di *sharing economy*, in contraddizione rispetto a quelle prestazioni offerte da imprese che non si limiterebbero alla mera gestione di un *marketplace*<sup>92</sup>, ma la cui attività si connoterebbe per un'organizzazione onnicomprensiva del servizio.

Pertanto, scopo di questa breve trattazione, oltre a quello principale relazionato all'analisi

---

intermediaria fintanto a includere limitazioni sullo stesso operato del soggetto incaricato di svolgere la prestazione pattuita (V. De Stefano e J. Berg, *la gig economy e il nuovo lavoro occasionale, Diritti e politiche sociali, Menabó di Etica ed Economia*, 2017, pag. 1-2; G. Smorto, *Sharing economy e modelli di organizzazione, Paper, Colloquio scientifico sull'impresa sociale*, 2015, pag. 9-10). Un modello industriale che finisce per rappresentare un nuovo modello di capitalismo "ibrido" surrogato delle tradizionali forme basate su una relazione gerarchica e sulla centralizzazione della proprietà dei mezzi di produzione (N. Rampazzo, *Rifkin e Uber: dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso, Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.6, 2015, pag. 957 ss.). Una linea di pensiero peraltro che è stata condivisa dalla CGUE con la presente sentenza sul "caso Uber".

<sup>91</sup> In relazione alle residue nozioni di cui sopra, si riprendono alcune considerazioni dell'autrice Rachel Botsman (*The sharing economy lacks a shared definition*, 2013, disponibile al link: <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>; per un maggior approfondimento si rinvia a R. Botsman, R. Rogers, *What's Mine is Yours. The Rise of Collaborative Consumption*, London, 2010), la quale, seppur riconoscendo le difficoltà relazionate ad una loro appropriata definizione, ha parimenti constatato la sussistenza di taluni aspetti differenziati. Per la precisione, con "economia collaborativa" ha inteso quel modello "costruito su redistribuite di individui e comunità connessi contro istituzioni centralizzate", comportante una trasformazione del modo in cui avviene la produzione, il consumo, il finanziamento e l'apprendimento; per "consumo collaborativo" si è riferito a quel modello economico basato sulla condivisione, lo scambio, il commercio o il noleggio di prodotti e servizi, che consente l'accesso alla proprietà, comportante pertanto una reinvenzione del modo in cui avviene il consumo. Quindi, definizioni che si discostano dalla "sharing economy" per labili differenze, se non addirittura impercipienti, in quanto medesimi sono gli elementi costitutivi rappresentata da una relazione "peer-to-peer", l'utilizzo innovativo delle piattaforme elettroniche e l'accesso indistinto alle risorse (beni sottoutilizzati e/o servizi) Ed infatti, riprendendo la definizione contenuta nella Comunicazione della Commissione UE intitolata: un'agenda europea per l'economia collaborativa, si coglie che una sostanziale intercambiabilità fra "collaborative" e "sharing economy". Nello specifico, la COM (2016) 556 final afferma che per economia collaborativa "si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati", non senza specificare in nota la sua pressoché identificazione con la "sharing economy" (COM (2016) 356, Bruxelles, 2016, pag. 3).

<sup>92</sup> E. Mostacci e A. Somma, *Il caso Uber: La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016, pag. 21-22

delle possibili conseguenze derivabili dalla sentenza sui servizi offerti dalla multinazionale californiana, è verificare se sussiste un nesso per estendere le conclusioni qui dedotte per il caso *Uber* anche in relazione ad altri *servizi on-demand* equiparabili, seppure ascrivibili a settori differenti.

In considerazione di tutto ciò, subentrerebbe consequenzialmente la necessità di una distinzione fra quei servizi inquadrabili all'interno della *sharing economy* e quelli che, seppur formalmente assimilabili ai primi, si discosterebbero per un mercato o quantomeno rilevante potere decisionale esercitato dal soggetto gestore della piattaforma elettronica. Una differenziazione che si rileva essenziale soprattutto al fine di definire la genuina applicazione della direttiva 2006/123/Ce relativa alla libera prestazione dei servizi nel mercato interno, nonché delle direttive UE sui servizi e sul commercio elettronico ascrivibili alle società dell'informazione.

## **2. Brevi cenni sull'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi in taluni contesti nazionali.**

Invero, la sentenza della CGUE del 20 dicembre rappresenta solamente l'ultimo tassello di un orientamento giurisprudenziale oramai consolidatosi nelle principali Corti giudiziarie nazionali. Pertanto, un'interpretazione, quella sviluppata dai giudici di Lussemburgo, che assolve principalmente ad una funzione di allineamento e ad un consolidamento rispetto a conclusioni già in larga parte tracciate in relazione al caso *Uber*.

Nondimeno, è doveroso parimenti sottolineare l'esito assolutamente non scontato della sentenza della Corte di giustizia, stante la sussistenza di una linea interpretativa minoritaria determinata a qualificare l'attività prestata da *Uber* come un mero servizio elettronico d'intermediazione<sup>93</sup>.

Orbene, al fine di acquisire una conoscenza ad ampio raggio del fenomeno spesso menzionato con il nome di *uberizzazione*, si valuta opportuno approfondire talune decisioni nazionali esponenti ambedue gli orientamenti.

---

<sup>93</sup> Sul punto si rinvia alla nota 43

In Germania, anche qui senza troppo addentrarsi nel merito, si segnalano due pronunce emesse dal Tribunale amministrativo di Berlino<sup>94</sup> e dal Tribunale di Francoforte<sup>95</sup>. Entrambe le decisioni, che si sono contraddistinte riconoscendo la natura del servizio di trasporto alle prestazioni offerte da *Uber* tramite la sua applicazione *UberPop*, hanno disposto l'inibizione dei servizi di cui sopra sul territorio tedesco. In particolare, la sentenza di Francoforte, effettuando un dettagliato raffronto fra costi effettivamente sostenuti e le tariffe pretese per la fornitura del predetto servizio di trasporto, ha potuto accertare nell'attività effettuata da *Uber* un carattere oneroso idoneo a qualificarla come abusiva, in quanto sprovvista delle licenze ivi richieste per i soggetti esercenti un trasporto a titolo non gratuito<sup>96</sup>.

In Francia, prima di procedere ad un excursus giurisprudenziale sul *caso Uber*, è doveroso menzionare la riforma al Codice dei trasporti apportata dalla legge Thévenoud dell'1 ottobre 2014. Invero, una novità legislativa che ha ristretto gli spazi operativi delle attività ascrivibili al novero delle *voitures de tourisme avec chauffeur* (in pratica una tipologia di servizio corrispondente al servizio italiano di noleggio con conducente). Nello specifico, reiterando in prima istanza che i taxi sono i soli veicoli autorizzati allo stazionamento sulla pubblica via in attesa di clientela, ha di conseguenza imposto il divieto di geolocalizzazione attraverso cui gli utenti possono verificare in anticipo le vetture disponibili nelle zone adibite alla pubblica via interessate, nonché ha provveduto a fissare delle tariffe forfettarie rispetto al prezzo dedotto con rapporto allo spazio/tempo<sup>97</sup>.

Pertanto, misure fortemente limitative rispetto a quelle compagnie, come *Uber*, che operano sul mercato caratterizzandosi per una tendenziale libertà nella fornitura dei propri servizi. Ed infatti, la società californiana, contrariata rispetto alla nuova disciplina sui trasporti, non ha minimamente esitato a presentare ricorsi presso le competenti sedi giurisdizionali francesi, il cui epilogo si è raggiunto con l'intervento della Corte costituzionale francese<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> VG Berlin, L. 353.14 del 26 settembre 2014; confermata in appello OVG Berlin-Brandenburg, S. 96.14 del 10 aprile 2015

<sup>95</sup> LG Frankfurt O. 136/14 del 18 marzo 2015; confermata in appello OLG Frankfurt, U. 73/15 del 9 giugno 2016

<sup>96</sup> E. Mostacci e A. Somma, *Op. Cit.* di cui alla nota 8, pag. 184-185

<sup>97</sup> Per ulteriori approfondimenti si rinvia a N. Rampazzo, *Op. cit.* di cui alla nota 5.; E. Mostacci e A. Somma, *Op. Cit.* di cui alla nota 8, pag. 167-171

<sup>98</sup> Conseil Constitutionnel, n. n. 468/469/472 del 22 maggio 2015; Conseil Constitutionnel, n. 484 del 22 settembre 2015

Difatti, con le sue pronunce la Consulta francese ha affermato l'assoluta compatibilità della disciplina introdotta dalla Loi Thévenoud rispetto alle pretese violazioni del diritto di proprietà e della libertà d'impresa, così come sostenuto nella linea difensiva di *Uber*. Senza focalizzarsi dettagliatamente nel merito, è sufficiente evidenziare che secondo il Giudice delle leggi non si è operata alcuna privazione compromissione dei diritti costituzionali sopra menzionati, non senza richiamare l'art. 15 della legge n. 992/2015 del 17 agosto 2015 che ha riconosciuto che l'attività di trasporto svolta a titolo gratuito o con spese condivise (il c.d. *car pooling*, in francese conosciuto come *covoiturage*) non può essere in alcun modo inclusa nell'ambito della regolamentazione ivi prevista dalla Loi Thévenoud.

In Italia una delle prime sentenze relativa al caso *Uber* è stata quella deliberata da un giudice di pace di Genova<sup>99</sup> che, dovendosi pronunciare contro un provvedimento di sanzione comminata dalla polizia municipale di esercizio abusivo dell'attività di taxi ex art. 86 cod. della strada, ha accolto il ricorso dell'autista affiliato alla compagnia californiana. Nondimeno, sebbene tale pronuncia possa ascriversi tra quelle favorevoli per la menzionata società, è opportuno sottolineare che le conclusioni a cui il giudice onorario è pervenuto non hanno interessato la natura intrinseca del servizio in sé offerto, quanto piuttosto si sono attestate sulla distinzione tipologica del servizio offerto: ovvero, l'esercizio dell'attività svolta dall'autista non era configurabile come servizio di taxi, quanto semmai come noleggio di auto con conducente e sottoponibile pertanto alla fattispecie ex art. 85 cod. della strada.

Alcuni mesi dopo la sentenza di cui sopra, alla sezione specializzata in materia d'impresa del Tribunale di Milano<sup>100</sup> viene presentato un presentato ricorso in sede cautelare per l'inibitoria del servizio *UberPop*, specificamente a titolo di concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche ex art. 2598, n. 3 c.c., da cui scaturisce apposita ordinanza di condanna. Altresì, in seguito all'impugnazione di *Uber*, il menzionato provvedimento è stato confermato con ulteriore e successiva ordinanza pronunciata in sede di reclamo. Entrando nel merito, il quadro ricostruttivo complessivamente sviluppato nella decisione milanese ha fatto perno sull'antigiuridicità dell'attività svolta dagli autisti al servizio di *Uber*, in quanto fondata "sull'omesso rispetto di precetti normativi specifici che

<sup>99</sup> Giudice di pace di Genova, n. 8135 del 16 febbraio 2015, in Foro.it, 2015, I, pag. 1845 ss.

<sup>100</sup> Sez. spec. Impresa Tribunale di Milano, N.R.G. 35445/2015 del 25 maggio 2015; Sez. spec. Impresa Tribunale di Milano, N.R.G. 36491/2015 del 09 luglio 2015

regolano l'attività imprenditoriale, con l'effetto di consentire agli operatori economici irregolari un indebito vantaggio concorrenziale a danno di chi opera regolarmente”<sup>101</sup>. In particolare, qualificando *UberPop* come un *sistema integrato di trasporto* assimilabile al tradizionale servizio di taxi, hanno riconosciuto in capo all’omonima società la l’abusività delle attività poste in essere, stante l’assenza della necessaria licenza, e di conseguenza l’indebito vantaggio ivi conseguito nel settore regolamentato da apposite norme pubblicistiche<sup>102</sup>. Nello specifico, il Tribunale milanese ha rilevato il ruolo sostanziale di *Uber* nella gestione complessiva del servizio di trasporto emerso dalla valutazione di taluni elementi rilevati: ovvero, dalla mancanza di un reale carattere condiviso del servizio offerto da *UberPop*; dalla predeterminazione del prezzo attraverso appositi algoritmi; dall’equivalenza funzionale della piattaforma tecnologica rispetto alle classiche centrali radiotaxi; dal riconoscimento invero della *community* quale luogo virtuale aperto alla generalità del pubblico, salvo un primo mero ottemperamento relativo all’iscrizione personale del soggetto interessato; nonché dal conseguente discostamento dal modello *peer-to-peer*, stante il potere decisionale complessivo riconosciuto in capo ad *Uber*.

Recentemente anche la sezione specializzata d’impresa del Tribunale di Torino<sup>103</sup> ha avuto modo di esprimere il proprio orientamento relativamente alla medesima questione. Una linea interpretativa, quella elaborata dalla sentenza torinese, sostanzialmente coincidente con quella milanese sopra esposta, nei cui rilievi conclusivi hanno attestato la sussistenza di un rapporto di concorrenzialità con le compagnie ufficiali di taxi, stante il riconoscimento di un potere organizzativo e decisionale ad *Uber* sul servizio offerto.

Sia in Belgio (Tribunale del Commercio di Bruxelles<sup>104</sup>) che in Danimarca (Alta Corte danese<sup>105</sup>) sono stati emessi provvedimenti giurisdizionali in larga parte coincidenti, fondati sul riconoscimento della medesima natura fra servizi offerti da *UberPop* e quelli

---

<sup>101</sup> B. Calabrese, *Applicazione informatica di trasporto condiviso e concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche*, Giurisprudenza Commerciale, fasc.1, 2017, pag. 202 ss. Lo stesso autore rinvia in nota ad un principio di diritto espresso dalla Suprema Corte (*Sentenza della Corte di Cassazione, n. 8012 del 27 aprile 2004, in Dir. Ind., 2005, pag. 203*) secondo cui “i comportamenti lesivi di norme di diritto pubblico non integrano, di per sé stessi, atti di concorrenza sleale, ai sensi dell’art. 2598, n. 3, c.c.”, salvo quando dalla violazione delle norme pubblicistiche sia derivato un vantaggio economico che non si sarebbe conseguito con l’osservanza della norma violata.

<sup>102</sup> B. Calabrese, *op. cit.* di cui alla nota 17

<sup>103</sup> Sez. spec. Impresa Tribunale di Torino, n. 1553/2017 del 22 marzo 2017

<sup>104</sup> Tribunal de commerce, Bruxelles, 31 marzo 2014

<sup>105</sup> High Court of Denmark, Copenhagen, 18 novembre 2016

tipici forniti dai taxi e ravvisando pertanto la commissione di atti illeciti delle norme poste alla tutela della concorrenza nel settore riferito ai trasporti.

Sebbene gli Stati Uniti siano stati i primi ad entrare in contratto con la realtà di *Uber*, nondimeno sussiste una ragione di fondo per cui sono trattati in ultima istanza rispetto alle vicende giudiziarie che hanno caratterizzato taluni Stati europei di cui sopra. Invero, è doveroso includere nell'attuale disamina anche l'Inghilterra, stante il carattere fortemente concorrenziale e liberalizzato che contraddistingue sia il tessuto economico statunitense che quello inglese. Infatti, le pronunce scaturenti dalle vicende innescate dalla *uberizzazione* si differenziano rispetto a quelle in precedenza esaminate per l'ambito giuridico trattato: nei Paesi di *civil law* la questione ha riguardato principalmente la sussistenza di eventuali atti di concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche; all'opposto, in quelli di *common law* il dibattito si è caratterizzato per essersi concentrato sulla qualificazione giuridica dell'autista affiliato ad *Uber*, stante un'accentuata deregolamentazione indubbiamente favorevole all'esercizio della libera attività d'impresa anche in settori assolvanti servizi d'interesse generale<sup>106</sup>.

In relazione alle controversie giudiziali statunitensi, si segnala una certa linea confusionaria rispetto alla questione relativa allo *status* dei conducenti di *Uber*, il cui inquadramento oscilla in relazioni a due tipologie: *lavoratori indipendenti o autonomi o lavoratori subordinati*.

Innanzitutto, si sottolinea che negli Stati Uniti, al fine di definire la corretta qualificazione di un rapporto di lavoro alquanto incerto, le Corti giudiziarie ricorrono a determinati criteri finalizzati ad accertare l'effettivo grado di dipendenza economica del lavoratore rispetto al proprio datore di lavoro. Se in ambito federale il criterio maggiormente utilizzato è quello denominato *economic reality test*, nondimeno non sempre le Corti statali hanno adottato il medesimo. Ed infatti, la Corte Distrettuale Californiana relativamente al *caso O'Connor*<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Nondimeno, seppur il servizio di trasporto pubblico non di linea londinese non preveda nessun contingentamento delle licenze necessarie per divenire conducenti di un "private hire vehicle" (qualifica che accomuna i *drivers* di *Uber*), nel settembre 2017 la "Transport for London" ha disposto il ritiro delle licenze di cui sopra per carenze in termini di responsabilità aziendale a causa di una serie di questioni relazionate con la sicurezza pubblica. Sul punto si rinvia al link <https://tfl.gov.uk/info-for/media/press-releases/2017/september/licensing-decision-on-uber-london-limited>

<sup>107</sup> Northern District of California, *O'Connor et al. vs. Uber*, n. C-13-3826, 11 marzo 2015. Con tale pronuncia, seppur transitoria stante il successivo accordo traslativo fra *Uber* e i ricorrenti, il giudice Chen aveva riconosciuto in via preliminare l'ambiguità del rapporto di lavoro instaurato fra *Uber* ed i suoi autisti in considerazione degli esiti del test effettuato che avevano evidenziato l'impossibilità di sancire la natura di "independent contractor" nei confronti dei suddetti *drivers*.

ha adottato il criterio sviluppato dalla Suprema Corte californiana in relazione alla causa *Borello*<sup>108</sup>. Il c.d. *Borello test* rappresenta un “test bifasico, il cui criterio costituito dal potere di controllo datoriale svolge il ruolo principale [...] (il cui fine non è tanto salvaguardare le esigenze di protezione della parte debole del rapporto, quanto semmai risolvere le questioni legate al tema della responsabilità sussidiaria delatore per il fatto del dipendente) [...] e soltanto nel caso in cui questo non abbia dato un risultato di netta prevalenza si utilizza una pluralità di criteri secondari”<sup>109</sup>. In considerazione di tutto ciò, negli Stati Uniti si mantiene tutt’ora un scenario incerto sull’effettiva configurazione giuridica del rapporto di lavoro intercorrente tra *Uber* e suoi autisti, stante la contraddittorietà di talune decisioni<sup>110</sup>.

In Inghilterra, la questione relazionata alla qualifica giuridica del *drivers* al servizio di *Uber* si sta rilevando più lineare rispetto al percorso statunitense. Ed infatti si segnala una sentenza deliberata il 28 ottobre 2016 dal Tribunale del lavoro<sup>111</sup> particolarmente rilevante, in quanto il giudice inglese aveva riconosciuto sussistenti talune elementi sufficienti a qualificare il rapporto di lavoro intercorrente fra *Uber* ed i suoi affiliati come un lavoro di rapporto subordinato. Pertanto, una decisione che aveva rigettato totalmente le linee difensive esposte dai legali di *Uber*, i quali avevano asserito la totale autonomia ed indipendenza degli autisti. Ciò nondimeno, qualificato preliminarmente *Uber* come una società di trasporto (e non pertanto come una mera società informatica d’intermediazione), il Tribunale inglese aveva riconosciuto ai soggetti affiliati alla compagnia californiana la natura legale di *workers* (escludendo di conseguenza l’opposta configurazione denominata *self-employed*), in quanto aveva accertato la loro soggezione ad un diretto controllo operato

<sup>108</sup> Supreme Court of California, *S.G. Borello & Sons, Inc. vs Department of Industrial Relations*, 48 Cal. 3d 341, 256 Cal, 23 marzo 1989

<sup>109</sup> E. Mostacci e A. Somma, *Op. Cit.* di cui alla nota 8, pag. 87

<sup>110</sup> Con un provvedimento del 3 giugno 2015, la *Labour Commission* di San Francisco, all’esito del test *Borelli*, ha riconosciuto la qualifica di lavoratrice subordinata alla ricorrente Barbara Ann Berwick, il cui testo è disponibile al seguente link <https://cdn.arstechnica.net/wp-content/uploads/2015/06/04954780-Page0-20.pdf>; nonchè, più recentemente il 9 giugno 2017 anche un giudice del *Department of Labour* dello Stato di New York ha riconosciuto eguale qualifica rispetto ai due autisti di *Uber* ricorrenti, come si ricava dal seguente articolo disponibile al link <http://www.nydailynews.com/new-york/n-y-judge-grants-uber-drivers-employee-status-article-1.3245310>. Nondimeno, talune pronunce si contrappongono all’orientamento sopra menzionato, come quella del *Department of Economic Opportunity* dello Stato della Florida in data 30 settembre 2015 che ha avvalorato la linea difensiva di *Uber*, riconoscendo la qualifica di lavoratori indipendenti dei suoi *drivers*. Testo disponibile al seguente link <http://miamiherald.typepad.com/files/uber-final-order-12-3-15.pdf>

<sup>111</sup> Employment Tribunal of London, n. 2202550 del 28 ottobre 2016. Disponibile in <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-employment-judgment-20161028-2.pdf>.

da *Uber*. Con tale pronuncia, ed in relazione alla qualificazione sopra evidenziata, è disceso per *Uber* l'obbligo di corrispondere ai suoi conducenti determinati diritti ascrivibili alla tipologia contrattuale ivi riconosciuta (ferie retribuite, un limite massimo di ore settimanali, un salario minimo)<sup>112</sup>.

In seguito alla sua impugnazione, la sentenza di cui sopra è stata recentemente confermata anche in appello<sup>113</sup>. Con quest'ultima pronuncia, i giudici inglesi hanno ribadito che i *drivers* lavorano, non *with*, ma *for Uber*, disattendo così l'argomentazione principale difensiva. Nello specifico, adottando il principio della realtà concreta rispetto alla volontà cartolare delle parti attraverso l'applicazione del *statutory test*, il giudicante ha convalidato l'assetto giuridico già delineato in primo grado rispetto al rapporto di lavoro tra *Uber* ed i suoi affiliati. Ed invero, la sentenza di appello ha delineato ulteriormente i confini del rapporto in questione, andando a individuare il *working time* dei *workers*. Ovvero, la configurazione dell'orario di lavoro si determina nel momento in cui si realizzano tre condizioni: a) la presenza dell'autista nel territorio; b) la connessione all'applicazione di *Uber*; c) la disponibilità del conducente ad accettare il viaggio. Dal verificarsi delle predette condizioni sorge in capo ai *drivers* determinate obbligazioni, stante la cessazione del rapporto di lavoro in caso di accettazione delle richieste di viaggio inferiore al dato dell'80%<sup>114</sup>.

Orbene, un precedente giurisprudenziale di assoluta rilevanza in considerazione del sistema giuridico in cui si inserisce basato sullo *stare decisis*, che indubbiamente permette di elevare la *ratio decidendi* estrapolabile dalla sentenza di cui sopra quale perno su cui fondare il ragionamento giuridico delle prossime pronunce.

### **3. Il caso *Uber* nell'ottica della CGUE: disamina del ragionamento logico-giuridico adottato.**

---

<sup>112</sup> Sul punto si rinvia a D. Cabrelli, *Uber e il concetto giuridico di "Worker": la prospettiva britannica*, in DRI, II, 2017, pag. 575 e ss.; inoltre si rinvia anche a S. Fredman et. al., *The Employment Status of Uber Drivers: A Comparative Report Prepared for the Social Law Project*, University of Oxford, 2017, pag. 1-95

<sup>113</sup> Employment Appeal Tribunal, n. UKEAT/0056/17/DA del 10 novembre 2017, disponibile in [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber\\_B.V.\\_and\\_Others\\_v\\_Mr\\_Y\\_Aslam\\_and\\_Others\\_UKEAT\\_0056\\_17\\_DA.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber_B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_DA.pdf)

<sup>114</sup> Per un maggior approfondimento delle questioni definite dalla sentenza d'appello in esame si rinvia a G. Pacella, *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*, LLI, Vol.3, No.2, 2017, pag. 53-60

La pronuncia dei giudici di Lussemburgo, avvalorando sostanzialmente il ragionamento giuridico delineato dall'Avvocato generale nel suo parere<sup>115</sup>, si è conclusa affermando che i servizi offerti da *Uber* debbano essere qualificati come servizi di trasporto.

Una conclusione che, se da una parte ha risolto la questione vertente sulla natura legale dei menzionati servizi, dall'altro lato ha sollevato ulteriori interrogazioni trasversali, in quanto relazionati con diversi ambiti giuridici: dal diritto concorrenziale, al diritto amministrativo e del lavoro, fino a pervenire al diritto contrattuale.

Innanzitutto, prima di entrare specificamente nel merito delle possibili conseguenze scaturenti dalla sentenza in esame, è doveroso scandire il ragionamento logico-giuridico sviluppato dalla CGUE per addivenire alle conclusioni ivi contenute. In primo luogo, il Collegio giudicante europeo ha predisposto il contesto normativo all'interno del quale inglobare le questioni racchiuse nella domanda di pronuncia pregiudiziale. Nello specifico, al fine di accertare la reale qualificazione giuridica dei servizi forniti da *Uber*, ha richiamato talune disposizioni di quelle direttive<sup>116</sup> disciplinanti i servizi elettronici offerti dalle società dell'informazione nel mercato unico<sup>117</sup>.

Orbene, esaminate le questioni all'interno del quadro normativo delineato dalle Direttive di cui sopra, la Corte potuto affermare che indubbiamente «un servizio d'intermediazione che consente la trasmissione, mediante un'applicazione per *smartphone*, delle informazioni relative alla prenotazione di un servizio di trasporto tra il passeggero e il conducente non professionista che, usando il proprio veicolo, effettuerà il trasporto soddisfa, in linea di principio, i criteri per essere qualificato servizio della società dell'informazione, ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, al quale rinvia l'articolo 2, lettera a), della

---

<sup>115</sup>Conclusioni dell'Avvocato Generale UE Szpunar sul caso *Uber* disponibili in <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-05/cp170050it.pdf>.

<sup>116</sup>Le disposizioni specificatamente richiamate sono state: l'art. 1, p.2, della Direttiva 98/34 all'interno del quale sono definiti i concetti di "servizio", "a distanza", "richiesta individuale di un destinatario di servizi"(nella stessa sentenza si è sottolineata l'abrogazione della citata Direttiva per effetto della Direttiva 2015/1535, nondimeno ha disposto la sua applicazione "ratione temporis" per il caso di specie); l'art. 2, lett. a) e l'art. 3, par. 2 e 4 della Direttiva 2000/31 concernenti la libera circolazione dei servizi forniti dalle società d'informazione nel mercato unico, nonché l'enunciazione di talune condizioni la cui sussistenza fonderebbe un'eventuale provvedimento statale limitativo dei servizi di cui sopra; il considerando 21, l'art. 2, par. 2, lett. d) della Direttiva 2006/123 ed i capitoli III e IV della Direttiva 2006/123 concernenti l'esclusione dei servizi di trasporto dalla disciplina della libera circolazione dei servizi e della libertà di stabilimento dei suoi prestatori. Si rinvia ai punti 3-10 della sentenza di cui alla nota 1

<sup>117</sup>Si precisa inoltre che il "Juzgado Mercantil" catalano, oltre a raffigurare le due possibili alternative oscillanti fra "il servizio di trasporto" o "il servizio elettronico fornito dalla società d'informazione", aveva prefigurato invero una terza eventualità: ovvero, che il servizio di *Uber* potesse rappresentare addirittura un ibrido delle due configurazioni di cui sopra. Sul punto rinvio alla domanda di pronuncia pregiudiziale di cui alla nota 2

direttiva 2000/31»<sup>118</sup>.

Nondimeno, con riferimento al servizio fornito nel caso di specie, ha rilevato nel contempo non si è limitato solamente a mettere in contatto le parti costituente la domanda e l'offerta, bensì rappresenta il vero presupposto costitutivo del servizio trasporto urbano effettuato dai conducenti non professionisti con il proprio veicolo in proprietà. Ovvero, senza il servizio d'intermediazione targato *Uber*,

«Tali conducenti non sarebbero indotti a fornire servizi di trasporto, ...(così come) le persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana non ricorrerebbero ai servizi di tali conducenti»<sup>119</sup>.

Altresì, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto in capo ad *Uber*, in quel che è il cuore della sentenza, l'esercizio di un'influenza determinante sulle condizioni delle prestazioni eseguite dai suoi *drivers*.

Per la precisione, ha accertato la sussistenza di taluni elementi<sup>120</sup> che delineano indubbiamente un potere organizzativo e di controllo di *Uber* sul servizio complessivamente fornito<sup>121</sup>, fra i quali: la fissazione tramite l'applicazione del prezzo massimo della corsa, il controllo sia qualità dei veicoli che dei conducenti, che sullo stesso comportamento tenuto da quest'ultimo, pena la cessazione del rapporto di lavoro<sup>122</sup>.

Orbene, in considerazione di quanto sopra esposto, la Corte ha concluso affermando che «il servizio d'intermediazione deve quindi essere considerato parte integrante di un servizio complessivo<sup>123</sup> in cui l'elemento principale è un servizio di trasporto e, di conseguenza,

---

<sup>118</sup> Si rinvia al punto 35 dalla sentenza di cui alla nota 1

<sup>119</sup> Si rinvia al punto 39 dalla sentenza di cui alla nota 1

<sup>120</sup> Si rinvia al punto 39 dalla sentenza di cui alla nota 1

<sup>121</sup> *UBER* imposta o coordina i prezzi per mezzo di un algoritmo. Tale configurazione può essere vista come un cosiddetto cartello "hub-and-spoke". In un tale cartelli i membri al loro interno non comunicano direttamente per allineare i loro comportamenti commerciali, in quanto l'organizzazione ed il controllo del predetto cartello è affidata ad un terzo soggetto, il c.d. intermediario. Così J. Nowag, *UBER between Labour and Competition Law, Vol 3 LSEU, 2016, pag. 95-104*

<sup>122</sup> Sul punto rinvia ad un'intervista effettuata nei confronti di A. Aloisi e V. De Stefano, *Dall'Europa uno schiaffone a Uber (che però ora può risorgere)*, del 21 novembre 2017, disponibile in <http://www.linkiesta.it/article/2017/12/21/dalleuropa-uno-schiaffone-a-uber-che-pero-ora-puo-risorgere/36575/>; nonché sulla questione per ulteriori approfondimenti si rinvia anche a G. Milizia, *Uber è un servizio di trasporto e come tale deve essere disciplinato dagli Stati, Diritto & Giustizia, fasc.206, 2017, pag. 10*

<sup>123</sup> È interessante notare che l'espressione "servizio complessivo", adoperata dalla CGUE per relazionare in modo indissolubile il servizio d'intermediazione con il settore dei trasporti, ricalca in modo pressoché coincidente con la seguente terminologia "servizio integrato di trasporto" utilizzata da B. Calabrese nella nota a sentenza *cit.* di cui alla nota 16 in relazione all'ordinanza del Tribunale di Milano, Sez. specializzata in materia d'impresa, del 9 luglio 2016

rispondente non alla qualificazione di servizio della società dell'informazione, ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, cui rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31, ma di servizio nel settore dei trasporti, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123»<sup>124</sup>.

Pertanto, dalla qualificazione operata nella conclusione di cui sopra, derivano due dirette conseguenze per il servizio sottoposto al vaglio della CGUE<sup>125</sup>: da un lato, si prefigura la sua esclusione dalla disciplina relativa alla libera prestazione dei servizi in generale di cui all'art. 56 TFUE; dall'altra parte, si dispone il suo conseguente inquadramento nell'ambito di cui all'art. 58, par. 1 TFUE, il quale sancisce che «la libera circolazione dei servizi, in materia di trasporti, è regolata dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti».

Dopodiché, il passaggio dall'art. 58 di cui sopra all'accertamento di concorrenza sleale operato da *Uber* è lineare ed immediato. È doveroso segnalare che ancora oggi né il Parlamento europeo né il Consiglio dell'Unione europea hanno proceduto ad adottare nessuna disposizione o misura comune in relazione ai servizi di trasporto non collettivi in aerea urbana, così come previsto nell'art. 91, par. 1 del TFUE.

Pertanto, stante l'assenza di una politica comune dei trasporti, ne consegue che spetta agli Stati membri disciplinare, in ossequio delle norme generali contenute nel TFUE, le condizioni di prestazione di quei servizi d'intermediazione, come quello oggetto del procedimento, integranti un complessivo sistema di servizi ascrivibile al settore dei trasporti<sup>126</sup>.

Quindi, con riferimento al caso di specie, ne è derivato che le attività realizzate da *Uber* senza il rilascio di alcuna autorizzazione amministrativa, in ossequio al Regolamento Metropolitano del Taxi, hanno comportato una violazione delle predette norme, e pertanto hanno costituito pratiche ingannevoli ed atti di concorrenza sleale ai sensi della rispettiva disciplina ivi prevista.

Invero, una conclusione dagli esiti imprevedibili, stante la sussistenza di un orientamento giurisprudenziale, seppur minoritario, impostato su una linea completamente opposta<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Si rinvia al punto 40 dalla sentenza di cui alla nota 1

<sup>125</sup> Si rinvia al punto 44 dalla sentenza di cui alla nota 1

<sup>126</sup> Si rinvia al punto 46-47 dalla sentenza di cui alla nota 1

<sup>127</sup> L'orientamento di configurare *Uber* quale impresa organizzatrice di un servizio di trasporto non è mai stato univoco e pacificamente condiviso, in quanto sussistono pronunce di orientamento contrapposte, tra i quali si segnala la recente ordinanza del Tribunale di Roma, Sez. specializzata in materia d'impresa, R.G.N. 25857/2015 del 26 maggio 2017, con la quale, in sede di reclamo, ha capovolto la prima ordinanza, riconoscendo *Uber* –convenuta in giudizio per i servizi prestati in questo caso con l'app *UberBlack*– come

#### 4. Breve analisi sulle possibili implicazioni trasversali derivanti dalla sentenza.

La sentenza della CGUE, riconoscendo *Uber* come società adibita a fornire servizi complessivamente iscrivibili all'interno del settore dei trasporti, solleva a suo modo ulteriori interrogativi.

Pertanto, le implicazioni derivanti dalla qualificazione di cui sopra non si manifesterebbero indubbiamente nel solo ambito concorrenziale<sup>128</sup>, bensì andrebbero a investire ulteriori contesti giuridici.

Nello specifico, le principali questioni si svilupperebbero in quelle discipline in cui si paventerebbe maggiormente uno squilibrio fra le parti protagoniste in questo *ménage à trois*. *Uber*, in quanto soggetto garante dell'intermediazione fra i conducenti (in termini generali il c.d. prestatore o fornitore del servizio) e l'utenza, instaura inevitabilmente relazioni sia con l'una che con l'altra categoria.

Ed invero, anticipando già da ora che le conclusioni contenute nella sentenza potrebbero costituire l'architrave attraverso cui legittimare una reale distinzione fra i modelli economico-organizzativi della *sharing economy* e della *gig economy*, tali relazioni non si svilupperebbero orizzontalmente fra soggetti alla pari (sulla base del c.d. modello *peer-to-peer*), bensì avverrebbero in modalità verticale.

In considerazione di tutto ciò, subentrerebbe un'esigenza finalizzata a garantire le parti contrattualmente più deboli del rapporto contrattuale, ovvero rispettivamente il fornitore del servizio e l'utente consumatore. È doveroso specificare che nel momento in cui l'intermediatore opera attivamente sul mercato, e perciò eccedendo le mere attività d'intermediazione, la configurazione più corretta sarebbe quella vertente a riconoscerli come controparti di due distinti rapporti contrattuali: "il primo tra il fornitore del bene o

---

una mera società dell'informazione, ed escludendo pertanto qualsiasi violazione di norme pubblicistiche tali da configurare eventuali atti lesivi di concorrenza sleale. Altresì, si segnala in materia invero l'orientamento della Commissione europea che con una comunicazione del 29.6.2016 in risposta a una determinata petizione sollevata. Quest'ultima ha asserito espressamente che "Uber, infatti, non sembra offrire direttamente servizi di taxi nel Regno Unito, ma pare piuttosto fungere da intermediario elettronico per servizi di trasporto urbano offerti da terzi. In quanto tale, pertanto, non può essere considerato dominante sul mercato", il cui testo è disponibile in [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/PETI/CM/2016/1010/1099715IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/PETI/CM/2016/1010/1099715IT.pdf)

<sup>128</sup> Sul punto si rinvia a G. Resta, *Uber di fronte alle corti europee*, Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II), fasc. 2, 2017, pag. 330 e ss.

servizio e la piattaforma online e il secondo tra quest'ultima e l'utente finale"<sup>129</sup>.

Orbene, in relazione a questa condivisa configurazione<sup>130</sup> emergerebbe l'esigenza di tutela di cui sopra.

#### 4.1. Riflessioni giuridiche sul controverso rapporto lavorativo fra Uber ed i suoi drivers.

Un dilemma, quello relativo al corretto inquadramento giuridico del rapporto di lavoro intercorrente tra *Uber* ed i *drivers*, che ha trovato ampio seguito specialmente nei Paesi di *common law*<sup>131</sup>. Nondimeno, seppur assente una consolidata giurisprudenza nei sistemi di *civil law* sul tema in questione, la dottrina ha già iniziato a sviluppare le prime riflessioni in relazione a quale tipologia contrattuale includere i c.d. *lavoratori on demand*. Una categoria eterogenea (stante le differenti forme di lavoro che aggruppa al proprio interno) rappresentativa dei nuovi modelli produttivi ed organizzativi affermatosi con il progressivo avvento tecnologico. Un fenomeno, quello manifestatosi attraverso *servizi on demand*, che ha rivoluzionato le tradizionali forme d'impiego predisponendo le condizioni per lo sviluppo del c.d. *crowdsourcing*<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> A. De Franceschi, *Le piattaforme nel mercato unico digitale: il caso Uber*, *Seminari di diritto privato*, Bocconi University, Milano, 2016, pag. 14-15.

L'autore, riprendendo le conclusioni sviluppate dal Consiglio di Stato (Sez.I, n.3586 del 23 dicembre 2015) in risposta ad una questione sottopostagli dal Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno, ha evidenziato come lo schema contrattuale intercorrente fra piattaforma intermediatrice-prestatore del servizio-utente fosse caratterizzato da una fattispecie doppiamente bilaterale che si pone al vertice di due distinti rapporti non legati direttamente tra loro: "la società che gestisce la piattaforma informatica, che da una la to è legata da una prestazione sinallagmatica con il fruitore del servizio di trasporto ed annessi servizi telematici e finanziari, dall'altra è legata al trasportatore a cui riconoscerà una parte del compenso ricevuto quale remunerazione dell'attività esercitata in favore di terzi".

<sup>130</sup> M. Colangelo e V. Zeno-Zencovich, *La intermediazione online e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 1, 2015, pag. 43 ss.

Gli autori evidenziano come le piattaforme on-line realizzino modelli mercati a due o più versanti (altrimenti detto "two-sided") Ovvero, un modello che "si caratterizza per avere due gruppi di utilizzatori, distinti ma interdipendenti, che procurano l'un l'altro benefici di rete e in cui un'impresa opera come una piattaforma: in sintesi, quest'ultima vende due prodotti differenti ai due gruppi di agenti, dipendendo la domanda di un gruppo dalla domanda dell'altro e, possibilmente, viceversa".

<sup>131</sup> Per un breve excursus del si rinvia al paragrafo 2, lett. d) di cui sopra

<sup>132</sup> Termine inglese derivante dall'unione di due parole: "crowd" che sta per "folla" ed "outsourcing" che significa "approvvigionamento esterno", ossia si intende quell'atto di affidare alcune parti del processo produttivo (c.d. esternalizzazione) ad altre imprese o soggetti incaricati. Nondimeno, un concetto carente di una definizione certa ed univoca, il cui suo primo sviluppo lo si deve a J.Howe, *Crowdsourcing: How the Power of the Crowd is Driving the Future of Business*, Business Books, Great Britain, 2008; sul punto si rinvia anche a E.Estellés-Arolas e F. González, *Towards an integrated crowdsourcing definition*, *Journal of information science*, XX, 2012, pag. 1-12; L. Briganti, *Il crowdsourcing*, Seminario di cultura digitale

Con tale espressione si descrive l'esternalizzazione di determinati compiti o fasi del processo produttivo da parte del committente (*crowd sourcer*) ad un'indeterminata quantità di soggetti interessati ad offrire i propri servizi (*crowd*), e ciò attraverso una *open call* su piattaforme<sup>133</sup>, il cui conferimento dell'incarico può avvenire tramite assegnazione diretta, sovente sulla base del punteggio acquisito in relazione ai feedback complessivi<sup>134</sup>, o mediante l'indizione di un concorso attraverso il quale si seleziona il miglior progetto o la migliore selezione<sup>135</sup>.

Nondimeno, una forma di lavoro che si caratterizza per la sua elevata eterogeneità (stante la varietà di servizi offerti tramite piattaforme, o le differenti competenze o specializzazioni della forza lavoro) che aggrava le difficoltà relazionate al suo corretto inquadramento giuridico, oltre a quelle già derivanti dalla mancanza di una condivisione definizione. L'unico minimo comune denominatore conseguente a questa *precarizzazione* dei rapporti di lavoro tra il datore di lavoro (il c.d. gestore della piattaforma) e gli agenti della produzione o artigiani dei servizi è l'iper-frammentazione di quella che una volta si sarebbe definita mansione<sup>136</sup>.

In relazione alla presente figura lavorativa, rappresentante evolutivo del classico lavoro precario, l'innovazione tecnologica ha contribuito a specificare talune intrinseche caratteristiche tali da determinare un suo necessario discostamento rispetto a tradizionali

---

2012/2013, pag. 3-5 disponibile in <http://www.labcd.unipi.it/wp-content/uploads/2015/01/Luca-Briganti-Crowdsourcing.pdf>;

L. Hetmank, Components and Functions of Crowdsourcing Systems: A Systematic Literature Review, International Conference on Wirtschaftsinformatik, Leipzig, 2013, pag. 55-69; M. Pinto, L'Equity Based Crowdfunding in Italia al di fuori delle fattispecie regolate dal "Decreto Crescita", *Le Società*, 2013, pag. 818

<sup>133</sup> E. Dagnino, *Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on - demand economy*, *Adapt labour studies*, 2015, pag.1-18

<sup>134</sup> G. Pacella, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, vol. 3, no. 1, 2017, pag. 1 - 34

<sup>135</sup> M. Lai, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.4, 2017, pag. 985 ss. L'autore effettua una dettagliata analisi del lavoro nell'attuale era della digitalizzazione, andando ad approfondire inoltre la recente L.81 del 22 maggio 2017 disciplinante il c.d. "smart working". Nondimeno, oltre a questi ulteriori spunti riflessivi, è doveroso concludere la parentesi di cui sopra relativamente al "crowdsourcing" segnalando che può configurarsi internamente, cioè all'interno della struttura aziendale, od esternamente, cioè tramite la c.d. esternalizzazione di compiti o mansioni a soggetti estranei al tessuto aziendale. Quest'ultima tipologia di "crowdsourcing" è quella rincorrente nelle economie *on-demand*.

<sup>136</sup> A. Aloisi, *Il lavoro a chiamata e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*; *Labour & Law Issues*, vol. 2, n.2, 2016, pag. 22. L'autore prosegue il discorso di cui sopra evidenziando come solo in una fase successiva al c.d. frazionamento in fasi o cicli del lavoro tramite affidamento a soggetti esterni avviene la complessiva fusione del processo produttivo, anche grazie all'apporto di sistemi di assemblaggio usufruenti di appositi algoritmi.

istituti organizzativi caratterizzanti le odierne relazioni industriali<sup>137</sup>, quali: esternalizzazione, appalto<sup>138</sup>, intermediazione, subfornitura.

In linea di principio, il *crowdsourcing* conseguente all'intermediazione realizzata attraverso l'impiego delle piattaforme elettroniche è indirizzato a qualificare i *crowd* quali lavoratori autonomi.

Invero, una qualificazione svincolata dall'accettazione e sottoscrizione che i lavoratori-utenti dovrebbero effettuare rispetto alle condizioni generali predisposte unilateralmente dall'impresa realizzatrice del *marketplace* al cui interno desidererebbero operare<sup>139</sup>.

Orbene, si configurerebbe un'asimmetria informativa che garantirebbe altresì alla predetta impresa un esonero dagli eventuali rischi conseguenti all'esecuzione del servizio offerto. Come evidenziato in dottrina, le piattaforme non si limitano ad organizzare un mercato digitale per la fornitura di beni e/o servizi, bensì, consentendo l'accesso ad una platea indefinita di risorse umane, creano le condizioni per formare un mercato del lavoro fortemente concorrenziale<sup>140</sup>.

Pertanto, le conseguenze per i lavoratori-utenti derivanti da questo moderno modello produttivo ed organizzativo imperniato principalmente sulle innovazioni apportate dallo sviluppo tecnologico sono, affermandolo senza nessun eufemismo, alquanto problematiche.

---

<sup>137</sup> A. Aloisi, *Op. cit.* di cui alla nota 52, pag. 24-25

<sup>138</sup> Lo stesso Ministero del Lavoro, in risposta ad uno specifico interpello di Confindustria (n. 12 del 27 marzo 2013), aveva dichiarato che le attività d'intermediazione realizzate tramite il "crowdsourcing" sarebbero finalizzati alla stipulazione di contratti di natura commerciale, quali ad esempio l'appalto. In relazione a tutto ciò, aveva escluso pertanto l'autorizzazione di cui all'art. 4 del D.Lgs 273/2003, sancendo orbene la legittimità del "crowdsourcing". Così A. Donini, *Mercato del lavoro sul web: regole ed opportunità*, *Diritto delle relazioni industriali*, fascic. 2, 2015, pag. 433 ss.

Nondimeno, l'autrice ha smentito la linea interpretativa ministeriale, in quanto difficilmente sussiste in capo al lavoratore-utente l'organizzazione dei mezzi di produzione caratterizzante la tipologia contrattuale dell'appalto. Invero, il "crowdsourcing" racchiuderebbe il rischio di favorire un'identificazione del lavoro con la merce da scambiare, in quanto l'esternalizzazione di talune fasi del processo produttivo si realizzerebbe tramite l'acquisto del prodotto finito da parte dell'utenza. Invero, il lavoro svolto tramite il "crowdsourcing", realizzato attraverso l'intermediazione di una piattaforma elettronica, implicherebbe il pieno coinvolgimento dell'utente-lavoratore, sovente collocato in una posizione di evidente debolezza contrattuale rispetto al responsabile dell'intermediazione (nonché gestore stesso della piattaforma), il quale è solito a predisporre delle condizioni che il lavoratore utente non può in alcun modo contrattare. Egli si troverebbe dinanzi ad un bivio rappresentato da due strade: accettare le suddette condizioni, o rifiutarle con rinuncia al lavoro. Orbene, la soluzione più congeniale rispetto al menzionato fenomeno sarebbe quella di ricondurlo all'interno di schemi contrattuali gius-lavoristici (per la precisione, contratti di lavoro autonomo o di lavoro subordinato), escludendo pertanto il ricorso a figure contrattuali tipicamente privatistiche.

<sup>139</sup> V. De Stefano, *The rise of the "just-in-time work force": on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"*, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2015, pag. 9

<sup>140</sup> P. Tullini, *Economia digitale e lavoro non-standard*, *Labour & Law Issues*, Vol. 2, n. 2, 2016, pag. 9

Oltre alle incerte entrate relazionate sia che alla variabile della mera richiesta dell'utente, subentrano ulteriori questioni<sup>141</sup> in considerazione della loro sottrazione rispetto alle tutele assegnate al lavoro subordinato, fra le quali: la tutela della salute; il sistema dei *feedback*<sup>142</sup>; le difficoltà di organizzare un'azione collettiva.

In considerazione a tutto ciò, si è sviluppata la questione di fondo relativa all'individuazione della soluzione più garantista<sup>143</sup> per questi lavoratori selezionati ed incaricati per mezzo di piattaforme elettroniche.

In relazione alla predetta questione, le risposte maggiormente favorevoli sono state elaborate da una giurisprudenza particolarmente attenta e lungimirante rispetto alle trasformazioni in atto nell'attuale contesto, sovente ribattezzato con il nome di *Industria 4.0*<sup>144</sup>. Ed infatti, riprendendo in particolare modo la sentenza inglese<sup>145</sup> su *Uber* di cui sopra, hanno riconosciuto la sussistenza di taluni elementi nel rapporto fra la società californiana ed i suoi *drivers* rappresentativi del vincolo della subordinazione<sup>146</sup>.

Al fine di ampliare l'attuale disamina giuslavorista, si segnala una recente sentenza brasiliana<sup>147</sup> che ha riconosciuto il suddetto vincolo sulla base di determinati

---

<sup>141</sup> E. Dagnino, *Op. cit.* di cui alla nota 49

<sup>142</sup> G. Pacella, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, *Labour & Law Issues*, Vol. 3, n.1, 2017, pag.

L'autrice, riprendendo talune conclusioni contenute nella sentenza dell'Employment Tribunal di Londra del 28 ottobre 2016, ha evidenziato come il sistema dei feedback sia un aspetto così centrale nell'ambito dell'economy in demand a tale punto che possono configurarsi vere e proprie sanzioni, tra l'altro anche estintive (quando si dispone la cessazione del rapporto di lavoro), qualora un determinato lavoratore on-demand possieda un certo numero di recensioni negative. Oltre a queste drastiche misure, il sistema dei feedback di per sé permette di realizzare un controllo a distanza e di monitoraggio sulla quantità e qualità dell'attività svolta dal prestatore del servizio. In relazione a quanto esposto, l'autrice si interroga se questi sistemi di feedback possano essere sussunti nella fattispecie dei controlli datoriali sulle prestazioni di lavoro; nonché, in caso di risposta affermativa, se debbano essere considerati pertanto forme di controllo lecito. Sul punto si rinvia anche a A. Rosenblat e L. Stark, *Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers*, *International Journal Of Communication*, 2016, 3758–3784

<sup>143</sup> A. Donini, *Regole della concorrenza e attività di lavoro nella on demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda Uber*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.1, 2016, pag. 46

<sup>144</sup> M. Tiraboschi, *Ricerche Smart working e digitalizzazione del lavoro. Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.4, 2017, pag. 921 ss.

<sup>145</sup> Si rinvia alle note 27 e 29. È doveroso rammentare che le citate sentenze non hanno riconosciuto lo status di self-employed, bensì invero quello di "workers" attributivo di ferie, di un salario minimo e di un monte-ore settimanale massimo.

<sup>146</sup> L. Munerati, *Conducenti Uber: imprenditori o parasubordinati?* in *LPO*, 2017, pag. 3-5

<sup>147</sup> G. Pacella, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra uber e gli autisti*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.3, 2017, pag. 56 ss.

Dalla sentenza del Tribunale del lavoro di Belo Horizonte l'autrice ha rilevato quegli elementi di cui sopra che per il giudice brasiliano hanno costituito la costituzione di un rapporto di subordinazione. In particolare, con riferimento alla personalità si è evidenziato che Uber chieda ai propri conducenti la consegna dei propri documenti personali, oltre a sottoporli a dei test psicologici e ad analizzare le loro precedenti esperienze

elementi strutturali, fra i quali: la personalità, l'onerosità, la continuità, nonché la direzione e la dipendenza.

Orbene, il fondamento della condizione giuridica di subordinazione lo si è individuato, non tanto sul piano dell'interesse creditorio del destinatario della prestazione on-line, quanto piuttosto in relazione al potere organizzativo e di controllo riconosciuto nei confronti dell'intermediario digitale<sup>148</sup>.

Invero, parte della dottrina<sup>149</sup>, stante le difficoltà incontrate ad estendere il quadro protezionistico subordinato anche nei confronti dei *lavoratori on-demand*, ha prospettato la possibilità di estendere a quest'ultimi la tutela giuridica predisposta per il consumatore. Indubbiamente, la presenza di clausole generali già prefissate unilateralmente dall'impresa intermediaria rappresenta un aspetto assimilante le due figure soggettive.

#### 4.1. Riflessioni giuridiche in ambito privatistico sulla relazione intercorrente fra l'intermediatore e l'utente.

Orbene, in relazione al rapporto contrattuale che si instaura fra la parte intermediatrice e la rispettiva controparte rappresentata dall'utente, è doveroso innanzitutto rammentare che nel seguente contesto non trova applicazione il modello relazionale *consumer-to-consumer* (C2C), stante l'insussistenza di una relazione tra parti (ovvero, *peer-to-peer*).

Pertanto, esclusa l'applicazione della disciplina di diritto comune che sarebbe conseguita al riconoscimento del modello di cui sopra<sup>150</sup>, l'attuale relazione deve essere ricondotta

---

professionali. Per quanto riguarda l'onerosità della prestazione eseguita dal "driver", la cui sussistenza attesterebbe la sinallagmaticità della relazione tra le parti, il giudice ha accertato che esso è puntualmente retribuito, con cadenza settimanale, dalla società californiana, la quale aveva ricevuto il corrispettivo dal cliente in precedenza. In relazione alla continuità della prestazione, la Corte brasiliana l'ha dedotta dalla disponibilità dell'autista sussistente anche nel momento in cui non sta eseguendo nessuna corsa, ma risulta ugualmente connesso all'app e quindi in attesa. Invece, con riferimento al potere di controllo inutile richiamare quanto già detto in precedenza sulla portata dei c.d. sistemi di feedback.

<sup>148</sup> P. Tullini, Op. Cit. di cui alla nota 56

<sup>149</sup> In particolare, l'autore (M. Lai, Op. Cit. di cui alla nota 51) ha evidenziato come la disciplina di tutela del consumatore, oltre a garantire determinati diritti della persona, riconosca la rilevanza da altri diritti, fra i quali quello relativo ad un'adeguata informazione sui contenuti dello scambio, nonché il rispetto delle regole di trasparenza, correttezza ed equità. Altresì, la disciplina europea prevede ulteriori garanzie in tema di privacy e proprietà industriale.

<sup>150</sup> G. Smorto, *I contratti della sharing economy*, Il foro italiano, V, 2015, pag. 3

L'autore, nel corso della sua analisi, evidenzia come il contratto concluso tra le parti private ("P2P") debba necessariamente rientrare nell'ambito della disciplina di diritto comune, in quanto l'interazione tra soggetti private non professionisti raggiunge la miglior assetto di interessi laddove non vi è nessun intervento predisposto dall'ordinamento sull'accordo pattuito dalle parti, salvo in taluni casi eccezionali per ragioni attinenti all'esistenza di conseguenze su terzi o sulla collettività.

all'interno dello schema *business-to-consumer* (B2C). In considerazione di tutto ciò, ne consegue *de jure* la protezione accordata all'acquirente del bene e/o del servizio offerto nel *marketplace* istituito dalla controparte intermediatrice<sup>151</sup>.

Nondimeno, seppur pacifica appare la sussunzione della relazione oggetto dell'attuale disamina all'interno del modello B2C, parimenti sussistono talune preliminari questioni di fondo<sup>152</sup> la cui loro indeterminatezza pregiudica l'effettiva tutela dell'utente-consumatore. In primo luogo, è essenziale determinare la corretta qualificazione della piattaforma: ovvero, se si tratta di una società d'informazione o se all'opposto debba essere considerata quale fornitore di beni o servizi.

Ebbene, nell'attuale silenzio della legislazione sia europea che nazionale degli Stati membri, gli unici indicatori reperibili sono quelli indicati in talune norme di *soft law*, nonché quelli estrapolabili attraverso uno studio comparato giurisprudenziale.

In relazione a quest'ultimo è superfluo rammentare il contributo interpretativo che, al fine di risolvere questioni attinenti in materia di concorrenza sleale o di rapporti di lavoro, hanno apportato le competenti autorità giurisdizionali nell'individuare la natura giuridica della piattaforma. Invero, riguardo alle menzionate normative di *soft law* si segnala che la loro elaborazione in sede europea rappresenta inequivocabilmente un indice rivalutativo sulla reale portata dell'economia collaborativa<sup>153</sup>.

La Commissione europea nella sua comunicazione su un'agenda europea per l'economia collaborativa<sup>154</sup> ha affermato che sussistono taluni criteri fattuali o legali rilevatrici del livello di controllo o influenza esercitato dalla piattaforma rispetto al servizio offerto dal fornitore.

---

<sup>151</sup> Nel modello "business-to-consumer" si applica la disciplina relativa alla tutela del consumatore, stante la debolezza strutturale per ragioni di forza economica e di asimmetrie informative che caratterizza uno dei contraenti. Così G. Smorto, *Op. cit.* di cui alla nota 66

<sup>152</sup> C. Busch et al., *The rise of the platform economy: a new challenge for UE Consumer Law*, *Journal of European Consumer Market Law*, 2016, pag. 3 ss.

<sup>153</sup> È stato per primo un parere emesso dal Comitato economico e sociale nel 2014 ad evidenziare l'impatto dell'economia della condivisione e della collaborazione sui tradizionali modelli di produzione e scambio. Lo stesso parere, riconducendo il fenomeno in questione all'interno della nozione di "sharing economy", si è spinto invero a prevedere che solo attraverso queste pratiche fondate sulla collaborazione e la condivisione potranno risolvere la crisi economica e finanziaria, oltre a fornire le risposte più adeguate rispetto alle questioni sociali (parere 2014/C 177/01) disponibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=IT>

Altresì, lo stesso Comitato si è ulteriormente espresso nel 2016 sul tema "L'economia della condivisione e l'autoregolamentazione" (parere 2016/C 305/05) disponibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AE0933&from=IT>

<sup>154</sup> COM(2016) 356 final, Bruxelles, 2016, pag. 6  
disponibile in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF>

Fra i criteri-chiave considerati, i quali devono essere accertati sempre caso per caso, si menzionano: 1) la fissazione da parte della piattaforma del prezzo finale; 2) l'inserimento di ulteriori condizioni e/o termini, oltre al prezzo, incidenti su ambedue i rapporti contrattuali; 3) il possesso da parte della piattaforma di alcune risorse essenziali per la fornitura del servizio.

Nondimeno, sulla base di un raffronto fra la suddetta comunicazione con la sentenza della CGUE sul *caso Uber*, si è evidenziato nel pensiero dei giudici del Lussemburgo un livello maggiore di responsabilità per le piattaforme, in quanto non hanno ritenuto essenziale la proprietà in capo alla piattaforma di talune risorse funzionali alla prestazione del servizio. Una linea, quella sviluppata dalla Corte europea, che secondo autorevole dottrina deve essere pacificamente condivisa, in quanto nel valutare l'effettivo ruolo della piattaforma si concentra maggiormente sulla quantità di influenza esercitata nel processo di formazione dell'accordo<sup>155</sup>.

In conclusione, l'identificazione delle parti di un contratto è fondamentalmente una questione di interpretazione comprensiva non solamente della dichiarazione di intenti contenuta nei termini del servizio, bensì soprattutto del contesto in cui è stata fatta la dichiarazione<sup>156</sup>.

In secondo luogo, accertato il vero ruolo contrattuale rivestito dalla piattaforma digitale, discende l'onere di individuazione a obblighi la suddetta parte del contratto debba sottostare.

Invero, la sottoscrizione di quelle condizioni predisposte unilateralmente rispetto ai prestatori interessati ad operare nel rispettivo *marketplace* assolvono lo scopo primario di esonerare la piattaforma da qualsiasi responsabilità per le informazioni determinata in base alla *deroga di hosting* contenuta nell'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico, in quanto determinerebbe la loro qualificazione come mere società dell'informazione. Nondimeno, richiamando la Comunicazione sull'agenda dell'economia collaborativa di cui

---

<sup>155</sup> A. De Franceschi, *Uber Spain e "Identity Crisis" delle piattaforme online*, Journal of European Consumer and Market Law, fascic. I, 2018, pag. 2

Altresì, l'autore ha evidenziato una sovrapposizione tra la deroga di cui all'art. 14 (Direttiva sull'E-Commerce) e la dovuta diligenza richiesta alle piattaforme online riconosciute come "negoziatori" nell'art. 5 della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (Direttiva 2005/29 CE dell'11 maggio 2005). Per la precisione, questo dovere di attivazione fissato nell'ultima direttiva comporterebbe un ulteriore restringimento dell'ambito applicativo della menzionata deroga. Orbene, questa incompatibilità manifesta invero la necessità di una regolamentazione in sede europea rispetto alle questioni sollevate dall'impiego sempre più massiccio delle piattaforme digitali.

<sup>156</sup> C. Busch et al., *Op. cit.* di cui alla nota 68

sopra, la Commissione europea ha definito i contorni entro i quali è possibile godere della predetta deroga precisando che rimane limitata alla sola fornitura di servizi di *hosting*; altresì ha sollecitato che parimenti tutte le piattaforme digitali debbano assumere un comportamento responsabile attraverso l'adozione di azioni volontarie<sup>157</sup>. Ad ogni modo, qualora si dovesse riconoscere alla piattaforma il ruolo di partner contrattuale del cliente in merito al contratto di fornitura stesso, ne conseguirebbe indubbiamente la soggezione agli obblighi<sup>158</sup> previsti sia dalla citata Direttiva sull'*e-commerce* che da quella sui diritti del consumatore<sup>159</sup>.

### 5. Alcune osservazioni conclusive sulla reale dicotomia fra *sharing economy* e *gig economy*.

In considerazione di quanto complessivamente esposto sopra, è evidente l'incertezza giuridica che ha accompagnato questo nuovo fenomeno economico che ha scardinato i tradizionali modelli di produzione e di scambio.

Invero, un'incertezza che si è manifestata perfino rispetto alla terminologia impiegata per definire l'avvento del mercato digitale. Ed infatti, è stato un susseguirsi di nozioni e definizioni (si rammentano, solo per citarne alcuni, *sharing economy*, *rental economy* o *gig economy*) in taluni casi ritenuti intercambiabili, in altri rappresentati quali sottoinsieme rispetto alla nozione di *sharing economy*.

Ebbene, è rispetto a queste concettualizzazioni che la CGUE con la sua recente sentenza sul *caso Uber* può rappresentare un valido ed autorevole punto di riferimento attraverso cui procedere alle dovute differenziazioni.

Nondimeno, il contributo estrapolabile dalla sentenza non può che rappresentare un singolo pezzo di un vasto mosaico.

Dal quadro complessivo desumibile dagli spunti giurisprudenziali e dottrinali apportati sul tema, emergono talune problematiche di fondo che necessitano di una risoluzione urgente in considerazione delle esigenze giuridiche in gioco, fra le quali: la protezione del

<sup>157</sup> A. De Franceschi, *Op. cit.* di cui alla nota 71

<sup>158</sup> C. Wendehorst, *Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive*, *Journal of European Consumer Market Law*, 2016, pag. 30 ss.

<sup>159</sup> Direttiva 2011/83 UE del 25 ottobre 2011

prestatore il servizio e dell'utente-consumatore, la salvaguardia della leale concorrenza, la protezione dei dati personali possedute dalla piattaforma, la tutela delle condizioni di accesso al mercato.

Orbene, per sviluppare la soluzione più adeguata ed efficace rispetto alle menzionate questioni è prioritario innanzitutto differenziare i singoli modelli produttivi e di scambio sussistenti nel mercato digitale, evitando una loro controproducente concentrazione. Ebbene, sulla base delle riflessioni complessivamente evidenziate nella presente trattazione, è doveroso affermare la dicotomia sussistente fra *sharing economy* e *gig economy*.

Indubbiamente, ad una prima analisi ambedue le tipologie si caratterizzano per fondarsi su alcuni comuni presupposti, fra i quali: l'uso fondamentale di una piattaforma digitale, la concezione di un consumo basato sull'accesso temporaneo e lo sviluppo della c.d. *disintermediazione*<sup>160</sup>.

Nondimeno, la differente capacità decisionale o d'influenza che può contraddistinguere una piattaforma rispetto ad un'altra rappresenta l'elemento strutturale determinante lo schema relazionale applicabile fra le parti contrattuali.

Ovvero, secondo quanto stabilito dalla CGUE in relazione ad *Uber*, l'accertamento della predetta influenza decisiva comporta la configurazione della piattaforma quale controparte nel contratto concluso con il l'utente-consumatore. In relazione alla seguente conclusione, la conseguente relazione contrattuale si inserisce all'interno del modello *business to consumer* (B2C) con relativa applicazione della tutela consumeristica<sup>161</sup>.

Altresì, è rispetto alle suddette ipotesi che si manifestano tutte quelle questioni trasversali accennate in precedenza, fra i quali: il rapporto di lavoro del prestatore il servizio, gli effetti in ambito concorrenziale<sup>162</sup>, o perfino quelle concernenti la tassazione.

---

<sup>160</sup> G. Smorto, *Op. cit.* di cui alla nota 66, pag. 1-2

Nello specifico, l'autore ha evidenziato i due fenomeni che si sono generati dal progresso tecnologico, ovvero: l'affermazione della c.d. "economia dell'accesso", ossia di modalità di fruizione dei beni basate sull'accesso temporaneo e condiviso in alternativa all'acquisto ed al consumo proprietario; e la c.d. "disintermediazione", ossia la riduzione del ruolo e del numero degli intermediari tradizionali realizzata attraverso la creazione di "marketplace" all'interno dei quali si fanno incontrare domanda ed offerta.

<sup>161</sup> A. Quarta, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, Europa e diritto privato, fasc. 2, giugno 2017, pag. 667 ss.

<sup>162</sup> M. Colangelo e V. Zeno-Zencovich, *Op. cit.* di cui alla nota 46

L'autore solleva vari punti interrogativi in relazione agli eventuali effetti che l'e-commerce strutturato attraverso le piattaforme online possa produrre in materia di concorrenza. Le complessità maggiori che rappresentano la vera origine delle successive questioni derivano in considerazione del fatto che la materia

Pertanto, escluse le piattaforme esercenti un determinante potere decisionale e d'influenza sul servizio complessivamente fornito, sembrerebbe pacifico inquadrare tutte le altre all'interno del modello rappresentato dalla *sharing economy*.

Nondimeno, riprendendo la definizione di quest'ultimo modello di cui nel primo paragrafo sopra<sup>163</sup>, si rilevano taluni elementi costitutivi fondamentali per la sua configurazione. In primo luogo, si segnala l'accesso temporaneo al mercato fine al soddisfacimento di specifiche esigenze.

Nondimeno, è doveroso osservare che questo elemento assume una particolare valenza soprattutto dal lato dell'offerta, in quanto nei tradizionalmente la produzione di un bene o la fornitura di un servizio avviene in modalità continuativa, da cui ne consegue il carattere della professionalità del soggetto in questione.

Orbene, se in precedenza si è ribadito che l'accesso temporaneo al mercato rappresenta un carattere condiviso sia nella *sharing economy* e che nella *gig economy*, è opportuno specificare che tale affermazione mantiene la sua veridicità se limitata al lato della domanda.

In secondo luogo, si segnala un altro elemento in comune con la *gig economy* rappresentato dalla presenza di una piattaforma attraverso la quale si realizza l'interazione fra domanda ed offerta.

In terzo luogo, si evidenzia che nella *sharing economy* si fa ricorso a quelle risorse che si sono caratterizzate per la loro sottoutilizzazione nei tradizionali mercati di scambio. In quarto luogo, le parti devono trovarsi in una posizione assolutamente paritaria al fine di incanalare i rapporti contrattuali all'interno del modello relazionale *consumer-to-consumer* (C2C).

È doveroso rammentare che ai fini della sussistenza di un rapporto paritario fra le parti è necessario le suddette mantengano i caratteri dell'occasionalità e della non professionalità. Altresì, in quello che è il quinto ed ultimo elemento costitutivo, le attività espressione di *sharing economy* devono conseguire un utile economico che non necessariamente deve possedere natura monetaria.

Pertanto, con questo ultimo requisito si escludono tutte quelle attività realizzate per fini

---

antitrust è stata sviluppata rivolgendosi esclusivamente ad imprese single-side, pertanto ne consegue che la sua applicazione rispetto a quelle "piattaforme multi-sided" non è assolutamente definita e chiara.

<sup>163</sup> Si rinvia alla definizione di S. Crosetti, Op. Cit. di cui alla nota 5

mutualistici, stante la gratuità della prestazione eseguita<sup>164</sup>.

Orbene, accertate le differenti attività e soggetti che caratterizzano il modello di *sharing economy* rispetto a quello di *gig economy*, ne consegue che indubbiamente anche le relative questioni sollevate siano diversificate, fra le quali si menzionano<sup>165</sup>: la responsabilità della piattaforma nel caso di inadempimento contrattuale del prestatore il servizio, le protezioni da riconoscere ai fornitori contro la posizione dominante delle piattaforme, o le problematiche relative ai sistemi reputazionali delle piattaforme, nonché l'accumulo di informazioni acquisite da un soggetto che opera in regime di concorrenza (ovvero, il soggetto intermediario) e i relativi profili di sicurezza dei suddetti dati<sup>166</sup>.

Altresì, sussistono invero ulteriori problematiche derivanti dalla sussistenza del c.d. *prosumer*, ovvero di quella figura che allo stesso tempo mescola ambedue le figure tipiche di un rapporto contrattuale quali quella del *professionista* e del *consumatore*, in quanto dubbio appare il suo carattere professionale. Pertanto, la presenza nel rapporto contrattuale della citata figura origina un dibattito che necessariamente verte su quale modello dovrebbero essere relegate le relazioni *prosumer-utente-consumatore*: ovvero, se in un modello B2C con relativa applicazione della tutela consumeristica o in quello C2C con l'applicazione del diritto comune<sup>167</sup>.

In conclusione, questioni complesse le cui soluzioni non possono che essere definite in ambito europeo attraverso un tempestivo intervento legislativo delle competenti istituzioni europee, auspicabilmente sotto la forma di una direttiva<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> S. Crosetti, *Op. cit.* di cui alla nota 5, pag. 13-14

L'autore afferma la necessaria esclusione di un qualsiasi fine mutualistico ai fini della configurazione dell'economia della condivisione. Una linea di pensiero che individua il suo fondamento nell'art. 45 della Costituzione, il quale provvede a garantire protezione al fine mutualistico, prevedendo inoltre la promozione delle forme di cooperazione a carattere di mutualità per tramite della legge. Pertanto, in assenza di una specifica normativa che discipline le diverse sfumature della "sharing economy", si deve ritenere che le forme di cooperazione all'interno della "sharing economy" subirebbero una profonda degradazione, in quanto verrebbero assimilate alle attività con fini di lucro e di conseguenza sarebbero prive della protezione costituzionale a loro accordata. Altresì, lo stesso autore effettuando un'analisi semantica della nozione di "sharing economy" evidenzia come dinanzi a forme tipiche della collaborazione verrebbe a mancare qualsiasi attività puramente economica.

Nondimeno, la questione è alquanto discussa in dottrina, stante taluni orientamenti sostenitori che sostengono la sussistenza della "condivisione" solo laddove non vi sia nessuna remunerazione e al di fuori delle logiche di mercato.

In relazione a quest'ultimo punto si rinvia a G. Smorto, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, Diritto pubblico comparato ed europeo, Fascicolo 1, 2017, pag. 28-34

<sup>165</sup> A. De Franceschi, *Op. cit.* di cui alla nota 71

<sup>166</sup> M. Colangelo e V. Zeno-Zencovich, *Op. cit.* di cui alla nota 46

<sup>167</sup> A. Quarta, *Op. cit.* di cui alla nota 77

<sup>168</sup> C. Busch et al., *Op. cit.* di cui alla nota 68

**Abstract:** Con la sentenza del 20 dicembre 2017, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha definito una volta per tutte i termini del c.d. *caso Uber*. La Corte ha decretato che i servizi gestiti e offerti tramite l'applicazione *UberPop*, pur essendo caratterizzati da modalità innovative legate all'uso della piattaforma elettronica, devono essere considerati servizi di trasporto e quindi soggetti alle rispettive normative nazionali. Tuttavia, una classificazione sviluppata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ha dato origine a questioni complesse legate alla protezione del lavoro, della concorrenza e dei consumatori. Inoltre, la frase seguente può rappresentare la base per definire la reale distinzione tra i modelli di *sharing economy* e *gig economy*.

In conclusione, alla luce dei vari problemi sollevati dal mercato digitale, emerge indubbiamente la necessità di una regolamentazione europea sull'argomento esaminato.

**Abstract (English):** With the ruling of 20 December 2017, the European Court of Justice has once and for all defined the terms of the c.d. "Uber case". The Court has decreed that the services managed and offered through the app "UberPop", although they are characterized by innovative ways related to the use of the electronic platform, must be considered transport services and therefore subject to the respective national regulations. However, a classification developed by the ECJ which gave rise to certain complex issues related to the protection of work, competition and consumers.

Furthermore, the following sentence may represent the basis for defining the real distinction between the models of the *sharing economy* and the *gig economy*.

In conclusion, in the light of the various problems that the digital market has raised, the need for European regulation on the subject examined undoubtedly emerges.

**Parole chiave:** Corte di Giustizia dell'Unione europea – *Sharing economy* – *Gig economy* – Diritto del lavoro – Diritto dei consumatori.

**Key words:** European Court of Justice – *Sharing economy* – *Gig economy* – Labour Law, European Consumer law.

## TUTELA DEL RISPARMIO E REGOLAZIONE DELLE CRISI BANCARIE\*.

di Diego Rossano\*\*

Sommario. 1. Premessa. 2. Dalla tutela del risparmiatore alla tutela del contribuente [...]. 3. [...] (Segue); e viceversa. 4. La tutela dei risparmiatori alla prova dei fatti.

### 1. 1. Premessa.

Nel quadro delle misure finalizzate alla prevenzione e al risanamento del settore creditizio, un ruolo di primaria importanza è ricoperto dagli strumenti predisposti dalla recente regolazione in materia di gestione delle crisi degli istituti bancari.

In questa sede, non è possibile soffermarsi sugli specifici aspetti controversi della direttiva 2014/59/UE (cd. BRRD) e del Regolamento n. 806 del 2014, nonché dei decreti legislativi di recepimento nn. 180 e 181 del 2015<sup>169</sup>, emersi in tutta la loro evidenza nella fase di prima applicazione<sup>170</sup>.

Su un piano più generale, appare invece opportuno riflettere sulla compatibilità degli obiettivi perseguiti dalla normativa europea in materia con taluni principi costituzionali che rappresentano i capisaldi dell'ordinamento giuridico italiano.

Deve aversi riguardo, in particolare, alla conciliabilità tra le finalità avute di mira dalla richiamata normativa e il disposto di cui all'art. 47 della Costituzione che impone alla Repubblica di *salvaguardare e incoraggiare* il risparmio «in tutte le sue forme»<sup>171</sup>. Significative, al riguardo, sono le considerazioni espresse, già negli anni '90 del novecento,

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Professore Associato di Diritto dell'economia, Università degli studi di Napoli "Parthenope".

<sup>169</sup> Sui quali, sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a D. Rossano, *La nuova regolazione delle crisi bancarie. Risoluzione e tecniche di intervento*, Milano, 2017 e E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Torino, 2017.

<sup>170</sup> Cfr., per tutti, F. Capriglione, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, n. 10/ 2016.

<sup>171</sup> Per una ricostruzione dei diversi orientamenti in argomento, cfr., per tutti, F. Merusi, *Commento sub art. 47*, in *Commentario della Costituzione*, vol. III, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 153 ss. e F. Zatti, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/ investitori e ritorno?*, in AA.VV. *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, p. 1055 ss.; M. Atripaldi, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2014.

da Giorgio Oppo secondo cui ove le “previsioni comunitarie” non fossero coerenti con i propositi perseguiti dall’art. 47 della Costituzione, lo Stato italiano dovrebbe in ogni caso “evitare turbamenti della regola di uguaglianza, insufficienze o ritardi nella tutela del risparmio”<sup>172</sup>.

Per converso, la regolazione in materia di gestione delle crisi bancarie sembra prediligere l’obiettivo di tutelare la solidità del settore creditizio e la stabilità degli intermediari, per tale via provvedendo, sia pure indirettamente, al ripristino della fiducia degli investitori nel mercato.

E’ apparso evidente che l’eccessivo protrarsi della recente crisi finanziaria sia dipeso dall’assenza di un adeguato apparato dispositivo armonizzato a livello europeo in materia<sup>173</sup>; donde gli evidenti limiti della previgente normativa e la propensione per un impianto disciplinare più coerente rispetto al passato nel regolare la interconnessione dei mercati. Ne deriva la presa d’atto da parte del legislatore europeo della necessità di perseguire la stabilità del settore ponendo a fondamento di quest’ultima l’adozione di tecniche interventistiche di immediata applicazione incentrate sulla valutazione delle specificità dei singoli casi in osservazione.

Al conseguimento di tali obiettivi è orientata la scelta di ripartire gli oneri dei dissesti bancari in un ambito che supera la dimensione nazionale, opzione alla quale è correlato l’utilizzo di fondi di esclusiva provenienza pubblica (*i.e.* riconducibile allo Stato nel quale ha sede l’istituto bancario beneficiario).

Ne consegue - come viene sottolineato dal *considerando* n. 9 del regolamento n. 806 del 2014 - l’implicito superamento della logica, seguita nel passato dalle competenti Autorità nazionali, di minimizzare l’impatto delle crisi bancarie circoscrivendone i riflessi sull’economia dei Paesi di appartenenza dei soggetti sottoposti alle procedure di cui trattasi. La scelta di trasferire in una dimensione sovranazionale la decisione di individuare le misure più adatte di altre nel far fronte a fenomeni di dissesto di enti bancari *significativi*, è dunque coerente con l’obiettivo di creare una disciplina armonizzata in materia tra gli Stati membri, disciplina rispondente ai principi generali dell’ordinamento europeo.

---

<sup>172</sup> Cfr. G. Oppo, *Libertà di iniziativa e attività bancaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 476.

<sup>173</sup> Cfr., per tutti, G.H. Garcia, R.M. Lastra e M.J. NIETO, *Bankruptcy and reorganization procedures for cross-border banks in the EU: Towards an integrated approach to the reform of the EU safety net*, in *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 17, 2009, p. 240 ss., ai quali si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

E' il caso di precisare, tuttavia, che tra questi ultimi non è stato contemplato espressamente il risparmio. Del resto, soltanto alcuni Paesi dell'UE richiamano esplicitamente, nelle proprie Carte fondamentali, tale principio quale valore da tutelare<sup>174</sup>. Se ne deduce, pertanto, che in ambito nazionale italiano la *tutela del risparmio* assume una rilevanza diversa rispetto a quella riconosciuta nel contesto europeo nel quale essa viene subordinata, in talune circostanze, ad esigenze di *interesse pubblico* reputate maggiormente meritevoli di essere salvaguardate.

Si esprime in tal senso la Corte di giustizia che, con una pronuncia nel novembre 2016<sup>175</sup>, soffermandosi sulla portata del cd. *burden sharing* in materia di aiuti di Stato al settore bancario, ebbe a sottolineare come tale istituto segna il prevalere delle esigenze di stabilità del sistema finanziario rispetto all'interesse pubblico a garantire, in tutta l'Unione, «una tutela forte e coerente degli azionisti e dei creditori».

È evidente come tale logica ordinatoria appaia riferita ad una sostanziale gerarchia di valori cui vengono raccordate le diverse ipotesi di intervento.

Alla medesima *ratio* appare ispirata la nuova regolazione in materia di gestione delle crisi bancarie che, come è noto, pone a carico dei creditori, i quali abbiano intrattenuto a vario titolo rapporti con un istituto creditizio, il peso della risoluzione di quest'ultimo.

In particolare, in caso di attuazione del *bail-in*, in prima battuta - come è stato sottolineato in sede tecnica<sup>176</sup> - soggiacciono alla procedura in parola gli “strumenti del patrimonio di vigilanza” della banca; stabilendo, altresì, la normativa che a fronte di un'eventuale loro insufficienza, l'Autorità di risoluzione può coinvolgere anche debiti subordinati non ricompresi nel capitale e, successivamente, le passività *non garantite*.

Solo in un secondo momento i depositi delle persone fisiche e delle PMI superiori ad euro 100.000 possono essere aggrediti a fronte di una pregressa incapienza degli altri strumenti di debito.

Da qui il mutamento della figura del depositante che, come è stato osservato in letteratura,

---

<sup>174</sup> Di contro, come ha evidenziato la dottrina, la salvaguardia del risparmio, pur non essendo esplicitamente considerato nei Trattati, è desumibile da ulteriori valori ivi presenti. Sul punto, cfr. G. Cerrina Feroni, *La tutela del risparmio. Un quadro comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2009, p. 1145 ss.

<sup>175</sup> Cfr. Corte di giustizia in data 8 novembre 2016, Causa C-41/15, consultabile sul sito <http://www.diritto.unioneuropea.eu/>. Per un commento cfr., D. Siclari, *Modificazioni del capitale della società bancaria, stabilità finanziaria dell'Unione europea e garanzie dei soci*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 3/2016, 94 ss. e I. Supino, *Salvataggio delle banche, ricapitalizzazione e limiti alla governance bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 3/2016, p. 117 ss.

<sup>176</sup> Cfr. G. Sabatini, *Schemi di d.lgs. relativi all'attuazione della direttiva 2014/59/UE, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi (Atto 208 e Atto 209)*, p. 5 ss.

viene trasformato in *investitore* alla luce della nuova regolazione<sup>177</sup>.

Del resto, già in tempi passati la dottrina aveva precisato che il legislatore nel «predisporre una disciplina» idonea a far fronte alle situazioni di dissesto degli enti bancari, non avrebbe dovuto salvaguardare il “valore nominale del risparmio depositato [...] fino al punto da tollerare un indiscriminato sostegno finanziario alle aziende di credito, tale da mettere in pericolo la stabilità monetaria”<sup>178</sup>; orientamento della dottrina che, a ben considerare, ha percorso i tempi in quanto il proposito della nuova regolazione in materia sembra essere proprio quello di assicurare, in via primaria, la solidità del sistema, anche a discapito degli interessi dei depositanti.

## 2. Dalla tutela del risparmiatore alla tutela del contribuente [...].

Alla luce di quanto si è detto, è possibile affermare che il legislatore europeo ha attuato una significativa svolta, rispetto al passato, nella regolazione delle crisi di settore; svolta che ha inteso porre un freno ai numerosi interventi pubblici con cui si contrastavano le crisi in esame.

Più in generale, la normativa risponde alla finalità di individuare congegni idonei a circoscrivere in casi straordinari il supporto della finanza pubblica nelle operazioni di salvataggio delle istituzioni di cui trattasi.

Tale proposito si pone, dunque, in chiara contrapposizione rispetto alla prassi, invalsa nel passato, che affidava al meccanismo della *socializzazione delle perdite* la tutela del risparmio, garantendo, per tale via, la salvaguardia dei livelli occupazionali e l'avviamento dell'ente bancario interessato.

Si è in presenza, dunque, di una regolazione che compie un chiaro cambiamento di rotta rispetto al sistema disciplinare previgente, nella quale le esigenze di salvaguardia della finanza pubblica segnano il passaggio ad un assetto regolamentare orientato in una prospettiva macro-prudenziale di gestione del rischio sistemico a discapito di quella micro-

---

<sup>177</sup> Cfr. M. Cera, *Il depositante bancario tra processo economico e mercati*, in *Analisi Giurid. dell'Econ.*, n. 2/2016, p. 271 ss. il quale afferma che si assiste (273) ad una “definitiva trasformazione del depositante in risparmiatore, altresì in un cliente a sua volta polifunzionale”.

<sup>178</sup> Cfr. S. Ortino, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979, p. 147.

prudenziale, prevalente prima della crisi<sup>179</sup>.

In tale logica ordinatoria, il risparmio viene declinato da principio che si sostanzia in forme indiscriminate di tutela a valore in grado di giustificare possibili modalità differenziate di salvaguardia delle ragioni degli investitori<sup>180</sup>.

Depongono, in tal senso, talune disposizioni contenute nella normativa europea nelle quali, con l'obiettivo di perseguire finalità di *interesse pubblico*, si prevede una possibile alterazione degli equilibri esistenti all'interno di medesime categorie di creditori.

Nello specifico, si ha riguardo alla circostanza che la disciplina europea prescrive agli istituti di credito di detenere un ammontare minimo di passività assoggettabili al *bail-in* (MREL, *Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities*); ammontare nel quale non vanno computati i depositi che godono della «preferenza nella gerarchia della procedura di insolvenza» (art. 12, par. 16, del Regolamento UE n. 806 del 2014).

Sicché, è nei confronti di tali disponibilità che dovrà essere orientato il recupero della quota dell'8% delle passività totali (nella quale è contenuto l'intervento del *bail-in* prima che sia consentito l'accesso alle risorse pubbliche).

Ne consegue che, una volta assorbita detta quota, ai sensi dell'art. 76 del Regolamento n. 806 del 2014 (SRM), è autorizzato ad intervenire, a determinate condizioni, il Fondo unico di risoluzione per un ulteriore ammontare pari al 5% delle passività.

Se ne deduce che le competenti Autorità possono distribuire in modalità variegata i limiti delle differenti tipologie di strumenti da sottoporre a *bail-in*, fermo restando il raggiungimento del sopraindicato limite dell'8% del totale passivo<sup>181</sup>.

Inoltre, la *BRRD* - al fine di evitare un rischio di contagio sistemico che il loro utilizzo potrebbe produrre - esclude *ex lege* talune passività dall'assoggettamento alla procedura

<sup>179</sup> In questi termini, G. Vegas, *Audizione al Senato della Repubblica sugli schemi di decreto legislativo relativi all'attuazione della direttiva 2014/59/UE*, consultabile sul sito <http://www.consob.it/>.

<sup>180</sup> Evidenzia condivisibilmente G.L. Carriero, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in *AGE*, n. 2/2016, p. 378 che «la tutela del risparmiatore e, in particolare, delle famiglie di creditori nell'uno o nell'altro modo assoggettabili alle procedure di *bail-in* riposa, oggi più ancora che nel recente passato, nell'efficacia dell'azione di supervisione tesa a prevenire l'avverarsi dei presupposti applicativi dell'istituto».

<sup>181</sup> Come è specificato nella Relazione illustrativa ai decreti legislativi attuativi della direttiva 2014/59/UE, è verosimile che l'autorità di risoluzione si orienti verso valori e composizione che consentano di garantire il soddisfacimento del requisito minimo di condivisione degli oneri con azionisti e creditori, pari all'8% del totale passivo, senza rischiare di dover applicare il *bail-in* almeno ai depositanti non protetti. Cfr. EBA, *Draft Regulatory Technical Standards on criteria for determining the minimum requirement for own funds and eligible liabilities under Directive 2014/59/EU*, 2015, consultabile sul sito internet <https://www.eba.europa.eu>, p. 6: «the impact assessment for the BRRD estimated the impact of the requirement on the assumption of a reference level of MREL of 10% of total liabilities».

che ci occupa. Ci si riferisce alle passività derivanti dalla partecipazione a sistemi di pagamento (con una durata residua inferiore a sette giorni) ovvero ad altri istituti di credito (con una scadenza originaria inferiore a sette giorni)<sup>182</sup>.

Ad analogia logica sembra ispirato anche l'esonero dall'applicazione del *bail-in* delle passività garantite (inclusi i *covered bonds*); infine non sono ricompresi nell'ambito di tale meccanismo i debiti commerciali o quelli verso i dipendenti, ipotesi normativa la cui *ratio* sembra quella di voler favorire la continuità delle funzioni essenziali dell'ente bancario in difficoltà. Va da sé che analogia esclusione riguarda i depositi di ammontare fino a 100.000 euro (notoriamente riconducibili alla sfera di intervento del sistema di garanzia dei depositi).

A fronte delle menzionate forme di esclusione *ex lege* dall'applicazione del *bail-in*, la *BRRD* ne prevede altre rimesse alla facoltà dell'Autorità di risoluzione la quale può, in fase di applicazione della procedura in parola, evitare l'integrale o parziale assoggettamento di alcuni debiti alla stessa.

Gli ampi margini di valutazione all'uopo rimessi all'Autorità consentono a questa di accertare che non sussistano *tempi ragionevoli* per il coinvolgimento di talune passività. Inoltre, per cui l'Autorità può escludere dalla risoluzione anche depositi (altrimenti ammissibili) detenuti da persone fisiche e da micro, piccole e medie imprese qualora venga ravvisata la presenza di un rischio (connesso al loro utilizzo) di grave turbativa al funzionamento dei mercati finanziari.

### 3. [...] (segue) e viceversa.

Sebbene, come si è avuto modo di osservare, la regolazione in materia appaia volta ad assicurare in primo luogo la stabilità degli intermediari, il perseguimento di tale proposito, a nostro avviso, è pur sempre funzionale a garantire la salvaguardia del risparmio.

Infatti, quand'anche i creditori dell'ente dovessero vedere sacrificate le proprie ragioni in vista di un *interesse pubblico* reputato prevalente, l'Autorità di risoluzione dovrà agire comunque nel rispetto del principio del *no creditor worse-off* (NCWO); ciò con la conseguenza che questi ultimi non potranno subire trattamenti differenti da quelli ad essi

---

<sup>182</sup> Cfr. il *considerando* n. 70 e l'art. 44 della *BRRD*.

riservati qualora fosse stata avviata la procedura ordinaria di insolvenza. Sicché, nell'ipotesi in cui dovesse essere ravvisata una violazione del principio in parola (a causa della valutazione effettuata dall'esperto indipendente effettuata ai sensi dell'art. 88 del d.lgs. n. 180 del 2015), la normativa assicura il necessario *riequilibrio* delle posizioni soggettive pregiudicate dall'applicazione del *bail-in*, attraverso lo specifico sistema di indennizzo (*counterfactual insolvency value*) di cui agli artt. 88 e 89 del d.lgs. n. 180 del 2015.

Inoltre, più in generale, è il caso di precisare che la disciplina in discorso configura situazioni patologiche delle banche - idonee a giustificare il possibile avvio di procedure di risoluzione o di liquidazione coatta amministrativa - solo quale conseguenza dell'insuccesso di interventi di prevenzione. E' evidente come la regolazione consideri l'eventuale sacrificio delle ragioni dei creditori un'ipotesi residuale e verificabile soltanto nel caso di fallimento dell'azione di profilassi alla quale la normativa presta particolare attenzione.

Ciò posto, è possibile concludere sul punto che la normativa in esame, pur essendo fondamentalmente orientata a garantire la stabilità degli intermediari anche a rischio di sacrificare le ragioni dei creditori (i quali hanno confidando sulla solidità del singolo ente bancario), collega tale pregiudizio alla necessaria presenza di un *interesse pubblico* e, in ogni caso, dispone appositi meccanismi di salvaguardia degli interessi di questi ultimi<sup>183</sup>. Significative, sul punto sono le considerazioni espresse dall'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia nelle conclusioni presentate nella Causa *Kotnik* sulla portata del *burden sharing* secondo cui «se effettuati correttamente, gli interventi dello Stato riducono solo il valore nominale del capitale e degli strumenti di debito colpiti, poiché tale valore non corrisponde più al loro reale valore», sicché «da un punto di vista economico, la posizione degli investitori, nel complesso, dovrebbe rimanere immutata», ciò in quanto essi «nella peggiore delle ipotesi, non vengono complessivamente svantaggiati maggiormente rispetto

---

<sup>183</sup> In argomento, cfr. A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra stato assicuratore e stato regolatore. Crisi delle banche e nuove forme di risanamento: tra mercato, regola della concorrenza e dimensione sociale*, in *federalismi.it*, 21 settembre 2016, p. 17 ss., il quale considera la normativa sul *bail-in* di dubbia conformità alle disposizioni costituzionali in quanto irragionevole, sproporzionata ed espropriativa senza previsione di indennizzo; C. De Rose, *Il Bail In è incostituzionale. Parola di un magistrato della Corte dei Conti*, in *Formiche.net*, 31.01.2016 che reputa la normativa manifestamente incostituzionale nella parte in cui impone, ai possessori di azioni o di obbligazioni non rischiose, la conversione forzata in azioni di minor valore e, ai titolari di conti correnti che superano i 100.000 euro (...) un prelievo forzoso addirittura senza contropartite”.

a quanto lo sarebbero stati se lo Stato non fosse intervenuto. Ciò significherebbe ... che l'essenza stessa del diritto di proprietà degli investitori non viene compromessa»<sup>184</sup>.

Sullo sfondo si rinviene l'ulteriore problematica di assicurare adeguati strumenti di tutela ai creditori coinvolti nelle procedure di risoluzione, attesa la disposizione di cui all'art. 95 del d.lgs. n. 180 del 2015 che non ammette una autonoma tutela contro la valutazione effettuata dall'esperto indipendente ai sensi degli artt. 23 e 88 del decreto legislativo in parola. Infatti, la normativa consente di impugnare, innanzi al giudice amministrativo, unicamente la decisione di risoluzione assunta dalla Autorità (e con essa anche le valutazioni dell'esperto); ferma restando l'inapplicabilità - ai sensi dell'art. 95, co. 2, del d.lgs. n. 180 del 2015 - degli artt. 19 e 63, co. 4, del codice del processo amministrativo, disposizioni che disciplinano il ricorso a consulenti tecnici<sup>185</sup>.

#### 4. La tutela dei risparmiatori alla prova dei fatti.

Come già si era evidenziato in altra sede<sup>186</sup>, l'attuale realtà politico-economica europea è caratterizzata da profonde divergenze al proprio interno sulle quali la nuova disciplina delle crisi bancarie va ad incidere.

È bene far presente, tuttavia, che la normativa di recepimento della *BRRD* nella sua valenza oggettiva non sembra tenga conto di situazioni fattuali complesse e variegate come quella del nostro Paese; la regolazione europea, infatti, ha riguardo all'esistenza di un mercato *efficiente e competitivo* nel quale il dissesto di singoli soggetti bancari è considerato gestibile e risolvibile sulla base delle indicazioni in essa contenute.

Non a caso, la *BRRD* circoscrive il ricorso a forme di sostegno finanziario pubblico ad ipotesi «straordinarie», sottolineandone l'eccezionalità rispetto a «soluzioni» che coinvolgono il mercato.

---

<sup>184</sup> Si tratta delle conclusioni nella Causa C-526/14: la sentenza del 19 luglio 2016 e le conclusioni sono consultabili sul sito <http://curia.europa.eu/>. Cfr. E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, cit., p. 75 ss.

<sup>185</sup> Evidenzia G.L. Carriero, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, cit., 381 che, “a fronte del rinnovato assetto della materia, il dubbio è che al sacrificio dei diritti possa accompagnarsi il sacrificio (o l'affievolimento) di parte consistente della loro tutela sul piano giudiziale. Ed è un dubbio in grado di sollecitare censure forse non trascurabili sul piano costituzionale”.

<sup>186</sup> Cfr. D. Rossano, *La nuova regolazione delle crisi bancarie. Risoluzione e tecniche di intervento*, cit., p. 185.

Gli esiti delle prime applicazioni della nuova regolazione in materia di gestione delle crisi bancarie hanno confermato le perplessità che la dottrina aveva sollevato con riguardo al difficile raccordo tra la realtà fattuale nella quale essa è tenuta ad operare e il complesso dispositivo interventistico a tal uopo predisposto<sup>187</sup>.

Non è questa la sede per analizzare le (a volte) discutibili scelte adottate dalle competenti Autorità di settore con riguardo ai recenti eventi che hanno interessato alcuni istituti bancari italiani anche di grandi dimensioni (ci si riferisce alle vicende relative al Monte Paschi di Siena, alle note *quattro banche* in amministrazione straordinaria poste poi in risoluzione e alle banche venete)<sup>188</sup>.

Appare, piuttosto, opportuno soffermarsi sulle iniziative, di dubbia legittimità, tese a mitigare gli effetti del coinvolgimento degli investitori *retail* nelle recenti operazioni di *burden sharing* le quali forse avrebbero richiesto l'identificazione di differenti modalità applicative, più adeguate alla tutela degli interessi in campo. Si ha riguardo alla legge n. 119 del 30 giugno 2016 di conversione del decreto n. 59 del 2016 che riconosce soltanto ad alcuni investitori (individuati sulla base di criteri discutibili) delle note *quattro banche* poste in risoluzione<sup>189</sup>, l'opportunità di avvalersi delle risorse del Fondo di solidarietà, donde la possibilità ad essi riconosciuta di ottenere un rimborso pari all'80% del corrispettivo pagato per l'acquisto degli strumenti in discussione, laddove gli altri per far valere le loro ragioni creditorie devono ricorrere alla procedura arbitrale<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Cfr. F. Capriglione, *L'Europa e le banche. Le 'incertezze' del sistema italiano*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 1/2017, p. 10 secondo il quale "la complessità della materia oggetto d'esame non consente - in sede di prima esegesi della normativa europea (la quale, in alcune sue parti, risulta recepita in modalità non del tutto conformi all'originario testo disciplinare) - di pervenire a risultati inequivoci in ordine alla valutazione della portata normativa della regolazione di cui trattasi".

<sup>188</sup> In argomento, si rinvia ai contributi pubblicati nel supplemento al n. 3/ 2017 della *Riv. trim. dir. econ.*

<sup>189</sup> Ci si riferisce a CariFerrara, Banca Marche, Popolare dell'Etruria e CariChieti le quali sono state sottoposte ad impopolari e rigorose misure adottate dalla Banca d'Italia per far fronte allo stato di dissesto nel quale esse versavano. Rilevano, nel caso di specie, la costituzione di un ente ponte (al quale sono state conferite attività diverse dai prestiti in sofferenza), il cui capitale è stato in parte ricostituito (circa il 9% del totale dell' attivo) con un contributo del Fondo di risoluzione; nonché di una *bad bank* (nella quale sono stati fatti confluire tutti i crediti di incerta realizzazione delle quattro banche, da cedere poi a specialisti del settore per garantire il loro recupero).

<sup>190</sup> Sul punto, cfr. il Regolamento del 2 agosto 2016 sulla procedura per l'indennizzo forfettario gestita dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD).

Si precisi che, di recente, l'Arbitro per le controversie finanziarie, con la decisione n. 180 del 12 gennaio 2018 consultabile sul sito internet <https://www.acf.consob.it/>, ha riconosciuto il diritto dei clienti delle *vecchie* banche di avanzare pretese risarcitorie nei confronti delle *nuove* banche le quali sono subentrate, senza soluzione di continuità, nelle situazioni giuridiche attive e passive facenti capo alle *vecchie* banche. In tal modo, ad avviso del collegio, è possibile realizzare "un ragionevole bilanciamento tra interessi che possono rivelarsi, anche solo potenzialmente, in conflitto tra di loro, cioè a dire quelli perseguiti mediante la

Sotto altro profilo, rilevano le misure poste in essere al fine di tutelare gli obbligazionisti coinvolti nelle procedure di *condivisione degli oneri* necessarie per applicare gli interventi di sostegno finanziario pubblico a favore del Monte dei Paschi di Siena. Ci si riferisce alla legge n. 17 del 15 febbraio 2017, di conversione del d.l. n. 237 del 23 dicembre 2016, la quale contempla la possibilità che l'emittente acquisti, in nome e per conto dello Stato, le azioni frutto della conversione delle obbligazioni subordinate scambiandole con le obbligazioni (non subordinate) di nuova emissione (soltanto se le azioni dei titolari di strumenti oggetto di conversione siano state sottoscritte o acquistate prima del 1° gennaio 2016); ciò al fine di tutelare gli investitori *retail* in caso di allocazione impropria di titoli e con l'obiettivo di prevenire liti giudiziarie connesse alla commercializzazione delle obbligazioni stesse.

Le richiamate misure, adottate per tutelare gli interessi dei creditori coinvolti nelle procedure di cui trattasi, costituiscono il frutto di un'opera di bilanciamento effettuato dal legislatore nazionale tra le finalità perseguite dalla nuova regolazione in materia di crisi bancarie e l'esigenza di predisporre procedure idonee a tutelare la posizione dei risparmiatori.

E' evidente, tuttavia, che la mancanza di un quadro operativo predefinito e l'esigenza di individuare, in tempi congrui, adeguati strumenti di tutela delle ragioni di questi ultimi, incrementano il rischio di interventi poco ponderati e di dubbia legittimità.

Da qui la necessità di procedere ad una revisione della materia che tenga conto delle problematiche poste in evidenza.

Peraltro, la predisposizione, a livello legislativo, di adeguati correttivi eviterebbe che gli appartenenti al settore creino possibili situazioni di difformità di trattamento tra creditori appartenenti a banche diverse. Pericolo quest'ultimo che potrebbe verificarsi a seguito della decisione assunta da alcuni istituti creditizi italiani (Intesa Sanpaolo ed Unicredit<sup>191</sup>) di impedire agli investitori *retail* l'acquisto di obbligazioni subordinate<sup>192</sup>. Di contro, è

---

disciplina dettata in tema di risoluzioni bancarie e l'interesse pubblico alla tutela degli investitori che, vale la pena di evidenziarlo in questa sede, assume nel nostro ordinamento rilevanza costituzionale (art. 47 Cost.)".

<sup>191</sup>Al riguardo, cfr. le dichiarazioni espresse dal Ceo Caro Messina consultabili in un articolo del 3 febbraio 2016 pubblicato sul sito internet del Corriere della Sera dal titolo: *Bond Subordinati: la vera mappa. Un terzo è in tasca ai risparmiatori*.

<sup>192</sup>Auspica l'introduzione "di norme proibitive della possibilità di acquistare determinate tipologie di prodotti da parte di determinate categorie di risparmiatori, appartenenti a quelle classi sociali più deboli e maggiormente bisognose di protezione", G. Guizzi, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, in *Corr. giur.*, n.6/2016, p. 750. Cfr., altresì, M. Onado, *Alla ricerca della banca perduta*, Bologna, 2017, p. 254 secondo il quale per proteggere i risparmiatori bisogna ricorrere ai divieti espliciti di offerta

apprezzabile la recente introduzione nel nostro ordinamento dei *bond senior non preferred* (debiti chirografari di secondo livello)<sup>193</sup> che si pongono in una posizione intermedia tra le obbligazioni subordinate e quelle *senior* agevolando l'assorbimento delle perdite in caso di applicazione del *bail-in*.

Mi sia consentito, dunque, concludere citando una frase attribuita ad Albert Einstein: «la vita è come andare in bicicletta. Per mantenere l'equilibrio devi muoverti».

**Abstract:** Il presente lavoro si propone di indagare la compatibilità degli obiettivi perseguiti dalla normativa europea in materia di gestione delle crisi bancarie con il principio della tutela del risparmio. La recente disciplina infatti prevede il sacrificio degli interessi dei creditori (e anche dei depositanti) dell'ente creditizio per far fronte ad uno stato di dissesto nel quale esso potrebbe versare.

Sebbene, a nostro avviso, l'impianto disciplinare di riferimento predisponga adeguati strumenti per salvaguardare le ragioni dei risparmiatori, quest'ultimo non sembra tenere in debito conto le complesse e variegate situazioni fattuali presenti nel nostro Paese. Gli esiti delle prime applicazioni della nuova regolazione in materia hanno confermato, infatti, la difficoltà di effettuare, sul piano delle concretezze, un'efficace opera di bilanciamento tra le diverse finalità perseguite da quest'ultima e l'esigenza di predisporre procedure idonee a tutelare la posizione dei risparmiatori. Da qui la necessità di procedere ad una revisione della materia, sì da evitare l'adozione di misure dettate da situazioni contingenti (e dunque poco ponderate) e da impedire possibili situazioni di difformità di trattamento tra creditori appartenenti ad istituti bancari diversi.

**Abstract:** This paper aims to investigate the compatibility of the objectives pursued by the European legislation establishing a framework for the recovery and resolution of credit

---

della clientela al dettaglio. A nostro avviso, come già evidenziato in altra sede (D. Rossano, *La nuova regolazione delle crisi bancarie. Risoluzione e tecniche di intervento*, cit., p. 126), alla luce dei profili problematici dianzi esposti, c'è da interrogarsi sulla convenienza (*rectius*: necessità) di procedere ad una revisione della *BRRD*, nel senso di consentire l'applicazione dello strumento del *bail-in* soltanto su titoli di nuova emissione (successiva, dunque, all'entrata in vigore della disciplina *de qua*), nonché in presenza di un'espressa pattuizione negoziale, formulata in sede di sottoscrizione degli strumenti finanziari, che ne preveda l'attuazione.

<sup>193</sup> Cfr. la legge 27 dicembre 2017, n. 205 che ha introdotto l'art. 12-bis e modificato l'art. 91 del Testo Unico in materia bancaria e creditizia. Sul punto cfr. M. Sepe, *Commento all'art. 12 bis*, e S. Fortunato, *Commento all'art. 91*, in *Commentario al Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, in corso di pubblicazione.

institutions with the principle of protection of savings. The recent regulation provides for the sacrifice of the interests of creditors (and also depositors) of the failing credit institutions in order to cope with the difficult situation.

Although, in our opinion, the disciplinary framework of reference prepares adequate tools to safeguard the reasons of the investors, the latter does not seem to consider the complex and variegated factual situations present in our country. The results of the first applications of the new regulation on the matter have confirmed, in fact, the difficulty of carrying out, in term of concreteness, an effective balancing act between the various objectives pursued by the latter and the need to prepare procedures to protect the position of savers. Hence the need to proceed with a review of the matter, so as to avoid the adoption of measures justified by contingent situations (and therefore not adequately considered) and to prevent possible situations of differences in treatment among creditors belonging to different banks.

**Parole chiave:** Banche – Crisi – Tutela dei risparmiatori.

**Key words:** Banks – Crisis – Protection of savers.

## DROIT PUBLIC ET PATRIMOINE. LE ROLE DU CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS. INTERETS PRIVES ET INTERET PUBLIC PATRIMONIAL\*.

di Jacqueline Morand-Deville\*\*

**Sommario.** 1. L'intérêt public patrimonial et les atteintes portées à la propriété privée. 1.1. La justification de la servitude et du classement par les sections administratives. 1.2. Le juge administratif et le contrôle de l'institution des servitudes et de leur respect 1.3. Le juge administratif et le contrôle de la régularité de l'expropriation. 2. Les intérêts privés et l'atteinte à l'intérêt public patrimonial. 2.1. La notion de patrimoine et ses dérivés. 2.2. Les transferts de propriété. 2.3. Les autorisations d'occupation domaniale.

89

Un tel sujet conduit à définir et délimiter son contenu, car cette question a rarement fait l'objet d'une réflexion générale à la différence des conflits entre intérêts publics et de l'intégration de la protection patrimoniale dans d'autres droits dont celui de l'urbanisme et de l'environnement. L'étude pourrait se limiter aux atteintes que les servitudes patrimoniales portent à la propriété privée mais on peut craindre son étroitesse. On préférera donc traiter des rapports entre les intérêts privés au sens large et l'intérêt public patrimonial en limitant le champ de réflexion au patrimoine monumental et en excluant le patrimoine naturel et immatériel, ainsi que les découvertes archéologiques et en ne faisant que de brèves allusions au patrimoine mobilier qui relève d'un droit spécifique fort complexe, celui des œuvres d'art.

L'intérêt public patrimonial a été largement et sagement traité dans les précédents rapports où il a été démontré que le Conseil d'Etat, qui s'est toujours méfié du jugement d'esthétique, se range généralement aux positions prises par les services de la Culture. Cette réticence à fonder le droit sur l'appréciation du Beau s'observe dans le domaine de la police administrative, le Conseil d'Etat se refusant à admettre un ordre public esthétique<sup>194</sup> alors qu'il s'ouvre davantage à la reconnaissance d'un ordre public économique et d'un ordre

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

\*\* Professeur émérite, Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

<sup>194</sup> Un maire, plein de bonnes intentions, s'était maladroitement appuyé sur des considérations esthétiques pour réglementer le secteur paysager du cimetière de sa commune: CE 11 mars 1983, «Commune de Bures-sur-Yvette».

public écologique. Le bon ordre n'est pas le bel ordre<sup>195</sup>.

Mais comme l'intérêt public patrimonial est qualifié juridiquement par la droit: intérêt «au regard de l'histoire, de l'art, de l'architecture, de l'archéologie, de l'ethnologie, de la science ou de la technique», le juge de l'excès de pouvoir a nécessairement, dans certains arrêts un regard d'«homme de l'art» d'autant qu'il exerce un contrôle normal pour apprécier la régularité de cette qualification par l'arrêté de classement ou d'inscription<sup>196</sup>.

Les relations entre l'intérêt public patrimonial et les intérêts privés sont complexes.

Il s'agit d'équilibre et de proportionnalité, le langage du juriste rejoignant alors celui du peintre ou de l'architecte.

Plus précisément il s'agit de protéger une propriété privée, qualifiée par la Constitution d'«inviolable et sacrée» en limitant les atteintes que les servitudes d'utilité publique portent à son usage, le juge administratif étant conduit à intervenir pour assurer la régularité de l'établissement des servitudes et leur respect. C'est l'aspect le plus traditionnel de la question qui s'adresse à des situations le plus souvent individuelles.

Mais on peut élargir la recherche et évoquer des relations collectives nées de la volonté légitime de gérer efficacement le patrimoine monumental, en faisant appel aux méthodes du droit privé et au partenariat avec les personnes privées, application particulière du principe selon lequel les personnes privées ont vocation à participer au service public. Il faut alors mesurer le seuil à ne pas franchir pour que les intérêts privés en leur légitime recherche de profit ne l'emportent pas sur l'intérêt public patrimonial.

La réflexion s'ordonnera autour de cette double approche, d'une part l'intérêt public patrimonial source d'atteintes portées à la propriété privée, d'autre part les intérêts privés source d'atteintes portées à l'intérêt public patrimonial en recherchant le regard porté par le Conseil d'Etat sur ces deux questions.

---

<sup>195</sup> J.Morand-Deville, *Ordre du Beau, ordre du Droit*, in AA.VV., *Hommage à P.L.Frier*, Lexis Nexis, 2010.

<sup>196</sup> Le contrôle de la qualification juridique des faits fut introduit dans le contentieux de l'annulation à propos d'une question patrimoniale: la place Beauvau à Paris pouvait-elle être qualifiée «perspective monumentale» et protégée à ce titre: arrêt «Gomel» CE 4 avril 1914, décision capitale qui introduit dans le droit administratif la distinction entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire et entre contrôle normal et contrôle restreint du juge. M.Hauriou écrivit que la haute juridiction qualifiait à la manière d'un «arbitre artistique» et devait rester prudente.

## 1. L'intérêt public patrimonial et les atteintes portées à la propriété privée.

Le Conseil d'Etat, dans ses formations administratives, est assez souvent appelé à donner son avis sur des textes touchant à la protection patrimoniale mais la non publication des avis rend leur appréciation difficile.

C'est donc au contentieux que l'on s'intéressera principalement en analysant une jurisprudence restée longtemps assez rare ce qui n'est plus le cas actuellement.

91

### 1.1. La justification de la servitude et du classement par les sections administratives.

Dans son rôle consultatif, le Conseil d'Etat intervient lorsqu'il est appelé à donner son avis sur des projets de loi, d'ordonnance ou de décret réglementaire portant sur la protection patrimoniale et à l'occasion des classements d'office, mesure individuelle, qui ne peut intervenir que par décret en Conseil d'Etat. Ces avis sont, sauf exception, secrets et n'ont sans doute guère l'occasion de traiter des atteintes aux intérêts privés.

On se remontera donc le temps pour s'attacher à trois rapports anciens, rendus publics, dont l'intérêt est d'illustrer la position de la haute assemblée pour justifier les servitudes que les lois de 1887 et 1913 allaient créer.

Le premier est celui de M. Courcelle Seneuil présenté à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 28 février 1881 au cours de la longue gestation de la loi de 1887. Il attirait l'attention sur le fait que les dégradations et destructions apportées par les propriétaires à leur immeubles étaient faites sans intention de nuire mais, bien au contraire, dans une bonne intention de moderniser leur bien avec tous les risques que le prétendu bon goût des modernisateurs faisait courir à la sauvegarde. La répression déjà existante du droit pénal n'était alors d'aucune utilité.

La solution devait être recherchée dans l'établissement d'une servitude d'utilité publique destinée «à empêcher, dans un intérêt élevé et national, le cours naturel des choses qui détruit les monuments anciens pour les approprier aux besoins et aux goûts de la génération présente».

La protection des objets mobiliers avait, quant à elle, pour raison d'être le pillage des objets d'art par les marchands, préoccupation insistante du rapporteur.

Quant «la grave question de la propriété» il précise que les sections n'ont pas voulu l'aborder par principe ni entrer dans des distinctions dangereuses car elles ont pensé que ce n'était pas dans le cadre d'une loi d'exception qu'une telle question pouvait être utilement posée et résolue.

La loi est en effet présentée comme une *loi d'exception*, le rapport précise qu'il conviendra de «limiter la servitude au strict nécessaire», que les monuments et objets classés seront peu nombreux car relevant d'un «grand intérêt, un intérêt national».

Aucune de ces recommandations ne sera suivie par la suite. Déjà le champ d'application est large qui vise non seulement les immeubles et les monuments mégalithiques (immeubles par destination) mais aussi les objets mobiliers et, au fil des années l'arche patrimoniale ne cessera de se charger, trop sans doute.

Le souci de protéger la propriété privée est manifeste: il n'y aura classement *que si le propriétaire y consent*, ce que retiendra la loi de 1887 et la question d'indemnisation ne se pose donc pas.

Elle interviendra s'il y a expropriation, procédure applicable mais seulement lorsque la conservation de l'immeuble est un enjeu important et ne saurait être assurée par aucun autre moyen.

Le *second Rapport* est celui du conseiller d'Etat Tétreau du 8 janvier 1881 sur les mesures à prendre pour assurer la conservation des monuments mégalithiques et qui fait le point sur le recours à l'expropriation: aucune difficulté pour admettre que l'expropriation est le seul moyen pratique d'assurer la conservation des monuments historiques lorsque l'acquisition de gré à gré est impossible; il n'est pas indispensable d'avoir à effectuer des travaux pour obtenir le droit d'exproprier; «les traditions nationales, l'histoire, l'art lui-même sont d'utilité publique, aussi bien que les ponts, les arsenaux et les routes», il faut éviter une indemnisation trop lourde en démontrant «l'exagération des propriétaires, dont l'avidité va croissante»<sup>197</sup>.

On apprend aussi que l'utilité et l'opportunité du projet de décret tendant à acquérir par

---

<sup>197</sup> Entre 1833 et 1935 la fixation des indemnités fut confiée à un jury d'expropriation composé de simples citoyens. On pensait que leur qualité de contribuables les inciteraient à économiser les deniers publics mais leur qualité de propriétaires et le risque d'être expropriés les poussèrent à une grande générosité.

voie d'expropriation une partie des alignements de Carnac fut âprement discuté: le décret intervint le 8 juin 1874 mais resta longtemps sans effet.

*Le troisième Rapport* est celui de M. Gasquet présenté à l'Assemblée générale du CE le 19 juillet 1923 relatif au décret portant RAP pour l'exécution de la loi du 31 décembre 1913.

La situation est différente puisque la *loi de 1913* - un texte épuré d'une efficacité remarquable toujours en application et qu'il ne faut surtout pas déconstruire - a supprimé l'obligation de consentement du propriétaire avec quelques garanties lors d'un classement forcé, nécessité d'un décret en Conseil d'Etat et indemnité mais seulement «s'il y a lieu». Les effets du classement sont renforcés mais on pense encore que les classements seront limités.

Les mesures trop radicales tendant à lutter contre le *pillage des œuvres d'art*: interdiction d'exportation et obligation d'informer le ministre avant toute vente furent perçues par certains comme un «risque d'investigations intolérables pour la liberté de la propriété privée». On rectifia les textes, on parla d'«état» et non d'«inventaire» encore moins de «cadastre mobilier artistique».

Le Rapport cherche ici encore à rassurer en estimant que la liste ne retiendra que peu d'objets déjà connus (150 à 200 environ).

S'agissant des avis donnés sur les *classements d'office* on peut supposer que Conseil d'Etat se range aux appréciations du ministre lequel suit, presque toujours, celles de la Commission nationale des monuments historiques devenue Commission nationale du patrimoine. C'est au contentieux que la question de la légalité du classement d'office sera parfois soulevée.

## **1.2. Le juge administratif et le contrôle de l'institution des servitudes et de leur respect.**

Les premiers arrêts du Conseil d'Etat sur ce qui n'était pas encore qualifié de monuments historiques mais plutôt de «domaines nationaux» (expression qui renait dans la loi CAP) remontent au début du XIX<sup>ème</sup> siècle: 16 ont été recensés avant la loi de 1887.

Ils portent sur les destructions, la protection contre l'installation des «ateliers incommodes

et insalubres, les expropriations».<sup>198</sup>

L'entrée en vigueur de la loi de 1887 ne suscite qu'un faible contentieux<sup>199</sup>, ce qui est aussi le cas de la loi de 1913, les litiges portant souvent sur l'interdiction d'affichage et sur des questions préjudicielles de propriété. Le contentieux se développera réellement après la loi de 1943 sur le permis de construire et la législation des «abords».

L'atteinte au droit de propriété s'apprécie à l'aune de la servitude d'utilité publique entraînée par le classement ou l'inscription qui a pour effet le contrôle de l'Etat sur les travaux entrepris sur les immeubles, lourd s'il y a classement: l'immeuble ne pourra être détruit ou déplacé, même en partie, ni être l'objet d'un travail de restauration, de réparation ou de modification quelconque sans autorisation, plus léger, simple obligation d'information, s'il y a inscription. Deux attributs seulement du droit de propriété: *l'usus et fructus* sont atteints mais pas *l'abusus* qui ne le sera que s'il y a expropriation.

Il a fallu attendre jusqu'à 2011 et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour que les mesures de protection des MH soient délivrées de l'accusation de porter atteinte à la DHCCA propos d'une décision d'inscription, le CE dans un arrêt du 17 octobre 2011 avait renvoyé au Conseil constitutionnel comme ayant un caractère sérieux la question de savoir si les articles du code du patrimoine sur le régime des MH portaient atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

La décision du CC 16 décembre 2011 QPC «Sté Grande Brasserie Patrie Schutzengerger», rigoureusement motivée, apporte les éclaircissements nécessaires sur des dispositions normatives indécisées et sur l'ambiguïté de certaines situations de fait.

Le Conseil estime que les dispositions contestées, qui n'entraînent aucune privation du droit de propriété, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789, que les mesures tendant à la préservation du patrimoine historique et artistique sont justifiées par un motif d'intérêt général, qu'elles ne portent pas aux conditions d'exercice du droit de propriété une atteinte disproportionnée au but recherché comme l'exige l'article 2 de la Déclaration de 1789, qu'elles ne créent aucune rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques et qu'elles ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que

---

<sup>198</sup> Dans un arrêt CE 27 mars 1856, «Longuemare», le Conseil d'Etat fait valoir le principe d'indépendance des législations et estime que les pouvoirs attribués au ministre pour protéger la sécurité et la salubrité publique ne peuvent être utilisés pour protéger les sites pittoresques.

<sup>199</sup> 5 arrêts dont deux sur la décision de classement.

la Constitution garantit.

Le Conseil met aussi en valeur la garantie offerte par le contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur les appréciations des autorités administratives.

Le Conseil d'Etat aura donc à se prononcer sur la légalité des décisions de classement ou d'inscription annulant celles qui ne répondent pas à un intérêt public patrimonial. Il se prononce au vu de la situation particulière de chaque immeuble.

Les annulations des arrêtés ou décrets restent assez rares mais ne font pas, comme à l'origine, «figures de curiosité».

On en donnera comme exemple l'annulation de l'inscription des façades et toitures d'une ferme faute d'intérêt «suffisant» CE 7 février 1992, «M. Culture c/ Bresso», l'annulation de l'inscription de la Tour Lopez à Paris du fait de travaux de sécurité ayant altéré les éléments qui faisaient l'originalité du bâtiment: CE 29 juillet 2002, «CAF». La plupart du temps, la Haute juridiction confirme le décret de classement: CE 22 février 1995 «SCEA La Ferme de Fresnoy».

Intéressante mais isolée est l'annulation pour détournement de pouvoir de l'inscription de l'ensemble du restaurant «Le Fouquet's à Paris» dont le motif, pas assez caché, était d'éviter l'installation d'un *fast food*: TA Paris 10 juin 1993, «Coquelard». Un arrêté ultérieur se contenta de n'inscrire que quelques décors des salles.

Une question délicate peut ici être soulevée: le classement ou l'inscription apportent ils une moins value ou ne sont ils pas, au contraire, source de plus-value du fait du prestige apporté à l'immeuble. La servitude pèse sur l'usage de l'immeuble du fait du contrôle des travaux et n'entrave que pour un temps limité la liberté du propriétaire.

*A contrario*, ces travaux dont la qualité est garantie par le contrôle des services spécialisés de l'Etat augmentent en principe la valeur marchande de l'immeuble.

Par ailleurs, la servitude patrimoniale procure de nombreux *avantages financiers* au propriétaire s'agissant des subventions que lui accordera l'Etat. Ainsi, s'il est mis en demeure par le ministre de faire procéder à des travaux de réparation ou d'entretien dans un délai déterminé l'Etat supportera une part de la dépense qui ne peut être inférieure à 50 %. La *décision Grande Brasserie* «Sté Grande Brasserie Patrie Schutzengerger» ne manque pas de faire allusion à cet avantage.

En cas d'exécution d'office des travaux, le propriétaire est tenu de rembourser à l'Etat le coût des travaux exécutés par celui-ci, mais seulement dans la limite de la moitié de son

montant avec de longs délais de recouvrement de la créance. Il peut aussi bénéficier de l'assistance gratuite des services de l'Etat s'il ne dispose pas, du fait de l'insuffisance de ses ressources ou de la complexité des travaux, des moyens nécessaires. Et que dire de la fiscalité avantageuse : déductions, déficit foncier, aides de l'Etat... sur les travaux effectués sur les monuments protégés. Une autre ressource non négligeable peut être trouvée dans la publicité, désormais autorisée, sur les bâches d'échafaudage, les recettes étant opportunément affectées au financement des travaux.

Bien que la question soit en partie réglée, on ne peut manquer d'évoquer une atteinte singulière, née des pouvoirs trop exclusifs et extensifs des *architectes en chef des monuments historiques*. Cette corporation élitiste vénérable jouissait d'un monopole pour le contrôle des travaux de restauration dès lors que ceux-ci étaient même faiblement subventionnés par l'Etat, percevant un pourcentage sur leur montant.

Les architectes en chef s'étaient, de surcroît, sans que les textes les y autorisent, érigés en maîtres d'ouvrage ce qui privait les propriétaires de leur liberté dans l'exécution des travaux, comme celle de choisir les entreprises.

Se fondant sur la spécificité de leur mission et la qualité de leur formation, le Conseil d'Etat se montrait tolérant. Bien qu'il n'eût que peu d'occasions d'intervenir dans cette situation d'autorégulation, sa bienveillance se manifesta lorsqu'il leur accorda la qualité de fonctionnaire CE Ass 11 juillet 1975, «Gabrielli» avec les avantages quant à leur responsabilité et alors qu'ils continuaient d'avoir une clientèle privée.

Les rapports critiques du Parlement ou de la Cour des comptes n'eurent guère d'effet et c'est le droit communautaire de la concurrence qui eût raison de ce monopole singulier: voir décrets des 28 septembre 2007 et 22 juin 2009.

Dans sa décision de 2011, le Conseil constitutionnel ne manque de préciser que «l'autorité administrative ne saurait imposer de travaux au propriétaire du bien inscrit; que celui-ci conserve la liberté de faire réaliser les travaux envisagés par les entreprises de son choix, sous la seule condition du respect des prescriptions de l'autorité administrative soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir».

L'obligation de l'avis conforme des *architectes des Bâtiments de France*, ces «fantassins du patrimoine» avant toute autorisation de construire ou détruire dans les «abords» est perçue comme une contrainte par les propriétaires privés, ainsi que par les maires et le constructeur.

Mais il s'agit là d'une intervention dans le cadre de la délivrance du permis de construire et non d'une servitude. Autorisation de synthèse, le permis de construire doit respecter la législation de l'urbanisme ainsi que d'autres législations spécifiques, dont celle sur le patrimoine, ce qu'atteste l'avis conforme.

L'utilité et l'efficacité de cet avis, soumis en appel au préfet de région, est une garantie essentielle à la qualité patrimoniale des travaux entrepris aux abords du monument préservé qui a besoin d'un «écrin» être mis en valeur.

L'avis conforme ne doit pas devenir un avis simple comme cela fut projeté lors de la préparation de la loi CAP, et si on met en avant actuellement la nécessité de construire vite, cet impératif économique et parfois social ne doit pas affaiblir les garanties patrimoniales. Quant au «périmètre intelligent» destiné à remplacer le «rond bête et méchant», il risque de mettre fin à un système qui avait le mérite de la simplicité et de l'égalité en développant un contentieux que l'on veut, par ailleurs, limiter.

Le juge est parfois amené à se prononcer sur une éventuelle *indemnisation de la servitude*. La Cour de cassation a rappelé qu'en principe, le classement ne donne lieu à aucune indemnisation: Cass.Civ. 8 mars 2000, «SCEA Ferme de Fresnoy» et l'affaire ayant été portée devant la CEDH celle-ci, dans une décision du 1<sup>er</sup> décembre 2005 rejetant la demande d'indemnisation, fait le point sur «le juste équilibre à rechercher entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux», principe posé par la jurisprudence «Sporrong et Lönnroth» du 3 septembre 1982. Semblable position est adoptée dans l'affaire CEDH 25 juin 2015 «Couturon c/ France» à propos d'une demande d'indemnisation pour dépréciation d'une partie d'un monument protégé exproprié pour la construction d'une autoroute.

Cette rigueur s'assouplit lorsque le classement intervient d'office par décret en Conseil d'Etat.

Le nouvel article L 621-3 issu de l'ordonnance du 27 avril 2017, dispose que «le classement peut ouvrir droit à indemnité au profit du propriétaire s'il résulte des servitudes et obligations dont il s'agit une modification de l'état ou de l'utilisation des lieux causant un préjudice direct, matériel et certain». A défaut d'accord amiable, l'indemnité est fixée par le juge de l'expropriation.

On signalera enfin une affaire singulière qui concerne l'indemnisation d'un intérêt privé particulier, celui du *préjudice moral de l'architecte* et ici de ses héritiers.

Il s'agit du recours formé par les héritiers de l'architecte ayant construit un immeuble rue des Bons Enfants à proximité du Conseil d'Etat qui, après le départ des services du ministère des Finances, fut attribué au ministère de la Culture.

Afin d'unifier les différentes parties, la façade - à notre avis fort disgracieuse - fut couverte par une mantille de ferronnerie de 5000m<sup>2</sup> conçue par Francis Soler. Les héritiers saisirent le Tribunal administratif de Paris qui reconnut le préjudice moral et condamna l'Etat à leur verser un euro symbolique: TA 1<sup>er</sup> mars 2007.

Mais deux mois plus tard, le 3 mai 2007, le ministère de la Culture signait avec les héritiers une *transaction financière* leur accordant une indemnité de 300.000 euros contre leur renonciation à demander la dépose de la résille.

Dans son Rapport annuel 2010, la Cour des comptes se montre très sévère à l'encontre du ministère: précipitation, ordre du ministre d'effectuer le versement sans recourir à une procédure d'homologation, somme excessive (une comparaison est faite avec l'indemnisation versée à l'architecte du stade de la Beaujoire à Nantes, soit 15.000 euros: CE 21 septembre 2006 «Agopyan»).

### 1.3. Le juge administratif et le contrôle de la régularité de l'expropriation.

La possibilité de recourir à l'expropriation d'un immeuble pour assurer sa conservation fut admise par Napoléon lui-même lors de la discussion de la fameuse loi de 1810 à laquelle cet amoureux du droit (qui avait assisté à plus de la moitié des séances de préparation du code civil) participait.

Interrogé pour savoir si l'utilité publique de la construction de routes ou de canaux pourrait aussi commander l'acquisition d'un «château, il répondit brièvement: «Un décret désignera cette propriété», ce qui ouvrait la voie aux expropriations pour intérêt public patrimonial. Par la suite, il suivra de près les garanties à accorder aux propriétaires comme le montre la fameuse «note» adressée à Cambacérès depuis le château de Schonbrunn (lettre du 29 septembre 1809) où il enjoint de confier au juge judiciaire la compétence pour transférer la propriété et fixer l'indemnisation.

Cinq lettres de relance seront nécessaires mais la volonté impériale l'emportera sur la résistance du Conseil d'Etat à cette attribution de compétence.

Les lois du 1810 et 3 mai 1841 donnent à l'expropriation un champ d'application large puisqu'elle peut concerner un immeuble classé ou en instance de classement en raison de son intérêt public et un immeuble dont l'acquisition est indispensable à sa conservation gravement compromise par l'insuffisance d'entretien.

Le propriétaire peut aussi la solliciter pour échapper aux contraintes financières des réparations.

Le plus souvent cette acquisition interviendra pour isoler, dégager, assainir ou mettre en valeur un immeuble classé: ce sera le cas pour l'expropriation de plus de cent maisons enchevêtrées dans l'enceinte du théâtre antique d'Orange (ordonnance royale de 1845). Il en sera de même pour les alignements de Carnac (décret de 1874) et le Mont Saint Michel (décret de 1900). Ce même objectif justifie, depuis la loi de 1943 les expropriations dans le champ de visibilité d'un immeuble classé ou inscrit: ainsi de l'expropriation des immeubles situés aux abords de la maison de Balzac à Paris: CE 15 février 1956, «Drugeon», concl. Marceau Long.

L'analyse de la jurisprudence fait ressortir les points suivants: s'agissant des moyens externes celui de l'*incompétence* est parfois retenue en l'absence d'un décret en Conseil d'Etat: CE 1<sup>er</sup> juillet 1959, «Drugeon» et CE 14 octobre 1956, «Delle Deffaud à propos des monuments classés des Baux de Provence»; s'agissant des moyens de légalité interne le *détournement de pouvoir* est parfois invoqué l'exproprié prétendant que l'opération a un autre but qui échappe à l'intérêt général comme par exemple de favoriser un autre propriétaire privé, mais jamais ou presque retenu: cfr. un vieil arrêt du 7 juillet 1893 Courcelle».

Il en est de même du détournement de procédure: CE 27 juillet 2005, «Commune de Villers-sous-Saint Leu».

La question la plus intéressante et qui donne lieu à la plupart des contentieux est celle de savoir s'il y a utilité publique ou non. L'un des «grands arrêts du Conseil d'Etat: CE Ass. 28 mai 1971, «Ville nouvelle Est», concl. Guy Braibant, introduit dans le droit de l'expropriation la théorie du bilan «coût-avantages» de l'opération déclarée d'utilité publique remplaçant l'ancien contrôle *in abstracto* par un contrôle *in concreto* adapté à chaque situation.

Seront pris en compte divers intérêts parmi lesquels «figure notamment la sauvegarde des monuments et des sites ayant fait l'objet de protection»: CE Ass. 3 mars 1993, «Commune

de Saint en Laye».

En dépit des atteintes portées au château et à la forêt de Saint Germain en Laye par la construction d'une autoroute, son intérêt pour faciliter l'accès à Paris l'emporte dans cette affaire.

Comme il a été dit, cette contribution ne traite ni des atteintes portées à la propriété privée par les fouilles archéologiques ni de celle causées par la restitution des œuvres d'art, contentieux qui porte surtout sur l'indemnisation et relève du juge judiciaire. Le Conseil d'Etat est parfois conduit à se prononcer sur des questions annexes. Ce fut le cas dans deux affaires emblématiques dont celle de la grotte Chauvet<sup>200</sup> où il s'est prononcé sur les droits de l'inventeur et du propriétaire du sol après la loi du 15 janvier 2001 sur l'archéologie préventive: CE 14 octobre 2001 et CE 24 avril 2012 (à propos de la grotte de Vilhonneur). Quant à l'affaire Walter, surtout connue par la générosité de la Cour de cassation estimant à 145 millions de frs le préjudice subi par M Walter du fait du classement d'office et du refus d'exportation du «Jardin à Auvers» de Vincent Van Gogh: Cass. Ière civ. 20 février 1996, le Conseil d'Etat était intervenu préalablement pour décider que l'œuvre présentait un intérêt public patrimonial bien qu'ayant quitté la France après la mort du peintre pour n'y revenir qu'en 1955: CE 31 juillet 1992, «Walter».

## 2. Les intérêts privés et l'atteinte à l'intérêt public patrimonial.

Après la réflexion sur l'atteinte portée aux biens patrimoniaux appartenant à des personnes privées, il sera ici question de l'atteinte portée aux biens patrimoniaux appartenant à des personnes publiques. Dans quelle mesure l'appel aux intérêts privés pour la mise en valeur de ces biens sert-elle l'intérêt public patrimonial?

Il est de longue tradition en droit administratif que le service public fasse appel pour son bon fonctionnement à des personnes privées et à des méthodes de gestion empruntant au droit privé.

La protection et la mise en valeur du patrimoine monumental requiert de plus en plus cette coopération et idéalement chaque partenaire en retirera des avantages.

---

<sup>200</sup> La grotte fut découverte en 1995. Les premiers contentieux remontent à 1997 et la Cour de Cassation a rendu un nouvel arrêt le 3 novembre 2016, contentieux qui a aussi été porté devant la CEDH et le CE.

Le patrimoine trouvera des sources de financement pour son coûteux entretien et les personnes privées des sources de revenus et de profit qui compenseront leur générosité patrimoniale. Une bonne harmonie peut s'établir entre les intérêts privés et l'intérêt public patrimonial et le droit a mis au point des systèmes de coopération efficaces avec des recettes différentes selon les pays: ainsi du *National Trust anglais* difficile à transposer en France du fait du renoncement par le propriétaire privé à l'aliénation de son bien.

Mais, depuis quelques années, des dérives se constatent encouragées par un objectif qui a les faveurs des pouvoirs publics : la valorisation économique des biens publics sans que l'on fasse un sort particulier aux biens publics protégés par l'intérêt public patrimonial.

### 2.1. La notion de patrimoine et ses dérives.

Il convient d'attirer l'attention sur un *amalgame* qui obscurcit actuellement le concept de patrimoine en droit public. Cette situation, dont on parle encore peu, se manifeste par la tendance récente des rédacteurs de textes, parfois de la doctrine, plus rarement de la jurisprudence, à abuser du terme de patrimoine en l'appliquant largement aux biens publics sans distinction.

Cette banalisation, cette altération risquent de conduire à des confusions sur le sens et la portée juridique d'un concept auparavant clairement identifié et peut avoir des conséquences sur la protection patrimoniale<sup>201</sup>.

Le concept de patrimoine est à l'origine un concept de droit privé, concept souvent proche de la fiction, né dans la doctrine allemande et transposée en France au début du XXème siècle par Aubry et Raux, pour dynamiser la notion de bien.

Le patrimoine est lié à la personnalité et à l'universalité. En droit public, le terme de patrimoine était réservé à des biens d'une nature particulière, marqué par un élitisme culturel ou naturel rendant nécessaire leur protection et leur mise en valeur.

Prenant en compte cette spécificité, la codification a donné lieu à un *code du patrimoine* s'agissant du patrimoine culturel défini à l'article 1er, le patrimoine naturel étant traité par le *code de l'environnement*.

---

<sup>201</sup> J. Morand-Deville, *Biens publics et droit de propriété*, in J.L. Autin, Presses Faculté de droit de Montpellier, 2012; *Id. Le patrimoine et ses excès*, in P. Bon (édité par), *Mélanges*, Dalloz, 2014.

Mais voici que ces dernières années on assiste à un abus du terme qui tend à qualifier de patrimoine l'ensemble des biens publics sans distinction.

La cause, évidente, est cet engouement pour la valorisation économique des biens publics afin de réparer les méfaits d'une gestion archaïque.

L'objectif de gestion rentable, tout à fait légitime, conduit les personnes publiques propriétaires et gestionnaires à s'inspirer de ces méthodes afin de tirer le meilleur parti, sinon profit, de leurs biens.

Insensiblement, la *patrimonialisation*, s'infiltré partout et d'une globalisation de la gestion, on glisse sans s'en apercevoir vers une globalisation du contenu. Tous les biens publics deviennent des patrimoines publics.

Prudent, le Conseil d'Etat n'a pas adopté cette transgression et la Cour de cassation préfère continuer à mentionner la patrimonialité sans céder à la mode de la patrimonialisation.

La banalisation du concept de patrimoine en droit public et la conception trop utilitariste de l'intérêt général risquent de faire perdre son sens à l'intérêt public patrimonial entraîné vers une valorisation économique qui méconnaîtrait sa spécificité et les garanties nécessaires à la protection de biens «pas comme les autres».

## 2.2. Les transferts de propriété.

Plus de la moitié des monuments historiques sont des propriétés publiques, surtout communales, ce qui conduit à s'interroger sur les nouvelles politiques d'aliénation et de gestion au regard de l'intérêt patrimonial.

La question est complexe car les budgets publics ne peuvent plus faire face aux dépenses d'entretien et à la sauvegarde de «chefs d'œuvre en péril» d'où la tentation de transférer une partie de ce patrimoine au secteur privé.

L'allègement d'une *arche patrimoniale* trop chargée et les mérites de la participation des investisseurs privés à l'intérêt public patrimonial: fondations, mécénat ne sont pas contestables.

Mais quel est le seuil à ne pas dépasser afin que les intérêts privés n'altèrent pas l'intérêt public patrimonial?

Chargé de la gestion dynamique des domaines, le Ministère des Finances eût tendance à

traiter le patrimoine monumental comme les autres biens publics. La circulation de ces biens devint un objectif et les transferts de propriété furent encouragés. Lorsqu'ils interviennent entre personnes publiques il n'y a guère de problèmes et, cette circulation des biens publics peut être.

Encouragée<sup>202</sup> comme le fait la loi CAP en supprimant l'obligation de déclassement préalable. Les problèmes surviennent lorsqu'il y a transfert d'une propriété publique patrimoniale vers un patrimoine privé, un tel transfert étant juridiquement aisé.

Il est aisé regard du droit du patrimoine car la servitude porte seulement sur l'usage du bien et pas sur son aliénation.

Il l'est aussi au regard du droit de la domanialité publique car le principe d'inaliénabilité d'un bien du domaine public étant lié à son affectation, il suffit de supprimer cette affectation et de déclasser le bien pour que celui-ci passe du domaine public au domaine privé et devienne aliénable.

On assista donc, ces dernières années à des aliénations massives après désaffectation décidées souverainement par l'administration des Domaines, service rattaché au Ministère des Finances, transfert qui n'épargna pas les monuments protégés parfois prestigieux.

La ville de Paris, propriétaire d'un riche patrimoine, se lança dans une accélération des cessions qualifiées d'«actifs immobiliers non stratégiques» afin de financer la construction de logements sociaux<sup>203</sup>.

La vente ne se préoccupe pas des affectations nouvelles<sup>204</sup>, et l'acquéreur privé fait souvent une bonne affaire en revendant le bien, peu après l'acquisition, à un prix supérieur à celui versé à l'administration.

Devant ces excès les critiques se manifestèrent et le tollé de protestations devant la reconversion (on n'alla pas jusqu'à envisager l'ailénation!) de l'Hôtel de la Marine précipita les réformes.

La loi CAP du 7 juillet 2016 et les ordonnances qui ont suivi ont apporté d'intéressantes

---

<sup>202</sup> De nombreux rapports se sont succédés encourageant les transferts d'immeubles protégés de l'Etat vers les collectivités locales; cfr. en particulier J.P. Bady *Réflexions et propositions pour une politique nationale du patrimoine*, 2002; R. Rémond, *Monuments historiques appartenant à l'Etat*, 2004, p. 69. Immeubles appartenant à l'Etat furent transférés aux collectivités territoriales sur une liste qui en avait retenu 176.

<sup>203</sup> Ainsi de plusieurs hôtels particuliers du XVIIème siècle: celui de Fourcy, place des Vosges, celui de Coulonges et celui de Chalon-Luxembourg. La France n'est pas la seule à s'être lancée dans cette politique de gestion. En 2012, l'Italie qui avait déjà vendu aux enchères 140 bâtiments a décidé d'un plan d'aliénation sur 5 ans portant sur 350 monuments protégés.

<sup>204</sup> Ainsi du Palais de Justice de Nantes transformé en un hôtel Radisson au look contemporain agressif.

réformes rendant plus difficile la disponibilité du patrimoine monumental, réformes que le Conseil d'Etat dans ses sections administratives a sans doute encouragées.

Elles tendent à ce que le ministère de la Culture soit informé et prié de donner son avis sur les projets d'aliénation du ministère des Finances. Une catégorie nouvelle de biens protégés appartenant à l'Etat et présentant un «lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation» est qualifiée de *domaines nationaux* ce qui entraîne leur inaliénabilité et leur imprescriptibilité. Une autre catégorie, celle des *ensembles historiques mobiliers*, sera protégé par une servitude permettant le maintien dans les lieux des objets. Les aliénations des biens patrimoniaux à l'étranger<sup>205</sup> seront désormais plus transparentes et contrôlées, le Ministre des Finances devant préalablement *consulter* la Commission nationale du Patrimoine. Enfin, les actions en revendication et en nullité des actes de transfert de propriété sont facilitées, actions de la compétence du juge judiciaire, C. Cass 1<sup>e</sup> civ. 3 mai 1988 «Renault», le ministre de la Culture pouvant agir en lieu et place du propriétaire défaillant.

### 2.3. Les autorisations d'occupation domaniale.

Une autre menace pèse sur l'intérêt public patrimonial qui concerne les autorisations domaniales portant sur un bien patrimonial.

Le droit du domaine public est ici directement mis en cause et le Conseil d'Etat est compétent pour apprécier la régularité de ces autorisations, par acte unilatéral ou contractuel, au regard de l'affectation domaniale et de respect de l'intégrité du domaine.

Pour clore ces réflexions on empruntera à un cas pratique, fort peu médiatisé à la différence, par exemple, de celui de l'atteinte portée aux Serres d'Auteuil par les aménagements de Roland Garros: celui du contentieux sur le Jardin des Tuileries à Paris.

Lors des travaux d'aménagement du Grand Louvre, des forains installent leurs manèges et bientôt la Grande Roue dans les Jardins *sans autorisation*.

L'Etat laisse faire, ce qui n'est pas sans surprendre: n'enseigne-t-on pas aux étudiants que l'administration a l'obligation de mettre fin sans délai à une dégradation du domaine public

---

<sup>205</sup> Cfr. vente du palais Clam Gallas à Vienne au Qatar 22 millions d'euros, vente des bâtiments de la chancellerie et du consulat de France à Londres pour 120 millions d'euros La maison de France à Berlin a échappé à la cession grâce à une forte mobilisation.

et à plus forte raison à une occupation sans titre.

Un titre d'occupation est enfin accordé dont une première association «Défense des Tuileries» demande l'annulation laquelle est accordée par le TA de Paris.

Mais le CE dans un arrêt du 23 juin 1995 revient sur cette annulation, estimant qu'«aucune des activités n'est incompatible avec la vocation et la destination du jardin des Tuileries»

Une seconde association *Les amis des Tuileries*, dirigée par la président Guy Braibant demande l'annulation d'une nouvelle AOT (arrêté du ministre de la Culture autorité devenue gestionnaire à la place du ministère), requête rejetée par le CE dans un arrêt du 22 janvier 2007 à la rédaction embarrassée: rappel de la compatibilité sous réserve de limites de temps et de lieu et tolérance à l'égard des imprécisions et omissions dans les conditions d'occupation.

La modeste association poursuit sa mission de *veille vigilante*, opiniâtre dans son appréciation de l'affectation d'un bien patrimonial prestigieux: le jardin des Tuileries est avec les berges de la Seine classé au patrimoine mondial de l'UNESCO et il est, par ailleurs, l'un des rares espaces verts du centre de Paris. Ne mérit et il pas une protection particulière et son affectation n'est elle pas la promenade dans un milieu naturel préservé avec des attractions adaptées à protection d'espaces fragiles que les installations massives et bruyantes et les lourds camions qui les transportent dégradent.

Quant aux intérêts privés ici en cause, si les redevances versées sont un apport utile à l'entretien du Jardin, elles semblent disproportionnées par rapport aux avantages accordés aux forains et aux autres installations commerciales, avantages qui n'ont cessé de croître avec l'installation de la Grande Roue, place de la Concorde et du marché de Noël sur les Champs Elysées accordée aux même bénéficiaires.

Si la jurisprudence de Conseil d'Etat sur les atteintes que les servitudes patrimoniales portent à la propriété est désormais clairement établie, elle devra s'affirmer sur la question de la proportionnalité à respecter et du seuil à ne pas dépasser pour que les intérêts privés restent au service de l'intérêt public patrimonial et non l'inverse.

Il s'agit d'un débat sur les valeurs et sur le risque d'affaiblissement des valeurs esthétique, éthique et aussi écologique par les valeurs économique et financière.

Il s'agit aussi d'un débat sur la démocratie car, comme le disait mon maître Georges Vedel lors d'un colloque sur l'esthétique et le droit: «l'esthétique est un élément de l'éthique démocratique».

## PARAMETRI COSTITUZIONALI E NON MANIFESTA INFONDATEZZA NELL'ORDINAMENTO MULTILIVELLO\*.

di Irene Tricomi\*\*

**Sommario.** 1. Il rapporto tra Giudice comune e Corte costituzionale nell'ordinamento giuridico multilivello. 2. La delibazione di non manifesta infondatezza. 3. Parametro di giudizio, *thema decidendum*, motivazione sulla non manifesta infondatezza. 4 I principi supremi. 4.1. I cd. controlimiti: principi fondamentali e diritti inalienabili della persona umana. 4.2. I principi costituzionali enucleati in via interpretativa dalla Corte costituzionale: ragionevolezza, legalità, affidamento nella sicurezza dei rapporti giuridici. 5. Il parametro interposto.

106

### 1. Il rapporto tra Giudice comune e Corte costituzionale nell'ordinamento giuridico multilivello.

Il sistema di accesso alla giustizia costituzionale rimette al Giudice un ruolo di forte responsabilità, sia rispetto alle istanze delle parti nel giudizio principale, in ragione della sospensione del giudizio in corso, sia rispetto alla collettività, attesi gli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale<sup>206</sup>, e richiede una collaborazione tra Giudice comune e Corte costituzionale nella fase della proposizione della questione, nonché nella fase dell'attuazione delle pronunce costituzionali.

Il Giudice comune, nel modello accentrato di giustizia costituzionale con accesso in via incidentale<sup>207</sup>, opera una sorveglianza, nel tempo, sulla legittimità delle leggi, ben potendo anche offrire argomenti, in ragione dei mutamenti dell'ordinamento giuridico e del momento storico sociale, nonché dell'evoluzione nell'interpretazione dei valori costituzionali, per riesaminare questioni già sottoposte al vaglio del Giudice delle Leggi.

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. L'articolo riprende, con modifiche ed integrazioni, il testo della relazione tenuta dalla dott.ssa Irene Tricomi alla Corte costituzionale il 22 giugno 2017 su "L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale", nell'ambito del corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura "Giudice comune e Corte costituzionale".

\*\* Consigliere della Corte Suprema di Cassazione.

<sup>206</sup> Sul peculiare profilo degli effetti delle pronunce della Corte costituzionale nel tempo, si v. I. Nasso, *La Corte costituzionale: guardiana (ragionevole) del tempo o fredda ragionatrice? Riflessioni sul potere di modulazione quoad tempus degli effetti delle sentenze di incostituzionalità*, in A.A. V.V., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016.

<sup>207</sup> Sull'accesso in via incidentale ai giudizi della Corte costituzionale, cfr. R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, ESI, 2006; M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit.

Come noto, diversi sono i casi e le pronunce che si possono ricordare, sintomatici di mutamenti di orientamento su medesime questioni a distanza di anni.

Il divieto di accesso delle donne a tutti gli uffici pubblici, e quindi alla Magistratura, venne superato con la sentenza n. 33/60, dopo che la pronuncia n. 56/58 aveva rigettato la questione.

La sentenza n. 126/68 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 559 del codice penale che puniva soltanto la moglie adultera e non il marito.

Così è accaduto anche nel caso del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario disciplinato dall'art. 222 del codice penale, norma della quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale<sup>208</sup> con la sentenza n. 253/03, dopo che la medesima disposizione aveva già costituito oggetto di numerose pronunce di non fondatezza o inammissibilità a partire dal 1967.

Da ultimo, si può ricordare che, con la sentenza n. 286/16, la Corte ha affermato il diritto dei coniugi di comune accordo alla trasmissione ai figli anche del cognome materno, al momento della nascita, o in caso di adozione, in ragione del processo di valorizzazione del diritto all'identità personale.

Oggi la partecipazione del Giudice comune al sistema di giustizia costituzionale si caratterizza, in ragione della pluralità di fonti sovranazionali che connotano l'ordinamento giuridico multilivello, per il rilevante ruolo che lo stesso è chiamato a svolgere nella individuazione e costruzione dei parametri costituzionali complessi, in relazione ai quali la violazione della Costituzione deve essere prospettata, per il tramite dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, per come alcune disposizioni costituzionali, avendo riguardo alla fattispecie oggetto del giudizio principale, sono integrate dal diritto eurounitario e convenzionale

La questione dell'adeguamento dell'ordinamento interno all'insieme delle tutele multilivello sovranazionali rappresenta, infatti, un tema di rilevante complessità quando non sia possibile seguire il percorso dell'interpretazione adeguatrice<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> Cfr. Corte cost., s.n. 253/2003: «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale».

<sup>209</sup> Sull'interpretazione costituzionalmente orientata si vede da ultimo la sentenza della Corte cost. n. 42/17, cons. dir. 2.2., ove si afferma, circoscrivendo, rispetto al precedente orientamento, l'ambito della stessa: «se, dunque, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), (...), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel

Proprio il Giudice comune, chiamato a garantire un'applicazione effettiva ed omogenea della normativa dell'Unione europea, anche come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE), contribuisce a promuovere quello che viene indicato come dialogo tra le Corti<sup>210</sup>, come testimoniano le complesse ordinanze di rimessione con cui sono state sollevate rilevanti questioni e le relative pronunce del Giudice delle Leggi.

Nel trattare la questione dei crimini internazionali e dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile dei Tribunali italiani (Corte costituzionale, sentenza n. 238/14)<sup>211</sup>, la Corte ha affermato che, benché l'interpretazione da parte della Corte internazionale di giustizia della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per atti ritenuti *iure imperii* sia un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa la Corte medesima, tuttavia, il sacrificio totale alla tutela giurisdizionale dei diritti delle vittime per i danni derivanti da crimini di guerra (nella specie commessi, almeno in parte, *iure imperii* dal Terzo Reich) si pone in contrasto con il principio

---

merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile», con nota di R. Romboli, in *Foro it.*, n. 4/2017.

<sup>210</sup> Il rapporto tra gli ordinamenti giuridici nazionale e sovranazionale e la tutela dei diritti garantita dalle relative Corti costituisce oggetto di riflessione in dottrina; cfr. A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. Bilancia e E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè; ma anche S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, n. 3/2007; M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007; S. Bartole, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009; A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, F. Dal Canto e M.E. Gennusa (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Atti del seminario svolto a Pisa il 4-5 giugno 2010, Torino, Giappichelli, 2011; M. Cartabia e M. E. Gennusa, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2011; M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit.; F. Patroni Griffi, *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici supremi*, in *federalismi.it.*, n. 12/2017.

<sup>211</sup> R. Bin, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sentenza n. 238/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016; S. Lieto, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; C. Pinelli, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisprudenza straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Giur. cost.*, n. 5/2014; A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta on line*, 2014; T. Groppi, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta on line*, 2015; A. Ruggieri, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali possibili "seguiti" della 238 del 2014*, in *Consulta on line*, 2015; G. Silvestri, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015; P. Veronesi, *"Stati alla sbarra"? Dopo la sentenza costituzionale n. 238 del 2014*, in *Quad. cost.*, n. 3/2016.

fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali assicurata dalla Costituzione italiana agli artt. 2 e 24.

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disciplina dei contratti a termine dei docenti e del personale amministrativo tecnico e ausiliario (sentenza n. 187/16)<sup>212</sup>, la Corte ha rivendicato a sé la natura di «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ritenendo la propria legittimazione ad effettuare, anche nei giudizi in via incidentale, il rinvio pregiudiziale alla CGUE. Di tale istituto la Corte si è nuovamente avvalsa nel giudizio incidentale relativo agli effetti della sentenza della Grande Sezione della CGUE, 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco (Corte costituzionale, ordinanza n. 24/17)<sup>213</sup>.

Vede coinvolte la giurisdizione nazionale di legittimità e la Corte europea dei diritti dell'uomo la questione relativa alle modalità di determinazione delle pensioni in ordine ai contributi versati dai lavoratori italiani che hanno prestato lavoro nella Confederazione elvetica (Corte costituzionale, sentenze n. 172/08 e n. 264/12, n. 166/17)<sup>214</sup>. Nel dirimere la questione, la Corte ha posto in evidenza che il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e tutela

<sup>212</sup> I. Carlotto, *Circuiti virtuosi: la vicenda dei precari della scuola tra Corti e legislatore*, in *Quad. cost.*, n. 4/2016; R. Romboli, *nota alla sentenza Corte cost. n. 187 del 2016*, in *Foro it.*, 1/2016.

<sup>213</sup> F. Bailo, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurolunitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *Consulta on line*, 2017; A. Laurito, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017; M. Luciani, "Intelligenti pauca". *Il Caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale A.I.C.*, n. 1/2017; F. Palazzo, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2017; A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta on line*, n. 1/2017.

<sup>214</sup> La Corte con la recente sentenza n. 166/17 nel dichiarare inammissibile la questione ha, tuttavia, affermato che non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo con la "sentenza Stefanetti" che ha ravvisato (sia pur con l'opinione dissenziente di due suoi componenti) un contrasto dell'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006 – che prevede che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, debba essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro Paese nel medesimo periodo – con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU.

Tra i diversi scritti che hanno vagliato i profili costituzionali che vengono in rilievo con riguardo alla vicenda "pensioni svizzere", si segnalano, G. Amoroso, *Sui controlimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Foro it.*, n. 1/2013; F. Bilancia, *Leggi retroattive ed interferenze nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, n. 6/2012; G. Turatto, "Le pensioni svizzere" sullo sfondo delle tensioni tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'Uomo e l'interlocuzione della Corte di cassazione, in *Europeanrights.eu*, 2015.

costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti (complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata), cioè con altre norme costituzionali, che, a loro volta, garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni della Corte costituzionale, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro<sup>215</sup>.

Da ultimo, la Corte ha vagliato il rapporto tra pronuncia della Corte EDU e stabilità del giudicato amministrativo, affermando che nel nostro ordinamento la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore (Corte costituzionale sentenza n. 123/17).

Naturalmente, il Giudice comune, nella elaborazione dei parametri complessi, deve confrontarsi con la giurisprudenza costituzionale che, nel tempo, ha concorso a definire le regole del giudizio incidentale e ha posto in luce la pluralità di criteri di giudizio che sono racchiusi nella espressione “parametro costituzionale”, come correntemente utilizzata, che sarà esaminata nel corso della trattazione.

## 2. La delibazione di non manifesta infondatezza

Per essere sollevata, la questione in via incidentale, ai sensi dell'art.1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, che reca “Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale”, deve essere «non ritenuta dal giudice manifestamente infondata».

---

<sup>215</sup>In tali termini si è espressa la citata sentenza n. 264/12. Con la recente sentenza n. 166/17, la Corte costituzionale ha escluso che il *novum* della “sentenza Stefanetti” evidenzi un profilo di incompatibilità, con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, che sia riferito, o comunque riferibile, alla disposizione nazionale in esame, in termini che ne comportino, per interposizione, il contrasto – nella sua interezza – con l'art. 117, primo comma, Cost., come prospettato dal giudice *a quo*.

Dunque, come è evidente, mentre la rilevanza, nell'attendere allo specifico caso in cui deve pronunciarsi il giudice, si volge al giudizio principale, la non manifesta infondatezza va oltre il limite del giudizio *a quo*, in quanto tende ad una finalità che va al di là dell'incidenza sul singolo concreto processo.

I rapporti tra Corte costituzionale (art. 134 e ss. Cost.) e Giudice comune (art. 101 e ss. Cost.) intercorrono tra due poteri distinti.

Il giudizio di rilevanza e la delibazione di non manifesta infondatezza appartengono alla competenza rimessa all'Autorità giudiziaria: tuttavia, nel momento in cui l'ordinanza di rimessione introduce il giudizio costituzionale, la stessa è oggetto di un vaglio di validità che la Corte costituzionale svolge nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza del giudice rimettente<sup>216</sup>.

La pronuncia del giudice *a quo* sulla non manifesta infondatezza della questione, forma oggetto dell'esame della fondatezza della questione e resta in questo assorbito. Così, la sentenza n. 93/64 ha affermato: «[...] L'apprezzamento delle ragioni che il giudice *a quo* pone a base del suo convincimento forma invece oggetto dell'esame della fondatezza della questione che, al fine della decisione sul dedotto contrasto fra le norme denunciate a norme della Costituzione, è devoluto alla Corte costituzionale».

Proprio in ragione dei diversi ambiti di competenza, la eventuale divergenza è solo apparente, in quanto Giudice comune e Corte costituzionale si muovono ciascuno nell'ambito della propria sfera interpretativa.

Dunque, una pronuncia di non fondatezza, o anche di inammissibilità, in relazione a questioni poste, comunque, in modo tecnicamente corretto, non indicano un esercizio inadeguato della funzione rimessa al Giudice comune, perché a fronte dell'esito negativo della sperimentazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata e del dubbio di costituzionalità, sollevare la questione di costituzionalità è funzionale al sistema di giustizia

---

<sup>216</sup> C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"*, Milano, Giuffrè 1957; F. Pizzetti e G. Zagrebelsky, *"Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1972; V. Angiolini, *La manifesta infondatezza nei giudizi costituzionali*, Padova, Cedam, 1988; M. Luciani, *La non manifesta infondatezza come caratteristica oggettiva della questione di costituzionalità (nota a ord. n. 425 del 1992)*, in *Giur. cost.*, 1992; R. Romboli, *Il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamento in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, Giappichelli, 2014; G. Amoroso e G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015; E. Malfatti, S. Panizza e R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016; A. Ruggeri e A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

costituzionale voluto dal Costituente ed è doveroso, così come spetta alla Corte effettuare il vaglio di costituzionalità attribuitogli dalla Carta fondamentale.

Così, la recente sentenza n. 111 del 2017, nel dichiarare inammissibili le questioni sollevate in relazione alla disciplina della diversa età pensionale degli uomini e delle donne, ha riportato l'attenzione sul ruolo centrale che ha il Giudice comune nel garantire un'applicazione effettiva ed omogenea della normativa dell'Unione europea, anche come interpretata dalla CGUE.

Il vaglio di non manifesta infondatezza non è precluso al Giudice da una precedente sentenza costituzionale di non fondatezza, che conforma l'interpretazione del rimettente dovendo quest'ultimo applicare la legge, salvo la possibilità di riproporre la questione.

In tale senso, è interessante richiamare la giurisprudenza di legittimità sugli effetti delle sentenze interpretative di rigetto. La Cassazione, a Sezioni Unite civili, con la sentenza n. 27986/13, ha affermato che «Il vincolo che deriva, sia per il giudice *a quo* sia per tutti gli altri giudici comuni, da una sentenza interpretativa di rigetto, che – com'è noto, secondo il diritto positivo, non è assistita dall'efficacia vincolate *erga omnes*, di cui all'art. 136 Cost., primo comma, e legge n. 87 del 1953, art. 30, comma 3 –, è soltanto negativo [...]. Vincolo soltanto negativo inoltre, tale da non precludere la possibilità di seguire, nel processo *a quo* o in altri processi, terze interpretazioni ritenute compatibili con la Costituzione, oppure di sollevare nuovamente, in gradi diversi dello stesso processo *a quo* o in un diverso processo, la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione oggetto della pronuncia interpretativa proprio sulla base della interpretazione – ritenuta corretta o l'unica possibile – rifiutata dalla Corte costituzionale la quale giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni, eventualmente evocando anche parametri costituzionali diversi da quello precedentemente indicato e scrutinato».

### **3. Parametro di giudizio, *thema decidendum*, motivazione sulla non manifesta infondatezza.**

Il parametro di giudizio<sup>217</sup>, come individuato dal giudice *a quo*, nonché le ragioni del vaglio di non manifesta infondatezza, concorrono a determinare il *thema decidendum* in uno alle disposizioni impugnate, e a sostanziare la questione di legittimità costituzionale.

---

<sup>217</sup> A.A. V.V., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Atti del Seminario di Palermo 28-29 maggio 1998, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Giappichelli, Torino, 2000; Francesco Del Canto, *Il*

La determinazione dei parametri costituzionali e le ragioni della non manifesta infondatezza individuano la questione sulla quale la Corte costituzionale è chiamata a decidere rispettando il principio del rapporto tra chiesto e pronunciato.

Ai sensi dell'art. 27, primo periodo, della legge n. 87 del 1953, la Corte dichiara quali sono le disposizioni legislative illegittime, nei limiti dell'impugnazione; il secondo periodo dell'art. 27 da ultimo citato prevede, tuttavia, che «essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata».

Da ultimo, si può ricordare che ha fatto applicazione di detta disposizione la sentenza della Corte costituzionale n. 93/17, così statuendo: «ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 [...], la dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, all'art. 5, comma 6, della legge regionale impugnata [...]. L'annullamento di quest'ultima disposizione [n.d.r., art. 4, comma 7, della legge reg. Sicilia n. 19 del 2015] rende infatti inapplicabile il citato art. 5, comma 6».

Si può osservare come il rimettente debba procedere alla autonoma individuazione dei parametri e delle ragioni della non manifesta infondatezza.

Se ritiene di sollevare questione di legittimità costituzionale che sia stata prospettata dalle parti, il giudice *a quo* deve effettuare una autonoma valutazione sulla non manifesta infondatezza e sulla individuazione dei parametri che si assumono lesi, come espressamente enunciato dalla giurisprudenza costituzionale.

Come ricordato dalla sentenza n. 236/11<sup>218</sup>, la carente motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione non può essere colmata dal rinvio al contenuto di altre ordinanze di remissione, dello stesso o di diverso giudice, dovendo il rimettente rendere esplicite le ragioni per le quali ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata, mediante una motivazione autonoma e autosufficiente.

---

*parametro in senso stretto*, in *50 anni Corte costituzionale*, cit. Nello stesso volume: Antonio Ruggeri, *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*; Roberto Romboli, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione adeguatrice e l'applicazione diretta)*.

<sup>218</sup> cfr., *Ex multis*, Corte cost., s. n. 103/07 e s. n. 266/06; o, ancora, Corte cost., ordd. n. 321/10 e n. 75/07.

I parametri costituzionali “suggeriti” dalle parti nel giudizio *a quo*, e che siano stati disattesi dal rimettente non possono essere “recuperati” dalle parti stesse, che si siano costituite nel giudizio incidentale di costituzionalità<sup>219</sup>.

Secondo la costante giurisprudenza costituzionale, non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti dell’ordinanza di rimessione, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia che siano stati eccepiti, ma non fatti propri dal giudice *a quo*, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente, una volta che si siano costituite nel giudizio incidentale di costituzionalità<sup>220</sup>. Naturalmente, la questione di costituzionalità deve essere sollevata assumendo la lesione del c.d. parametro costituzionale.

Per parametro di giudizio costituzionale si intende il termine di confronto indicato nel giudicare della legittimità costituzionale degli atti legislativi.

Una piccola notazione storica, a riprova dell’evoluzione della nozione di parametro in ragione dell’evoluzione dell’ordinamento costituzionale.

---

<sup>219</sup> Cass., penale, n. 46775/15 «È inammissibile, in forza del principio di tassatività delle impugnazioni, il ricorso per cassazione avverso l’ordinanza che dichiara irrilevante una questione di legittimità costituzionale, dovendosi comunque escludere che il provvedimento censurato abbia i caratteri dell’atto abnorme, non avendo natura decisoria, né la possibilità di paralizzare lo sviluppo processuale».

Cass., civile, n. 25343/14 «Non può costituire motivo di ricorso per cassazione la valutazione negativa del giudice di merito circa la rilevanza e la non fondatezza di una questione di legittimità costituzionale, perché il relativo provvedimento (benché eventualmente ricompreso, da un punto di vista formale, in una sentenza) ha carattere puramente ordinatorio, essendo riservato il relativo potere decisorio alla Corte costituzionale, e, d’altra parte, la stessa questione può essere riproposta in ogni grado di giudizio. Tuttavia, si deve presumere che le doglianze relative alle deliberazioni assunte dal giudice di merito sulla questione di legittimità costituzionale non si presentino come fine a se stesse, ma abbiano funzione strumentale in relazione all’obiettivo di conseguire una pronuncia più favorevole di quella resa con la sentenza impugnata, e che, quindi, l’impugnazione investa sostanzialmente, sia pure in forma ellittica, il capo o il punto della sentenza regolato dalla norma giuridica la cui costituzionalità è contestata». Cass., penale, 5838/13 «L’ordinanza che ha dichiarato la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale non è impugnabile. (In motivazione, la S.C. ha precisato che la questione può, peraltro, essere riproposta all’inizio di ogni grado ulteriore del processo)». Cass., civile, n. 17224/10 «Il vizio di motivazione ex art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. può essere proposto con riferimento all’accertamento ed alla valutazione dei fatti, effettuati dal giudice di merito, ma non con riguardo ad una questione di legittimità costituzionale, che costituisce una questione di diritto che può essere sollevata d’ufficio dalla Corte di Cassazione, ove non sia ritenuta manifestamente infondata, quali che siano i difetti formali nei quali sia incorso il giudice di merito nella sua argomentazione». Cass., civile, n. 16245/03 «Il motivo di ricorso per cassazione non può risolversi nella mera critica della pronuncia impugnata, per la ritenuta irrilevanza ovvero manifesta infondatezza della sollevata questione di legittimità costituzionale, giacché la questione di costituzionalità di una norma per un verso non può costituire unico e diretto oggetto del giudizio, e per l’altro verso può sempre essere proposta, o riproposta, dalla parte interessata, oltre che rilevata d’ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, purché essa risulti rilevante, oltre che non manifestamente infondata, in connessione con la decisione di questioni sostanziali o processuali che siano state ritualmente dedotte nel processo».

<sup>220</sup> cfr., *ex multis*, Corte cost., s. n. 276/16, s. n. 203/16, s. n. 56/15, s. n. 271/11, s. n. 236/09, s. n. 56/09 e s. n. 86/08.

L'uso del termine parametro costituzionale, che è nozione più ampia e distinta da quella di disposizione, norma<sup>221</sup>, principio costituzionale, non è stato immediato da parte della Corte costituzionale, facendosi a lungo, tranne qualche eccezione, riferimento a principi o a norma costituzionale assunta a parametro<sup>222</sup>.

Il parametro di legittimità costituzionale è costituito in primo luogo dalle disposizioni costituzionali e dalle leggi costituzionali, le quali integrano il parametro diretto di valutazione della legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge. La Corte costituzionale non ha escluso il valore di parametro alle cc.dd. norme programmatiche.

Così la sentenza n. 1/56, oltre ad affermare la competenza della Corte a giudicare sulle questioni di legittimità costituzionale delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Costituzione, ha statuito che «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione»<sup>223</sup>.

Nel corso del tempo si è avuto un arricchimento della categoria del parametro di giudizio costituzionale e, forse, proprio la maggiore complessità del parametro di giudizio e la non

---

<sup>221</sup> Il riferimento è alle espressioni come ricorrono in generale nella giurisprudenza, senza che si intenda affrontare la complessa questione dell'inquadramento dogmatico, in termini o meno di autonomia, della disposizione e della norma.

<sup>222</sup> Da una lettura cronologica delle pronunce della Corte costituzionale si rileva come non sia stata utilizzata subito *tout court* l'espressione parametro costituzionale, alla quale si è prevenuti dopo avere fatto riferimento a principi (s. n. 33/58, s. n. 73/63, s. n. 25/66), o a norme assunte a parametro (s. n. 1569, s. n. 172/70, s. n. 156/71).

<sup>223</sup> La Corte dichiarava la illegittimità costituzionale dell'art. 113 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza approvato con decreto 18 giugno 1931, n. 773.

più esaustività del *dictum* espresso delle norme costituzionali ha determinato l'evoluzione terminologica alla quale sopra si è fatto cenno.

Prassi e consuetudine sono venute in rilievo in poche pronunce.

Si richiamano, in proposito la sentenza n. 7/96<sup>224</sup> sul caso della mozione di sfiducia al Ministro della giustizia, e la sentenza n. 287/97 sull'istituto della *prorogatio* delle Camere.

#### 4. I principi supremi.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 1146/88 ha affermato che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»<sup>225</sup>.

Il richiamo ai principi supremi si rinviene in diverse altre pronunce del Giudice delle Leggi. Così la sentenza n. 221 del 2015<sup>226</sup> che ha escluso la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali, ha affermato che tale esclusione «appare il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio

---

<sup>224</sup> Nella sentenza n. 7/96 si legge: «A questi elementi - quando siano in armonia con il sistema costituzionale, come nel caso di specie - non può non essere riconosciuto grande significato, perché contribuiscono ad integrare le norme costituzionali scritte e a definire la posizione degli organi costituzionali, alla stregua di principi e regole non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali».

<sup>225</sup> N. Zanon, *Premesse introduttive ad uno studio sui "Principi supremi" d'organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, n. 4/1998, 4; S. Panizza, *La autolegittimazione ricavata dalla Corte costituzionale in forza della "scoperta" dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 2016.

<sup>226</sup> L. Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2015.

percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere».

La sentenza n. 238/14, intervenuta sulla questione della immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione del giudice a conoscere delle richieste di risarcimento dei danni delle vittime di crimini contro l'umanità e di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona, ha affermato che «[...] proprio con riguardo ad ipotesi di immunità dalla giurisdizione degli Stati introdotte dalla normativa internazionale, questa Corte ha riconosciuto che nei rapporti con gli Stati stranieri il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale possa subire un limite ulteriore rispetto a quelli imposti dall'art. 10 Cost. Ma il limite deve essere giustificato da un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente su un principio, quale quello dell'art. 24 Cost., annoverato tra i “principi supremi” dell'ordinamento costituzionale [...]; inoltre la norma che stabilisce il limite deve garantire una rigorosa valutazione di tale interesse alla stregua delle esigenze del caso concreto [...]».

Tra i principi supremi va ricompreso il principio di laicità dello Stato.

Con la sentenza n. 203/89 la Corte ha affermato che «i principi supremi dell'ordinamento costituzionale» hanno «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale». Pertanto la Corte non può esimersi dall'estendere la verifica di costituzionalità alla normativa denunciata, essendo indubbiata di contrasto con uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, dati i parametri invocati, artt. 2, 3 e 19. In particolare, nella materia vessata, gli artt. 3 e 19 vengono in evidenza come valori di libertà religiosa nella duplice specificazione di divieto: a) che i cittadini siano discriminati per motivi di religione; b) che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione. «I valori richiamati concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della Costituzione), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica».

Occorre rilevare che nell'ambito dei principi enunciati dalle disposizioni costituzionali stesse viene posto in evidenza un nucleo essenziale dei principi medesimi.

Tale nucleo indefettibile opera nella comparazione tra i diversi interessi costituzionalmente garantiti, e dunque tra i diversi parametri costituzionali, che possono venire in rilievo contestualmente. Di ciò deve tener conto il giudice rimettente nel vaglio di non manifesta infondatezza.

In proposito, nella sentenza n. 275/16 si afferma che, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, atteso che è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo (art. 81 della Costituzione) a condizionarne la doverosa erogazione.

Nella sentenza n. 203/16 si è ritenuto che le riduzioni della spesa complessiva disposte dalla norma impugnata erano relativamente esigue, tanto da non incidere sul diritto alla salute dei cittadini al punto tale da comprimere il suo nucleo irriducibile, né da palesare che l'opera di bilanciamento perseguita dal legislatore, al fine di conseguire l'obiettivo di risparmio, avesse irragionevolmente commisurato la concreta attuazione del diritto alla salute alle risorse esistenti e al rispetto dei vincoli di bilancio pubblico.

Con la sentenza n. 173/16, nell'esaminare la questione del contributo di solidarietà posto a carico di alcuni trattamenti pensionistici, si è statuito che «il prelievo [sulle pensioni], per essere solidale e ragionevole, e non infrangere la garanzia costituzionale dell'art. 38 Cost. (agganciata anche all'art. 36 Cost., ma non in modo indefettibile e strettamente proporzionale: sentenza n. 116 del 2010), non può, altresì, che incidere sulle pensioni più elevate; parametro, questo, da misurare in rapporto al nucleo essenziale di protezione previdenziale assicurata dalla Costituzione, ossia la pensione minima».

#### **4.1. I cd. controlimiti: principi fondamentali e diritti inalienabili della persona umana.**

Costituiscono controlimiti all'ingresso nell'ordinamento interno delle norme eurounitarie, e delle norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretate dalla Corte EDU, specificamente istituita per dare ad essa interpretazione ed applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione), i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana.

Si può, altresì ricordare che, come ribadito nella sentenza della Corte costituzionale n. 49/15, «Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata».

Sui cd. controlimiti<sup>227</sup>, si ricorda il *leading case* costituito dalla sentenza n. 183/73, con cui la Corte ha affermato che «in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini –, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana».

Sono poi seguite le cd. sentenze gemelle n. 348/07 e 349/07, con cui si è affermato che qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è indefettibile, al fine di evitare che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in ragione di una disposizione sub-costituzionale, a propria volta in contrasto con la Costituzione.

È recente l'ordinanza n. 24/17 con la quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale<sup>228</sup> alla CGUE sull'interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e della sentenza CGUE, 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco<sup>229</sup>.

La CGUE ha affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un

---

<sup>227</sup> M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit.; Antonio Ruggeri, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, n. 1/2010; M. Branca, *Il punto sui controlimiti*, in *Giur. Cost.*, n. 5/2014.

<sup>228</sup> Si tratta del secondo rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale in un giudizio incidentale, il primo è stato disposto con l'ordinanza n. 207/13. In precedenza, nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, il rinvio pregiudiziale è stato disposto con l'ordinanza n. 103 del 2008.

<sup>229</sup> I giudici *a quibus* procedono per frodi fiscali, punite dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, e attinenti alla riscossione dell'IVA, che reputano gravi e che sarebbero prescritte ove si dovessero applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., mentre nel caso contrario i giudizi si potrebbero concludere con una pronuncia di condanna.

numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

I rimettenti, nel sollevare le questioni di costituzionalità, dubitano che questa soluzione sia compatibile con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e con il rispetto dei diritti inalienabili della persona, espressi dagli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale.

Questo principio comporta che le scelte relative al regime della punibilità siano assunte esclusivamente dal legislatore mediante norme sufficientemente determinate e applicabili solo a fatti commessi quando esse erano già in vigore. Secondo i giudici rimettenti, invece, la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale, che concerne anche le condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza resa in causa Taricco, determina un aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva. Mancherebbe, inoltre, una normativa adeguatamente determinata, perché non è chiarito, né quando le frodi devono ritenersi gravi, né quando ricorre un numero così considerevole di casi di impunità da imporre la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale, cosicché la relativa determinazione viene rimessa al giudice<sup>230</sup>.

#### **4.2. I principi costituzionali enucleati in via interpretativa dalla Corte costituzionale: ragionevolezza, legalità, affidamento nella sicurezza dei rapporti giuridici.**

La giurisprudenza costituzionale ha enucleato come distinti canoni del sindacato di costituzionalità anche alcuni "principi", che si ritrovano riportati nei dispositivi delle pronunce della Corte<sup>231</sup>, e costituiscono veri e propri parametri costituzionali.

<sup>230</sup> Si veda, per la compiuta lettura delle questioni, Corte cost., ord. n. 24 del 2017.

<sup>231</sup> Corte cost., s. n. 200/12, con cui «dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 10, del decreto-legge n. 138 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011, proposta dalle Regioni Emilia-Romagna e Umbria in riferimento al principio di legalità sostanziale, all'art. 117 Cost. e al principio di leale collaborazione»; sentenza n. 32/09 «dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della medesima legge regionale n. 11 del 1999, sollevata

Il complesso principio di ragionevolezza<sup>232</sup> è stato, nel tempo, distinto dal principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

L'autonomia del principio di ragionevolezza rispetto al principio di eguaglianza, e dei relativi giudizi, viene in rilievo in modo evidente laddove l'art. 3 Cost. viene dedotto congiuntamente sotto il profilo della disparità di trattamento e sotto il profilo della ragionevolezza, e la Corte statuisce in maniera distinta per ciascuno dei profili.

Così, nella sentenza n. 220/05, si legge che «non c'è dubbio, in particolare, che la modulazione della misura dell'indennità [dei giudici onorari aggregati] in funzione inversa rispetto al reddito dell'avente diritto non è di per sé lesiva dell'art. 3 della Costituzione, né sotto il profilo della ragionevolezza né con riferimento al principio di eguaglianza, essendo quello reddituale elemento di per sé idoneo a diversificare le situazioni soggettive degli aventi diritto ad una prestazione economica di natura indennitaria».

La Corte costituzionale ha definito la ragionevolezza come “razionalità pratica”. La sentenza n. 172/96 ha affermato che ancora più marcata è la violazione dell'art. 3 della Costituzione sotto il profilo del principio di razionalità, sia nel senso di razionalità formale, cioè del principio logico di non contraddizione, sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza.

Nell'ambito dell'art. 3 Cost., quindi, coesistono un principio di razionalità formale, quale principio logico di non contraddizione, ed un principio di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza<sup>233</sup>.

Attraverso il riferimento a detto parametro si sottopone alla Corte il vaglio sull'eventuale eccesso di potere legislativo, accertando la legittimità della disposizione impugnata alla luce dei canoni di razionalità e congruità, sia sotto il profilo della intrinseca coerenza che

---

dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto in relazione agli artt. 3 e 97 della Costituzione e al principio di legalità sostanziale, con l'ordinanza indicata in epigrafe»

<sup>232</sup> C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, ESI, 2007; E. Giorgini, *Fisionomie di ragionevolezza nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di cassazione: un possibile dialogo*, R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit.; F. Maisto, *La Corte costituzionale e il sindacato di ragionevolezza sulla retroattività delle norme civilistiche*, R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit.

<sup>233</sup> Richiama la definizione, la sentenza della Corte costituzionale n. 113/15: «l'art. 45 del d.lgs. n. 285 del 1992 collide con il «principio di razionalità, sia nel senso di razionalità formale, cioè del principio logico di non contraddizione, sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza». La sentenza è annotata da I. Rivera, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016.

della compatibilità con il sistema normativo nel suo complesso, ovvero quello del bilanciamento tra diversi principi costituzionali compresenti nella fattispecie in esame.

In tal senso, è significativa la sentenza n. 85/13 – sul caso *Ilva* di Taranto – che afferma come «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264/12). «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»<sup>234</sup>.

La recente sentenza n. 96/15 ha fatto applicazione del principio di ragionevolezza nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme che consentivano alle sole coppie sterili o infertili l'accesso alle tecniche di procreazione assistita, affermando che «la normativa denunciata costituisce, pertanto, il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento – ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria – nella parte in cui non consente, e dunque esclude, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, possano ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata»<sup>235</sup>.

Come posto in evidenza dalla dottrina, la ragionevolezza realizza la massima espansione possibile del parametro di costituzionalità, poiché il sindacato di legittimità costituzionale

---

<sup>234</sup> M. Massa, *Giurisprudenza, bilanciamento, incertezza. La dottrina di Gaetano Silvestri e la sentenza sul caso Ilva*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit.

<sup>235</sup> Sui temi all'esame della Corte: A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

si pone in prossimità del limite sancito dall'art. 28 della legge 87 del 1953, che distingue legittimità e merito, e così sancisce: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Sul punto possono essere ricordate la sentenza n. 158/75: «Tutto ciò si inquadra nei poteri propri del legislatore, che implicano valutazioni di natura politica il cui sindacato non può spettare alla Corte costituzionale», e, ancor prima, la sentenza n. 28/57 secondo cui non spetta alla Corte esercitare «[...] un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Come è stato osservato, il limite, chiaro sotto un profilo teorico, appare, però, difficile da definire sul piano concreto, come nei casi in cui il sindacato di ragionevolezza si svolge anche facendo ricorso a concetti valoriali esterni all'ordine giuridico.

Il principio di legalità viene affermato significativamente con la sentenza n. 15/69. Nella stessa si afferma che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi statali e regionali, il parere obbligatorio e vincolante sulle richieste di referendum abrogativo, la risoluzione dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, tra lo Stato e le Regioni e tra Regioni, i giudizi in sede penale sulle accuse contro il Presidente della Repubblica e i Ministri, devono essere ricondotti tutti ad un principio fondamentale unitario. Quest'ultimo consiste nel garantire e rendere praticamente operante il principio di legalità, che il nuovo ordinamento dello Stato ha esteso a livello costituzionale, sottoponendo al rispetto delle norme costituzionali anche gli atti dei supremi organi politici statali, nonché i rapporti intercorrenti tra questi ultimi e quelli tra lo Stato e le Regioni.

Anche il principio del legittimo affidamento nella certezza dei rapporti giuridici, desunto dagli artt. 97 e 3 della Costituzione, costituisce parametro costituzionale. Come affermato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>236</sup>, la mera adozione di disposizioni che modifichino in senso sfavorevole la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti, non implica di per sé la lesione del suddetto parametro, sempre che tali disposizioni «non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto».

---

<sup>236</sup> cfr., *ex multis*, Corte cost., s. n. 310/13, s. n. 166/12 e s. n. 302/10.

Con la sentenza n. 16/17 si è ribadito che in linea di principio, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»; ma, la tutela dell'affidamento non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale, fermo restando tuttavia che dette disposizioni, «al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti».

Alcune peculiarità caratterizzano le modalità di prospettazione della lesione del principio di uguaglianza. Ed infatti, viene, necessariamente, in rilievo il cd. “*tertium comparationis*”, ossia la norma che disciplina la fattispecie comparata rispetto alla quale il trattamento normativo dettato dalla disposizione censurata risulta insufficientemente differenziato.

La mancata o insufficiente indicazione del *tertium comparationis* ridonda sulla ammissibilità della questione<sup>237</sup>.

Le fattispecie poste a raffronto devono essere omogenee per essere correttamente utilizzate quale *tertium comparationis* a sostegno dell'asserita disparità di trattamento<sup>238</sup>.

Ad esempio, quanto alla disparità di trattamento tra dipendenti pubblici e privati, più volte la Corte ha affermato<sup>239</sup> che «non può non rilevarsi che le profonde diversità dello stato giuridico (si pensi alla minore stabilità del rapporto) e di trattamento economico escludano ogni possibilità di comparazione».

## 5. Il parametro interposto.

La Costituzione fa poi riferimento al vincolo posto da norme introdotte non da fonti costituzionali, ma sub-costituzionali<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> cfr. Corte cost., s. n. 146/13.

<sup>238</sup> cfr. , Corte cost., s. n. 79/16 e n. 134/17.

<sup>239</sup> Corte cost., s. n. 154/14, che richiama la sentenza n. 310/13.

<sup>240</sup> C. Lavagna, *Decreti legislativi e ricorso giurisdizionale, nella raccolta “Ricerche sul sistema normativo”*, Milano, Giuffrè, 1984; N. Pignatelli, *Le norme interposte*, R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., cit.; D. De Lungo, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di eccesso di delega*, in *federalismi.it*, n. 14/2013.

In tale evenienza si richiama la nozione di parametro interposto, e cioè norme che non hanno rango costituzionale, ma la cui violazione da parte di leggi implica una violazione indiretta di norme costituzionali.

In alcuni casi attraverso il meccanismo delle cc.dd. norme interposte la Corte è chiamata a giudicare su un conflitto che sembrerebbe tra due fonti ordinarie.

L'ipotesi che ricorre spesso è quella della violazione dell'art. 76 della Costituzione, delineata sin dalla sentenza n. 3 del 1957, ove si legge: «pertanto non é a dubitare, che la violazione delle norme strumentali per il processo formativo della legge nelle sue varie specie – artt. 70, 76, 77 Costituzione –, al pari delle norme di carattere sostanziale contenute nella Costituzione, siano suscettibili di sindacato costituzionale; e che nelle “questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge” [...] vanno comprese le questioni di legittimità costituzionale relative alle leggi delegate, atteso che il decreto legislativo deve rispettare i limiti di materia, di tempo ed i criteri e i principi direttivi che la legge delega deve necessariamente indicare».

Dunque, nel caso in cui il decreto legislativo non osservi i criteri della delega esso viene a porsi formalmente in contrasto con un atto avente pari forza normativa, ma, sostanzialmente, viene a confliggere con la previsione dell'art. 76 della Costituzione, ragione per la quale la Corte ha affermato di poter giudicare sulla conformità del decreto legislativo alla legge di delega.

Le disposizioni contenute nella legge delega, pertanto, concorrono a formare, quali norme interposte, il parametro di costituzionalità dei decreti legislativi delegati.

La giurisprudenza costituzionale ha affermato che il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante, richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno, relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro, relativo alla norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi<sup>241</sup>.

Come riaffermato con la sentenza n. 134/13, il contenuto della delega non può essere individuato senza tenere conto del sistema normativo nel quale la predetta si inserisce, poiché soltanto l'identificazione della sua *ratio* consente di verificare, in sede di controllo, se la norma delegata sia con essa coerente. È riconosciuto, infatti, al legislatore delegato un margine di discrezionalità nell'emanazione di norme che rappresentino un coerente

---

<sup>241</sup> Corte cost., s. n. 98/08, s. n. 340/07, s. n. 170/07 e s. n. 50/07.

sviluppo, e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, fino al punto che neppure il silenzio del delegante può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato.

In particolare, circa i requisiti che devono fungere da cerniera tra i due atti normativi, i principi e i criteri direttivi della legge di delegazione devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega<sup>242</sup>.

Con l'attuazione della delega, il legislatore delegato può dover scegliere uno dei possibili mezzi per realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione. Qualora la scelta non sia l'unica possibile, occorre verificarne la ragionevolezza<sup>243</sup>.

Un caso di rilievo è la questione sollevata con riguardo la revisione delle circoscrizioni giudiziarie, oggetto della sentenza n. 237/13, nella quale il cuore delle censure era costituito proprio dalla prospettata violazione dell'art. 76, oltre che dell'art. 77, della Costituzione. La tematica del parametro interposto viene in rilievo anche in relazione alla lesione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Come la Corte ha affermato nelle cd. sentenze gemelle n. 348/07 e n. 349/07, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.: «la struttura della norma costituzionale [...], si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione “fonti interposte”, ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte [...], ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni».

Nella sentenza n. 236/16, si è ribadito che le norme della CEDU non sono parametri direttamente invocabili per affermare l'illegittimità costituzionale di una disposizione

<sup>242</sup> cfr., sul punto, Corte cost., s. n. 341/07, ord. n. 228/05.

<sup>243</sup> cfr., sul punto, Corte cost., s. n. 119/12.

dell'ordinamento nazionale, ma costituiscono norme interposte la cui osservanza è richiesta dall'art. 117, primo comma, Cost.

Anche con riguardo al diritto eurounitario il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost., diventa concretamente operativo solo se vengono determinati gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni<sup>244</sup>.

Occorre, tuttavia, ricordare, come affermato nell'ordinanza n. 207/13<sup>245</sup>, e di recente nella sentenza n. 111/17, che qualora si tratti di disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente efficace<sup>246</sup>, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando – se del caso – il rinvio pregiudiziale alla CGUE, e nell'ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta – contrasto accertato eventualmente mediante ricorso alla CGUE – e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi alla Corte costituzionale valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario. Come precisato con l'ordinanza n. 298/11, il rimettente deve espressamente indicare i motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea, venendo altrimenti meno la sufficienza della motivazione in ordine alla rilevanza della questione.

Una riflessione ulteriore va riservata al parametro di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., in relazione al riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni ordinarie.

Come è noto, la riforma costituzionale introdotta dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha ridisegnato l'assetto delle competenze tra Stato e Regioni, e il novellato art. 117, secondo, terzo e quarto comma, della Costituzione, è divenuto il parametro centrale per la verifica dell'esercizio costituzionalmente corretto delle rispettive potestà legislative, esclusiva, concorrente e residuale.

Nell'invocare detto parametro, occorre specificare materia e tipologia della potestà legislativa che si assume violata<sup>247</sup>.

---

<sup>244</sup> Corte cost., s. n. 187/16.

<sup>245</sup> Nello stesso senso, Corte cost., s. n. 284/07, s. n. 227/10 e s. n. 75/12.

<sup>246</sup> cfr., sul punto, Corte di CGUE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, nonché Corte cost., s. n. 170/84.

<sup>247</sup> Corte cost., ord. n. 172/16.

Qualora il novellato art. 117 Cost. sia sopravvenuto rispetto alla legge regionale censurata, occorre specificare la motivazione sull'evocazione del parametro sopravvenuto in luogo di quello vigente al momento dell'emanazione della normativa regionale<sup>248</sup>.

Come è noto, particolare rilievo assume, con riguardo alla potestà legislativa concorrente, l'individuazione dei principi fondamentali della materia.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49/16 ha ribadito<sup>249</sup>, con riguardo alla portata dei principi fondamentali riservati alla legislazione statale nelle materie di potestà concorrente, che «il rapporto tra normativa di principio e normativa di dettaglio [...] deve essere inteso nel senso che l'una è volta a prescrivere criteri ed obiettivi, mentre all'altra spetta l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi».

Per le questioni che hanno ad oggetto l'impugnazione di norme delle Regioni a statuto speciale, il parametro di riferimento diventa lo statuto di autonomia, dovendo il rimettente motivare la lesione rispetto allo stesso ovvero all'art. 117 Cost., qualora in ragione dell'art. 10 della legge n. 3 del 2001, ritenga che tale disposizione costituzionale garantisca «forme maggiori di autonomia», secondo l'insegnamento della Corte<sup>250</sup>.

Così, nella sentenza n. 52/17 si è ribadito che la compiuta definizione dell'oggetto del giudizio, onere di cui è gravato il rimettente, non può prescindere dalla indicazione delle competenze legislative assegnate dallo statuto, alle quali le disposizioni impugnate sarebbero riferibili qualora non operasse il nuovo testo dell'art. 117 Cost. Pertanto, anche nel giudizio incidentale può essere dedotta dal giudice *a quo* la violazione competenziale dell'art. 117 Cost., prospettando che la normativa regionale o quella provinciale censurate eccedano dalle relative sfere di potestà legislativa, fermo restando l'adeguata motivazione, nei termini sopra esposti, dell'ordinanza di rimessione.

---

<sup>248</sup> Corte cost., ord. n. 247/16.

<sup>249</sup> cfr., Corte cost., s. n. 272/13 e s. n. 237/09.

<sup>250</sup> cfr., Corte cost., ord. n. 247/16.

## CONSENSO INFORMATO, DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO E *ADVANCE CARE HEALTH PLANNING*: PRIME CONSIDERAZIONI RIGUARDO ALLA LEGGE SUL “TESTAMENTO BIOLOGICO” \*.

129

di Pasquale Serrao d’Aquino\*\*

**Sommario.** 1. Premessa. 2. Consenso del paziente, alleanza terapeutica, *decisori esterni*. 3. Dalla necessaria attualità del consenso all’anticipazione della volontà. La vincolatività delle dichiarazioni anticipate e i limiti del loro contenuto. 4. La nutrizione e idratazione artificiali sono trattamenti medici *per legge*. 5. Presupposti, forma ed efficacia delle DAT. 6. Ulteriori profili. La designazione del fiduciario. 6.1. Pianificazione condivisa delle cure. 6.2. L’obiezione di coscienza del medico e una breve considerazione conclusiva.

### 1. Premessa.

Con l’approvazione della legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento del 14 dicembre 2017, dopo un lungo dibattito contrassegnato da casi drammatici come quello di Eluana Englaro e di Piergiorgio Welby, il Parlamento italiano regola finalmente i trattamenti sanitari nel fine vita<sup>251</sup>.

La legge non si occupa strettamente del solo testamento biologico, declinato nelle forme delle dichiarazioni anticipate di trattamento, ma regola più in generale il consenso informato in campo medico, le cure palliative, le DAP e la pianificazione delle cure condivisa tra medico e paziente affetto da malattia cronica e destinata a menomare la sua capacità.

La legge richiama espressamente i suoi fondamenti costituzionali<sup>252</sup> e sovranazionali, rifacendosi ai principi «di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2

---

<sup>251</sup> Cfr. S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, vol. II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012, p. 52 ss, con ampia bibliografia; G. Alpa, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, UTET, 2007, pp. 3-9.

<sup>252</sup> Cfr., sul tema, di recente A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016; ma anche T. Ballarino, *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in Riv.

e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», e dichiara il proprio obiettivo di tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, affermando espressamente che “nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”<sup>253</sup>.

Si tratta di principi ben noti alla giurisprudenza<sup>254</sup>, che ripetutamente evidenziato che «Il consenso informato ha come correlato la facoltà [...] anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale (Cass., civ., 16-10-2007, n. 21748), conformemente al principio personalistico che anima la nostra Costituzione<sup>255</sup>».

Diverso dal testo finale era il registro del disegno di legge Calabrò che, pur ribadendo i medesimi principi, riconosceva e tutelava «la vita umana, quale diritto inviolabile ed indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell'esistenza e nell'ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere, fino alla morte accertata nei modi di legge».

Molto chiaro era tale disegno anche in relazione ai limiti del diritto all'autodeterminazione della persona riguardo ai trattamenti medici e alla possibilità di decidere anticipatamente sui trattamenti sanitari, esercitabili nell'ambito di un perimetro ben marcato dal legislatore;

---

*Dir. civ.*, n. 1/2008, pp. 69-85; D. Morana, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte Costituzionale*, *GiC*, n. 6/2008, p. 4970 ss; P. Schlesinger, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, pp. 379-393.

<sup>253</sup> V. A. Cerri, *Osservazioni a margine del caso Englaro*, in *www.astrid-online.it*, 2009, p. 5.

<sup>254</sup> La sentenza della Suprema Corte di Cassazione sul caso Englaro, del 2007 (Cass., s.n. 21748/07), ricorda che il principio del consenso informato «ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che promuove e tutela i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'invulnerabilità della libertà personale, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo».

<sup>255</sup> Aggiunge la sent. della S.C. 21748/2007: “la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”.

testo che respingeva in modo espresso l'eutanasia<sup>256</sup> e «ogni forma di assistenza o di aiuto al suicidio»<sup>257</sup>, pur ripudiando l'accanimento terapeutico<sup>258</sup>.

Più blando appare sul punto, invece, il testo della legge approvata. Assenti analoghi riferimenti al suicidio assistito, la legge obbliga il medico a rispettare il rifiuto o la rinuncia al trattamento sanitario espressi dal paziente e precisa che il «paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali» (art. 1, comma 6).

In tal modo, solo indirettamente respinge la liceità di trattamenti medici finalizzati a determinare la morte, quanto meno quelli di eutanasia attiva o di suicidio assistito.

Resta da vedere, alla prova di fatti, quali saranno i confini applicativi tra il divieto di accanimento terapeutico e l'eutanasia passiva e il suicidio assistito.

## 2. Consenso del paziente, alleanza terapeutica, *decisori esterni*.

Justice Benjamin Cardozo, oltre cento anni fa, nella sua *opinion* affermava che “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done

---

<sup>256</sup> AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006; V. Tripodina, voce *Eutanasia*, in *Diz. Cassese*, III, Milano, 2006, 2369; M. Portigliatti Barbos, vice *Diritto di rifiutare le cure*, in *Dig. Disc. Pen. pen.*, II, Torino, 1990, p. 30 ss.; M. Dogliotti, *La libertà religiosa dei testimoni di Geova e i principi costituzionali*, in *Giur. merito*, 1993, p.1324 ss.; A. Santosuosso, *Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in Barni, Santosuosso (a cura di), *Medicina e diritto*, Milano, 1995.

<sup>257</sup> Indica, infatti all'art. 1 lett. c)” vieta, ai sensi degli articoli 575, 579 e 580 del codice penale, ogni forma di eutanasia e ogni forma di assistenza o di aiuto al suicidio, considerando l'attività medica e quella di assistenza alle persone esclusivamente finalizzate alla tutela della vita e della salute nonché all'alleviamento della sofferenza”, tanto che l'art. 3 della legge precisa che <<Nella dichiarazione anticipata di trattamento il soggetto non può inserire indicazioni che integrino le fattispecie di cui agli articoli 575, 579 e 580 del codice penale>>. Tale principio è stato già recepito dal codice di deontologia medica italiano il quale precisa, all'articolo 36, che il medico, anche se su richiesta del malato, non deve effettuare o favorire trattamenti diretti a provocarne la morte. Vi fa espresso riferimento anche Comitato nazionale per la bioetica (CNB) nel documento del 2003 intitolato «Dichiarazioni anticipate di trattamento», nel quale, riprendendo la Convenzione di Oviedo e le norme di deontologia medica, ribadisce che mediante le DAT non si intende in alcun modo riconoscere al paziente, una volta divenuto incapace, il diritto all'eutanasia.

<sup>258</sup> In quanto il testo “*garantisce che, in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente, il medico debba astenersi da trattamenti straordinari non proporzionati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura*”. Nel parere del Consiglio Superiore di sanità del 2006 l'accanimento terapeutico è definito come: «somministrazione ostinata di trattamenti sanitari in eccesso rispetto ai risultati ottenibili e non in grado, comunque, di assicurare al paziente una più elevata qualità della vita residua, in situazioni in cui la morte si preannuncia imminente ed inevitabile».

with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault for which he is liable in damages”<sup>259</sup>.

La dottrina ha prodotto una vasta letteratura scientifica sul consenso informato<sup>260</sup>.

La giurisprudenza di legittimità italiana, anche dopo i casi Englaro e Welby, ha ricordato i numerosi dati positivi a fondamento della libertà di cura e della necessità del consenso del paziente per somministrare cure mediche: il diritto alla salute che «prevede in senso preminentemente volontario il trattamento sanitario, in coerenza con i principi fondamentali e indeclinabili d'identità e libertà della persona umana senziente; [...] la dignità umana; [...] il coacervo delle fonti giuridiche interne e sovranazionali, rappresentate dagli artt. 2, 3 e 35 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; [...] i principi di cui agli artt. 5, 9 e 21 della Convenzione di Oviedo che impongono di tener conto, a proposito di un intervento medico, dei desideri del paziente non in grado di esprimere la sua volontà»<sup>261</sup>.

Quanto al contenuto del consenso particolarmente incisiva è la natura delle informazioni («Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative») e al tipo di manifestazione di volontà del paziente (art. 1, comma 3).

Questi può, infatti, rifiutare il trattamento sanitario e l'accertamento diagnostico o rinunciarvi successivamente; può rifiutare, inoltre, di ricevere anche le stesse informazioni,

---

<sup>259</sup> Corte d'Appello per lo Stato di New York, *Schloendorff v. Society of N.Y. Hosp.* Corte d'Appello, 211 N.Y. 125, 129.

<sup>260</sup> Cfr., sul punto, G. Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pp. 57-58; Id., *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e testamento biologico*, *Fam. E dir.*, n. 10/2008, p. 923 ss.; recentemente G. Casaburi, *In tema di interruzione di trattamenti medici salvavita in caso di gravissime patologie*, in *Il Foro italiano*, 2016, 12/1, pp. 3986-3988. C. Pardin, *Scelte di fine vita e amministrazione di sostegno: problemi aperti*, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 4/2017, p. 513.

<sup>261</sup> Cass., s.n. 13707/2012 che ricorda anche la tutela assicurata: «dall'art. 38 del Codice Deontologico nella formulazione del 2006, che impone al medico di tener conto di quanto precedentemente manifestato dal paziente in modo certo e documentato, dalla Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 dicembre 2008 che reca raccomandazioni alla Commissione sulla protezione giuridica degli adulti, dal documento del Comitato Nazionale per la Bioetica sulle c.c. D.A.P. del 18 dicembre 2003 che ammette sia preferibile far prevalere le indicazioni espresse dal malato quando in possesso delle sue facoltà», dagli arresti giurisprudenziali della Cassazione n. 21748/2007 sul caso di Eluana Englaro, della Corte Costituzionale n. 438 del 2008 in materia di consenso informato, della CEDU del 29 aprile 2002, *Pretty contro R.U.* ricorso n. 2346/2002. Ancor più significativa è la Convenzione di New York ratificata con L. 3 marzo 2009, n. 18, che nel preambolo riconosce l'importanza per le persone con disabilità nell'autonomia ed indipendenza individuale della libertà di scegliere le cure mediche».

indicando eventualmente le persone deputate a riceverle o ad esprimere, in sua vece, il consenso (i familiari o una persona di sua fiducia) che assumono la veste insolita di “decisore esterno”<sup>262</sup> rispetto ad un soggetto anche perfettamente capace (art. 1, comma 3, secondo periodo).

In quest’ultimo caso si pone il problema della prestazione del consenso al trattamento medico da parte di una persona diversa dal paziente.

Tali manifestazioni di volontà devono essere documentate: il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l’eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico (art. 1, comma 5).

La libertà di cura implica, quindi, quella di accettare anche le conseguenze letali del proprio rifiuto. Il medico ha però un preciso dovere di informazione, fornendo anche adeguata assistenza psicologica al paziente.

Sebbene la legge si riferisca, quanto ai soggetti coinvolti nelle decisioni sulle cure, ai soli familiari, deve ritenersi che tale termine sia usato in senso *ampio*, considerato che l’art. 1 comma 39, l. n. 76 del 2016 (c.d. Cirinnà) prevede che, in caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto «hanno diritto reciproco di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari». L’estensione *ex lege* dell’unito civilmente opera, invece, in virtù della clausola di equiparazione, prevista dall’art. 1 comma 20 legge n. 76 del 2016.

Il consenso non è solo necessario per la liceità del trattamento medico, ma è presupposto imprescindibile della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, la quale si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l’autonomia decisionale del paziente e la competenza, l’autonomia professionale e la responsabilità del medico e nella quale sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell’unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.

Tale formula appare più blanda rispetto all’*alleanza terapeutica* tra il medico e il paziente, esplicitamente presa in considerazione dal disegno di legge Calabrò (art. 2, comma 3)<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> Cfr., in generale sul tema, di recente S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011; P. Cendon, *Responsabilità civile*, Vol. II, ed. I, Torino, 2017.

<sup>263</sup> cfr. Cass., s. n. 13707/2012 per cui «si vuole in tal modo recuperare idealmente il rapporto tra medico e paziente anche in una situazione estrema, in cui il soggetto non è più in grado di esprimersi. In tal modo quel rapporto di fiducia che fin dalla nascita lega direttamente o indirettamente il paziente al medico continua anche davanti all’impossibilità del malato di interagire, concretizzandosi nel dovere del medico di prestare

Non vi è dubbio che, anche prima della legge approvata in dicembre, i trattamenti medici presupponessero sempre il necessario consenso della persona e il rispetto sua libertà di autodeterminarsi quanto alle scelte terapeutiche, accettando o rifiutando, in tutto o in parte, le cure.

Il punto critico di tale libertà, nei numerosi casi giudiziari nazionali e internazionali si era posto quasi sempre per il paziente incapace; ciò sia nel caso in cui fosse già originariamente privo di capacità, perché minore o naturalmente incapace, sia nel caso fosse divenuto successivamente tale per effetto di una malattia cronica.

Tale condizione diviene quanto mai drammatica quando la persona ammalata, non avendo perso ancora le proprie capacità, si trova nella condizione di non poter decidere della propria libertà di cura per il momento in cui tale residua capacità sarà successivamente perduta, per effetto della cronicizzazione della patologia in atto.

Quando, invece, tale volontà non risultava oggettivamente documentata, la giurisprudenza, ha dovuto ricostruire la volontà secondo la prova storica, con le enormi difficoltà documentate dalla tragica vicenda di Eluana Englaro<sup>264</sup>.

Il consenso informato al trattamento medico presuppone, infatti, l'ovvia capacità a prestarlo; capacità che difetta tanto nei minori quanto nelle persone in stato neurovegetativo.

Anche quando queste ultime abbiano espresso una propria contrarietà alle cure mancherebbe l'attualità del rifiuto al momento del trattamento sanitario. Per tale motivo la giurisprudenza di merito<sup>265</sup> aveva provato a veicolare la volontà anticipata del paziente attraverso l'amministratore di sostegno<sup>266</sup>.

---

tutte le cure di fine vita, agendo sempre nell'interesse esclusivo del bene del paziente». La decisione impugnata ha assunto a dato dirimente, al fine della nomina dell'amministratore di sostegno designato dall'odierna ricorrente nella scrittura privata indicata in narrativa, la sussistenza della condizione attuale d'incapacità della designante, che consente l'attivazione della procedura e l'ingresso dell'istituto. Designato in vista di una probabile futura situazione d'incapacità o infermità, l'amministratore di sostegno va dunque nominato dal giudice nella persona indicata nell'atto, a meno di motivate gravi ragioni ostative, ma se e quando tale condizione si sarà verificata.

<sup>264</sup> Cass., s. n. 21748 del 16 ottobre 2007; per una scheda e il contenuto dei numerosi provvedimenti giurisdizionali che si sono succeduti: <https://www.unipv-lawtech.eu/la-lunga-vicenda-giurisprudenziale-del-caso-englaro.html>.

<sup>265</sup> In particolare, cfr. Trib. Modena 13 maggio 2008; ma anche, di recente, Trib. Modena Sez. II, 10-12-2015, in internet.

<sup>266</sup> V. Piccinni, *Amministrazione di sostegno e disposizione anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 728.

Si tratta di una prassi che la Corte di Cassazione (s. n. 13707/2012) ha ritenuto ammissibile solo nel momento in cui si manifesta l'incapacità e non da parte del soggetto sano, per il momento eventuale in cui diverrà incapace, sebbene non abbia negato qualsiasi valore alla dichiarazione anticipata del rifiuto di cure e di nomina dell'amministratore di sostegno quale atto privatistico. Il giudice, infatti, dovrà prendere in considerazione, salvo motivatamente discostarsi, il contenuto di tale dichiarazione al momento del profilarsi della necessità effettiva di nomina dell'amministratore, sia con riguardo alla designazione della persona sia quanto alla volontà manifestata<sup>267</sup>.

Sebbene il consenso richieda la capacità del paziente, il minore di età o l'incapace, però, devono ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle loro capacità per essere messi nelle condizioni di esprimere la propria volontà. In loro vece il consenso informato è espresso o rifiutato: per il minore, dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore, tenendo conto della volontà del minore stesso, in relazione alla sua età al suo grado di maturità; per l'interdetto, dal tutore, sentito l'interdetto medesimo, ove possibile (art. 1).

Al contrario, l'inabilitato può esprimere personalmente il proprio consenso; tuttavia, se è stato nominato un amministratore di sostegno con compiti estesi all'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato può essere espresso o rifiutato *anche o esclusivamente* dall'amministratore, tenendo conto della volontà del beneficiario, in modo proporzionato al grado di capacità di intendere e di volere dell'amministrato

### **3. Dalla necessaria attualità del consenso all'anticipazione della volontà. La vincolatività delle dichiarazioni anticipate e i limiti del loro contenuto.**

---

<sup>267</sup> Infatti, secondo l'*obiter dictum* di tale decisione «può sostenersi che siffatto atto: 1. - vincolerà l'amministratore di sostegno, seppur i suoi poteri non sono prestabiliti ma sono fissati dal giudice tutelare nell'esercizio del suo potere decisionale, nel perseguire la finalità della "cura" necessaria a garantire la protezione del beneficiario e nell'attuare le "aspirazioni", laddove ne venga in rilievo il diritto alla salute, prestando il consenso o il dissenso; informato agli atti di cura che impongono trattamenti sanitari; 2. - orienterà l'intervento del sanitario; 3. - nè imporrà la delibazione da parte del giudice nell'esercizio dei suoi poteri, segnatamente nell'attribuzione di quelli da affidare all'amministratore di sostegno, ovvero in sede d'autorizzazione agli interventi che incidono sulla salvaguardia della salute del beneficiario in caso di sua incapacità».

Con la legge in esame l'Italia ha adottato la formula delle direttive anticipate che, con formule diverse, è stata adottata da numerosi Stati<sup>268</sup> (*living wills*, testamento biologico, *advance directives*, dichiarazioni anticipate di trattamento).

Partendo dalla diffusione quasi generalizzata avvenuta negli Stati Uniti<sup>269</sup>, tale modello è stato adottato da numerosi Paesi europei: le *directives anticipées* previste dalla legge francese n. 2005-370 del 22-4-2005; il *PatientenVerfügung* tedesco<sup>270</sup>; le dichiarazioni anticipate disciplinate nel Regno Unito dal *Mental Capacity Act* del 2005; le istruzioni preventive di cui alla legge spagnola sui *diritti dei pazienti* n. 41 del 14-11-2002<sup>271</sup>.

Le DAT consentono di anticipare la scelta di curarsi o meno ad un fase antecedente al verificarsi della patologia o del suo aggravamento, prima che il trattamento medico sia necessario e quando la persona è ancora pienamente capace.<sup>272</sup>

La formula, utilizzata nella legge approvata, rappresenta l'esito di un vasto dibattito sulla natura e la rilevanza della volontà espressa dalla persona con il proprio testamento biologico.

Nel disegno di legge Calabrò le DAT non rappresentavano una vera e propria manifestazione di volontà riguardo alle cure della propria persona nel momento dell'incapacità, perché si optava per l'attribuzione a tali dichiarazioni del valore sostanzialmente di orientamento personale riguardo alle cure, conformemente alla Convenzione di Oviedo sui Diritti dell'uomo e la biomedicina che parla di *desideri* (o meglio, *souhails* nella versione francese, e *wishes*, dalla versione inglese).<sup>273</sup>

L'art. 2 prevedeva, infatti, che con la DAT il dichiarante esprimesse «orientamenti e informazioni utili» per il medico circa l'attivazione di trattamenti terapeutici, in conformità a alla legge, sebbene la DAT possa contenere «la rinuncia da parte del soggetto a ogni o

<sup>268</sup> Cfr., sul tema, A. D'Aloia, voce *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., Utet, Torino, 2012.

<sup>269</sup> R. Dworkin, *The Right to Death*, in *The New York Review of Books*, XXXVIII, n. 3, 31 jan. 1991.

<sup>270</sup> S. Patti, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, *FPS*, 2009, pp. 964-967.

<sup>271</sup> Peraltro, in Spagna anche molte Comunità Autonome, che ne hanno la competenza, hanno legiferato sul tema.

<sup>272</sup> C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, *EDP*, 2009, 87-111; Id., *Autodeterminazione e diritto privato*, in F. D'Agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del Convegno nazionale dell'UGCI Pavia 5/7-12-2009, in *Quaderni di Iustitia*, Milano, 2010, 53 ss.

<sup>273</sup> A. D'Aloia, voce «*Eutanasia (dir. cost.)*», cit.

solo ad alcune forme particolari di trattamenti terapeutici in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale»<sup>274</sup>.

La distanza del disegno di legge Calabrò al testo definitivamente approvato appare evidente. La DAT, infatti, è dichiarazione di volontà, e non di opinioni, o desideri, come si evince *ex art. 4, comma 1*, secondo cui «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari».

Con le DAT, pertanto, la persona esercita anticipatamente, e con pienezza, il suo diritto all'autodeterminazione.

La precettività delle dichiarazioni vede come destinatario il medico che è tenuto al rispetto delle DAT, potendo disattenderle, in tutto o in parte, solo «in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4 comma 5) e con l'ovvia eccezione, per la quale «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali», per cui «a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali» (art. 1, comma 6). Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, poi, decide il giudice tutelare ai sensi del comma 5 dell'articolo 3.

Emerge da tali limiti alla vincolatività che la valenza delle DAT non è assimilabile in tutto e per tutto né alle disposizioni testamentarie né al rifiuto delle cure prestate dalla persona capace nell'attualità.

Mentre nel caso di persona capace non è in alcun modo sindacabile il suo rifiuto, anche se basato su credenze errate o false rappresentazioni o per la sola paura del trattamento sanitario, anche solo diagnostico, ma può esercitarsi solo un naturale tentativo di

---

<sup>274</sup> Il diritto all'autodeterminazione non pone affatto in una condizione di obbedienza cieca del medico, perché esiste sempre la possibilità di una non adeguata comprensione da parte del dichiarante del trattamento medico o di una sua evoluzione successiva: «Il diritto di autodeterminazione per non divenire costrizione tirannica che può esplicare i suoi effetti contro gli interessi della persona stessa deve sempre lasciare uno spiraglio alla revisione e perfino alla contraddizione.

informazione e di dissuasione ragionata, con le DAT il parametro della loro *incongruità*, oltre che quello dello scostamento tra il loro contenuto e la realtà delle cure che consente la loro disapplicazione e la somministrazione del trattamento, in accordo col fiduciario e, in assenza, designato eventualmente un amministratore di sostegno.

Sembra, quindi, che la volontà anticipata, pur dovendo essere rispettata, abbia una forza di *resistenza* inferiore rispetto al rifiuto delle cure attuali.

#### 4. La nutrizione e idratazione artificiali sono trattamenti medici *per legge*.

Un aspetto conteso riguardo del consenso alle cure e del testamento biologico è quello della definizione di trattamento medico e, in particolare, della nutrizione a idratazione artificiale (NIA).

Escluderle rappresenta un *vulnus* significativo alla libertà del paziente, impossibilitato a respingere tali trattamenti. La delicatezza della questione era emersa drammaticamente nel caso Englaro, ove la persona era alimentata artificialmente tramite sondino nasogastrico. Per evitare il distacco del sondino, anche in caso di accertamento del suo rifiuto alle cure, veniva opposto che le NIA non costituissero trattamento medico, ma assistenza ordinaria all'ammalato, non dissimile per natura e effetti sul corpo umano dell'ordinaria alimentazione e idratazione.

Il disegno di legge Calabrò, con un linguaggio insolitamente esplicitivo, nonostante il fatto che proprio nel caso Englaro la Corte di Cassazione avesse espressamente attribuito a tale trattamento carattere medico, prevedeva, invece, all'art. 3, comma 4 che «anche nel rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, e resa esecutiva dalla legge 3 marzo 2009, n. 18, l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente in fase terminale i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento».

La questione, come noto, è stata molto dibattuta, tanto che lo stesso parere del 2005 del Comitato di Bioetica afferma l'estraneità delle NIA ai trattamenti medici<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente, testo approvato il 30.09.2005.

Partendo dal presupposto che al paziente va garantito *il sostentamento ordinario di base* rappresentato dalla nutrizione e l'idratazione, sia che siano fornite per vie naturali che per vie non naturali o artificiali, anche quando l'alimentazione e l'idratazione devono essere forniti da altre persone ai pazienti in SVP per via artificiale, secondo il CNB vi sono *ragionevoli dubbi* che tali atti possano essere considerati *atti medici o trattamenti medici* in senso proprio, analogamente ad altre terapie di supporto vitale, quali, ad esempio, la ventilazione meccanica.

Nella consapevolezza della complessità del tema e a prescindere dai dubbi contenuti nel documento e al riferimento ad un possibile *accanimento* delle NIA – in tal caso da interrompere –, il documento riporta una nutrita opinione di minoranza che evidenzia criticamente, non solo l'opposto tenore del precedente documento relativo alle *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, approvato all'unanimità dal CNB il 18 dicembre 2003<sup>276</sup>, ma anche il contenuto dell'art. 51 del Codice italiano di deontologia medica, secondo il quale, in caso di rifiuto della persona capace di nutrirsi, il medico «non deve assumere iniziative coercitive né collaborare a manovre coercitive di nutrizione artificiale, ma deve continuare ad assisterla»<sup>277</sup>.

A dimostrazione della contrarietà di gran parte della letteratura scientifica, basti aggiungere, ad esempio, che il Documento elaborato dal Consiglio Direttivo e dalla Commissione di Bioetica della Società Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale (SINPE) del 2007 afferma chiaramente che «La NA è da considerarsi, a tutti gli effetti, un trattamento medico fornito a scopo terapeutico o preventivo. La NA non terapeutico o preventivo. La NA non è una misura ordinaria di assistenza (come lavare o imboccare il malato non autosufficiente)» che, «come tutti i trattamenti medici, la NA ha indicazioni, controindicazioni ed effetti indesiderati» e, pertanto, richiede il consenso informato.

---

<sup>276</sup> Per l'opinione di minoranza qualsiasi trattamento terapeutico, anche ordinario richiede il consenso informato della persona: «Ogni persona ha il diritto di esprimere i propri desideri anche in modo anticipato in relazione a tutti i trattamenti terapeutici e a tutti gli interventi medici circa i quali può lecitamente esprimere la propria volontà attuale»; aspetto dal quale discenderebbe che «qualunque trattamento o intervento rientra nella disponibilità della persona, indipendentemente dal fatto che sia ordinario o straordinario, che dia luogo o meno ad accanimento terapeutico, oppure – e a maggior ragione, costituendo l'alimentazione artificiale un intervento la cui cessazione comporta degli effetti perfettamente comprensibili dal paziente senza alcuna necessità di particolari informazioni o nozioni – che sia ordinaria assistenza di base».

<sup>277</sup> Art. 51 del Codice italiano di deontologia medica: «Quando una persona, sana di mente, rifiuta volontariamente e consapevolmente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle conseguenze che tale decisione può comportare sulle sue condizioni di salute. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico *non deve* assumere iniziative coercitive né *collaborare a manovre coercitive* di nutrizione artificiale, ma deve continuare ad assisterla».

Appare quindi fallace e, quindi, giustamente disatteso dal legislatore, il ragionamento seguito dal disegno di legge Calabrò per escludere dalle DAT questo aspetto delicato dei trattamenti delle persone in stato vegetativo o in coma irreversibile: «La funzione giuridica delle DAT è invece quella di garantire al malato esclusivamente l'esercizio della libertà di decidere circa quei trattamenti sanitari che, se fosse capace, avrebbe il diritto morale e giuridico di scegliere. Ne consegue che l'alimentazione e l'idratazione artificiali non possono essere oggetto di DAT, trattandosi di atti eticamente e deontologicamente dovuti, in quanto forme di sostegno vitale, necessari e fisiologicamente indirizzati ad alleviare le sofferenze del soggetto in stato terminale e la cui sospensione configurerebbe un'ipotesi di eutanasia passiva».<sup>278</sup>

Il conflitto tra le due posizioni è stato esplicitamente risolto dal legislatore il quale ha previsto esplicitamente che «ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici» (art. 1, comma 5).

Ne consegue che, diversamente dal testo precedente, esse possono essere specificamente oggetto di DAT.

### **5. Presupposti, forma ed efficacia delle DAT.**

Le DAT sono facoltative, richiedono la capacità d'agire, nonché di intendere e di volere, e rappresentano un atto *a forma vincolata*, dovendo essere redatte «per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie» (art. 4, comma 6).

Disposizioni di favore, quanto alla formalità delle DAT sono previste nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non consentano di partecipare all'atto pubblico o sottoscrivere la scrittura privata.

In tal caso le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento.

---

<sup>278</sup> Relazione al disegno di legge Calabrò.

Qualora ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni (art. 4, comma 7). E' esclusa, quindi, l'ammissibilità di DAT da parte di soggetti minorenni o incapaci sul piano naturale.

Se mancano disposizioni anticipate di trattamento, e il rappresentante legale o l'amministratore di sostegno manifestano il rifiuto alle cure proposte dal medico e quest'ultimo, invece, le ritiene appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al Giudice tutelare, che può essere adito, oltre che dai consueti legittimati *ex art. 406 ss. c.c.*, anche dal medico o dal rappresentante legale della struttura sanitaria.

Si tratta di una disposizione necessaria, posto che la legittimazione a esprimere il consenso è attribuita a persone diverse dal paziente e non in base a un suo atto di volontà, pur investendo un diritto personalissimo<sup>279</sup>.

Allo stesso regime può dirsi sottoposta l'ipotesi inversa, nella quale il rappresentante legale richieda le cure, ma esse sono rifiutate dal medico? Lo strumento classico per ottenere una prestazione di *facere* dalla struttura sanitaria è quello della tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*

Sebbene sia scomparsa la clausola di inefficacia della dichiarazione espressa «al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge», contenuta nel disegno di legge Calabrò<sup>280</sup>, non sembra, in base al tenore della nuova legge, che possa darsi rilevanza a dichiarazioni espresse verbalmente o con formalità diverse, se si considera che la scrittura privata non autenticata, deve essere *personalmente* consegnata.

Con ciò evidenziandosi dubbi sull'ammissibilità di una scrittura privata non autenticata, semplice, magari soggetta a successivo giudizio di verifica.

Dubbi potrebbero esservi anche riguardo alla stessa dichiarazione olografa.

Negli ultimi due casi, sebbene sia certa la paternità della dichiarazione, potrebbero residuare incertezze sulla sua datazione e attualità. Di certo, però, anche l'atto pubblico e la scrittura privata potrebbero essere successivamente essere rese inefficaci da una DAT resa successivamente.

<sup>279</sup> Cfr., in particolare, L. Lenti, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 417 ss.

<sup>280</sup> «Al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge [le dichiarazioni] non hanno valore e non possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione della volontà del soggetto».

Resta delicato, quindi, il problema della rilevanza della volontà espressa dalla persona prima della sua incapacità, quando vi siano evidenze oggettive riguardo alle sue scelte, ma difformi rispetto al modello legale di DAT.

La scelta del legislatore di limitare le forme delle DAT non appare tuttavia irragionevole posto che l'incidenza sul bene vita del rifiuto di trattamenti può legittimamente richiedere delle garanzie di provenienza e di persistenza delle scelte della persona sui propri trattamenti sanitari.

Non si tratta, in ogni caso, di atti ad efficacia temporalmente limitata, come invece previsto dal disegno di legge Calabrò (art. 4) che stabiliva una efficacia per cinque anni dalla data della dichiarazione a quella del manifestarsi dell'incapacità del soggetto, pur essendo, ovviamente, revocabile e modificabile in ogni momento dal soggetto interessato.

Manca anche la previsione dell'inefficacia della DAT «in condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato» (art. 4, comma 6 ddl Calabrò), in questo caso profilandosi una evidente problematicità di rispetto delle DAT in caso di ricoveri di urgenza di persone incoscienti a rischio della vita.

La previsione dell'art. 1, comma 7 della legge approvata non offre conforto, allorché afferma che «nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirle».

Tali trattamenti devono avvenire sempre rispettando la volontà del paziente che potrebbe scegliere di rifiutare le cure di urgenza anche in via anticipata con le DAT.

Solo il limite della «incongruità» della DAT può consentire il trattamento salvavita, quando la persona ha posto un rifiuto anticipato irragionevole.

Il punto merita attenzione perché il trattamento medico è sempre rifiutabile, anche se tale rifiuto è destituito di fondamento scientifico o razionale, perché espresso da persona capace di agire e di intendere e di volere.

Nel caso della DAT, invece, come si è detto il rifiuto non può essere irrazionale o, per meglio dire, incongruo rispetto alle cure ritenute necessarie.

Nelle disposizioni finali, all'articolo 8, il disegno di legge Calabrò prevedeva l'istituzione di un registro delle DAT nell'ambito di un archivio unico nazionale informatico.

Manca, invece, nella legge approvata la previsione di un registro unico nazionale, demandandosi alle regioni la «possibilità» di istituire registri regionali. Il registro

nazionale, però, è bene sottolineare, viene istituito dall'art. 1, comma 418 della legge di Bilancio 2018<sup>281</sup>.

### 6. Ulteriori profili. La designazione del fiduciario.

La DAT può contenere anche la nomina del fiduciario (art. 4) che, naturalmente, deve essere maggiorenne e capace di intendere e di volere.

L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT e può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente. Naturalmente l'incarico può essere revocato in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione.

Nel caso in cui venga meno il fiduciario per rinuncia, decesso o incapacità, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In assenza del fiduciario, se necessario, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno.

Il medico, come si è detto, può disattendere in tutto o in parte le DAT nei casi previsti, ma solo in accordo con il fiduciario e, in caso di conflitto, può essere adito giudice tutelare.

Il fiduciario prevale, quindi, sulle scelte dei familiari, che assumono un ruolo solo in caso di mancata designazione.

Nel silenzio del testo legislativo il giudice si troverà a dover risolvere i conflitti tanto tra fiduciario e medico, quanto quelli tra familiari e fiduciario accusato di *tradire* la volontà del dichiarante, quanto quelli tra i medesimi familiari.

Oltre al rispetto delle DAT «si impegna a vigilare perché al paziente vengano somministrate le migliori terapie palliative disponibili, evitando che si creino situazioni di accanimento terapeutico o di abbandono terapeutico» (art. 6) e a garantire che non si proceda a eutanasia e suicidio assistito<sup>282</sup>.

Le l. n. 76 del 2016, art. 1, commi 40 e 41 prevede che «ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia

---

<sup>281</sup> «È istituita presso il Ministero della salute una banca dati destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari».

<sup>282</sup> Il fiduciario, se nominato, si impegna a verificare attentamente che non si determinino a carico del paziente situazioni che integrino fattispecie di cui agli articoli 575, 579 e 580 del codice penale.

che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute, specificando che la designazione di cui al comma 40 è effettuata in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone».

La norma risulta superata dalle DAT, sia con riguardo ai presupposti sia per le forme, né vige il principio *tempus regit actum*, posto che la norma transitoria dell'art. 6 prevede che «ai documenti atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della presente legge, si applicano le disposizioni della medesima legge», con ciò evidenziando la necessità di una conformità alla legge generale sulle direttive anticipate di trattamento.

### 6.1. Pianificazione condivisa delle cure.

La legge introduce anche il concetto di *Advance Health Care Planning*<sup>283</sup>, diverso tanto dal semplice consenso informato, che presuppone l'attualità o, per meglio dire, la persistenza della capacità di esprimerlo del paziente tanto dalla DAT, che viene redatta in previsione di una futura e eventuale patologia e, che, pertanto, ha un contenuto tendenzialmente aperto e generale, e che prescinde, conseguentemente, da una specifica patologia in atto.

La pianificazione condivisa, invece, presuppone l'esistenza di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta.

In tal caso, tra medico e paziente «può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità» (art. 5) e può essere aggiornata al

---

<sup>283</sup> Il documento della SIAARTI (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva) su *Grandi insufficienze d'organo "end stage": cure intensive e cure palliative?*, approvato nel 2013 e reperibile in internet, [www.siaarti.com](http://www.siaarti.com), indica che per "Processo condiviso di Advance Care Planning (ACP): ci si riferisce con questa locuzione alle pratiche di condivisione anticipata del piano di cure. La scelta terminologica è dettata, per un verso, dalla necessità di fare riferimento alla letteratura e alle numerose esperienze internazionali. D'altro canto, posto che non esiste ancora, né nella normativa né nella letteratura del nostro paese, una terminologia consolidata, si è ritenuto di inserire il sostantivo "processo" seguito dall'aggettivo "condiviso" per due essenziali motivi. L'accento sulla condivisione del processo decisionale, senza nulla togliere al ruolo propulsivo dei professionisti sanitari, è anzitutto una forte garanzia per evitare che il paziente sia sottoposto a trattamenti sproporzionati in eccesso; in secondo luogo, è strumento di garanzia che il paziente sia sottoposto a trattamenti che lui stesso ha considerato proporzionati, contro il pericolo che le scelte del team curante siano guidate da sole esigenze di efficienza e razionalizzazione della spesa sanitaria".

progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico.

In tali ipotesi il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario, di cui al comma 3, sono espressi in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo permettano, attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, e sono inseriti nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico.

La pianificazione condivisa col medico pone il problema quindi della vincolatività della pianificazione effettuata, a titolo esemplificativo, da un medico di una *équipe* ospedaliera nei confronti di tutti i medici della stessa *équipe*, eventualmente con incarico dirigenziale più elevato (struttura semplice, complessa e dipartimentale) e, soprattutto, caso di cambio di medico curante, posto che il nuovo medico non sarebbe tenuto al rispetto della pianificazione condivisa con altri professionisti se non era già parte dell'*équipe*.

Poiché il paziente, anche se ha redatto una DAT, con la pianificazione condivisa esprime il proprio consenso specificamente rispetto alla specifica cura proposta dal medico per una determinata patologia, anche con riguardo ai *propri intendimenti per il futuro*, e lo fa in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso videoregistrazione o dispositivi, tale manifestazione di volontà, in quanto successiva, specifica e documentata, deve prevalere, invece, sulle DAT, da utilizzare solo eventualmente in via integrativa.

Resta fermo che il nuovo medico possa disattendere il piano condiviso, ai sensi dell'art. 4, comma 5 qualora, pur essendo il trattamento e i suoi limiti, già concordato, tali scelte «appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» o, ancora, siano vietate ai sensi dell'art. 1, comma 5.

Solo in via sussidiaria si applicano le norme dell'art. 4 sulle DAT (art. 5, ult. comma).

Il rapporto tra DAT, pianificazione condivisa e consenso attuale, quali graduazioni progressive del dialogo anche eventuale tra persona e medico riguardo alle proprie scelte

di cura, con una diversa efficacia vincolante per il secondo, rappresenta un aspetto di interesse della legge che dovrà essere meglio valutato in seguito.

### **6.2. L'obiezione di coscienza del medico e una breve considerazione conclusiva.**

Un tema emerso già nei primi giorni successivi all'approvazione della legge è quello della obiezione di coscienza per i professionisti o anche delle intere strutture (come quelle religiose) private, siano esse o meno convenzionate con la sanità pubblica.

La risposta si trova agevolmente nell'art. 1, comma 9, per cui «ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale».

Le norme, quindi, sono vincolanti per qualsiasi medico o ente che fornisce trattamenti sanitari e non vi è possibilità di obiezione di coscienza.

La natura di diritto fondamentale dell'autodeterminazione del paziente comporta che la natura non convenzionata della struttura non sia motivo per rifiutare il rispetto delle DAT. Il medico privato può tendenzialmente e legittimamente negare la prestazione medica, ma se la assicura non può in un momento successivo negare il diritto a rinunciare alle cure offerte, certamente non appellandosi al riferimento alla deontologia professionale contenuto dall'art. 1 (*clausola di coscienza*), visto che la deontologia professionale non può in alcun modo contenere norme o essere interpretata *contra legem*.

L'importanza dei principi enunciati dalla legge, il coinvolgimento di diritti fondamentali, la persistenza di un dibattito su libertà di cura, accanimento terapeutico, suicidio assistito e eutanasia passiva, obbliga i giuristi a mettere le soluzioni interpretative alla prova dei fatti, nonché i medici a essere accorti interpreti della volontà del paziente e a confrontarla con la realtà del suo quadro medico-diagnostico.

Forse ancor più responsabilizza le stesse persone a rifiutare accertamenti e cure, o a formulare DAT solo sulla scorta di informazioni complete e continuamente aggiornate.

Se, pertanto, i limiti di vincolatività delle DAT e delle pianificazioni condivise delle cure dovranno essere sicuramente "registrati" progressivamente, valutando le implicazioni dei singoli casi, è però possibile sicuramente indicare che il legislatore, andando oltre il rispetto degli "orientamenti" del paziente previsti dalla Convenzione di Oviedo, ha scelto

chiaramente di impedire che i malati possano essere trasformati dalla collettività, secondo una formula incisiva in "unwilling prisoners of medical technology"<sup>284</sup>.

**Abstract (italiano):** La legge sul testamento biologico, approvata dal Parlamento italiano il 14 dicembre 2017 dopo analoghe iniziative di altre nazioni, ha introdotto nel nostro ordinamento le disposizioni anticipate di trattamento nel quadro di una disciplina generale consenso informato, con accenti particolari riguardo al rifiuto di cura e di diagnosi paziente e alla delega a *decisori esterni* della prestazione del consenso stesso. Oltre alle DAT, alle quali si è attribuito valore relativamente vincolante, e alla figura del fiduciario per la loro esecuzione, la legge prevede anche la Pianificazione condivisa delle cure. Si è inoltre attribuita, ai fini delle DAT, natura di trattamenti sanitari dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, superando in tal modo il parere del Comitato Nazionale di Bioetica. Dovrà essere accuratamente valutata la rilevanza della volontà del paziente espressa anticipatamente con modalità difformi rispetto a quelle previste dalla legge, nonché il rapporto di *progressione volitiva* tra DAT, Advance Health Care Planning e consenso informato attuale.

**Abstract (inglese):** The new Law on Living will regulate the advance directives for health treatment, the informed consent the Advance Health Care planning. The advance directives are not only wishes; they are legally binding as far as they must be observed by the medical personnel unless they are evaluated incongruous or actual and must be expressed in special written form. The physician can not deny interrupting the medical treatment according to the Will of the patient, as the law does not allow the conscientious objection oh the medical personnel.

**Key words (inglese):** Testamento biologico

**Key words (italiano):** Living will

---

<sup>284</sup> L. Cantor, *Déjà vu all over again: the false dichotomy between sanctity of life and quality of life*, *Stetson Law Rev.*, 35, 2005, p. 110.

*Notizie sugli Autori*

Paolo Rossi – Professore associato di Diritto dell’economia - Università di Perugia

Giampiero Buonomo – Consigliere parlamentare

Jacqueline Morand Deviller – Professore emerito di Diritto amministrativo – Université Paris I “Panthéon-Sorbonne”

Andrea Previato – Dottore in Giurisprudenza – Università di Ferrara e tirocinante presso la Corte d’Appello di Bologna

Diego Rossano – Professore associate di Diritto dell’economia – Università di Napoli “Parthenope”

Pasquale Serrao d’Aquino - Magistrato

Irene Tricomi – Consigliere della Corte Suprema di Cassazione