

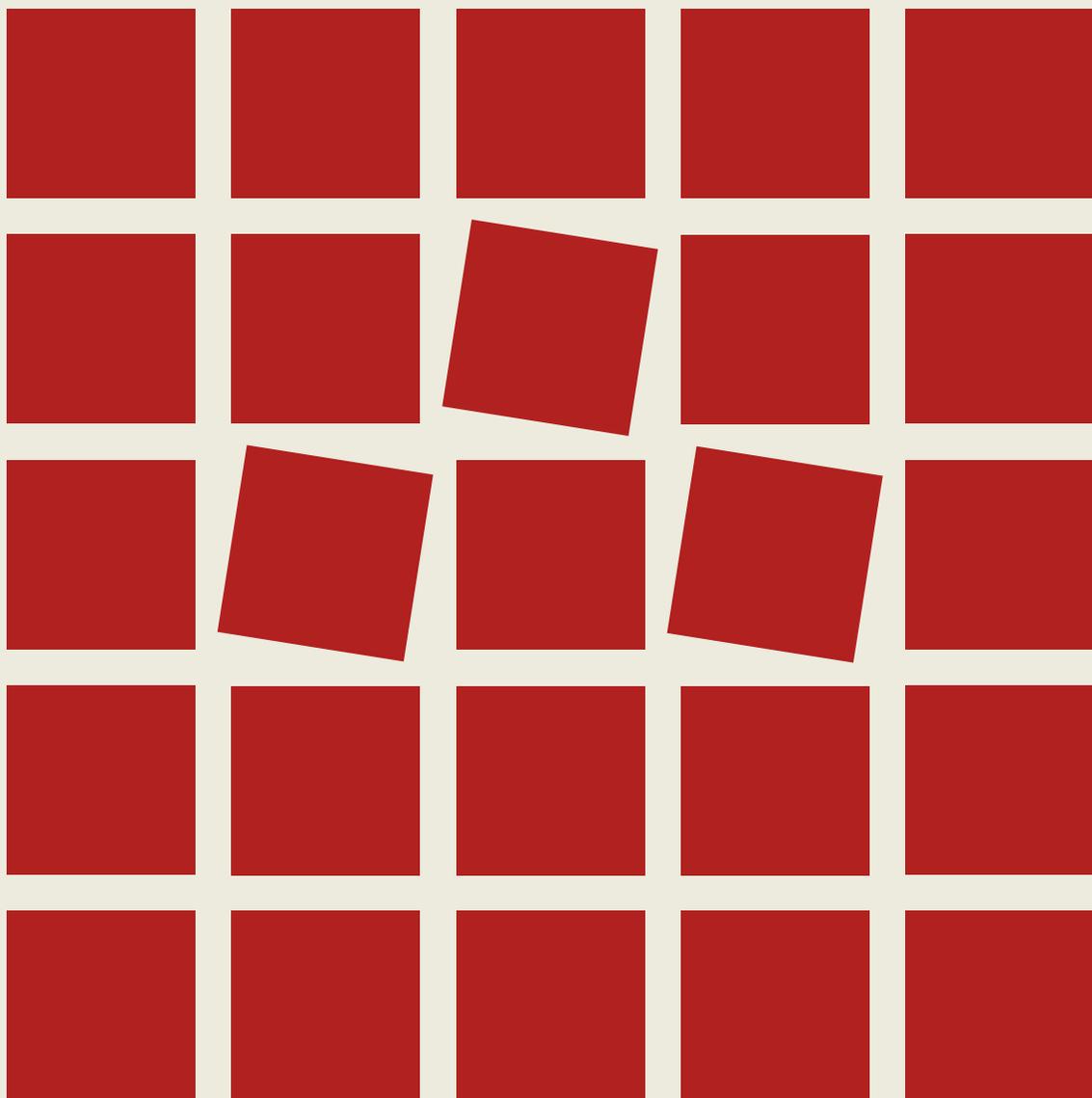
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 3 – Num. 2
Dicembre 2014



Edizioni
Ca' Foscari



Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Quaderni del Progetto Dottorale
di Alta Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici
del Dipartimento di Economia
dell'Università Ca' Foscari Venezia

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing
Università Ca' Foscari Venezia
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

<http://www.edizionicafoscari.unive.it/riv/exp/25/RicercheGiuridiche>

Ricerche giuridiche

Rivista semestrale

Direzione scientifica Nicolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Capriglione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Lorenzo De Angelis María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Christoph G. Paulus (Humboldt Universität zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Alberto Urbani

Direttore responsabile Alberto Urbani

Comitato Scientifico Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Marcello Clarich (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Denmark) Paolo Montalenti (Università di Torino, Italia) Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Austria) Masaki Sakuramoto (Toyo University, Tokyo, Japan) Antonella Sciarone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Roberto Senigaglia Marco Sepe (Unitelma Sapienza, Roma, Italia) Gianluca Sicchiero Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Giuseppe Vettori (Università di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland) Gaetano Zilio Grandi

Comitato di redazione Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Giuliana Martina Andrea Minto (Universiteit Utrecht, Nederland) Marco Olivi Giuseppe Paone Andrea Pin (Università di Padova, Italia) Ilenia Rapisarda Marco Ticozzi Alessandra Zanardo Giuliano Zanchi Andrea Zorzi

Comitato scientifico per la valutazione Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EiUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Daniela Caterino (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Denmark) Paoloefisio Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Lobocono (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Carlo Paterniti (Università di Catania, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Mirella Pellegrini (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Henry Peter (Université de Genève, Suisse) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia)

Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia.

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia Ca' Bottacin, Dorsoduro 3911, 30123 Venezia, Italia ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

- 1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di *workshop* dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
- 2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
- 3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
- 4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
- 5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
- 6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

Sommario

SAGGI

Robert Alexy

**Constitutional Rights, Democracy,
and Representation** 197

Luigi Ferrajoli

**I diritti fondamentali come dimensioni
della democrazia costituzionale** 211

Tiziano Treu

Jobs Act: il riordino dei tipi contrattuali 223

PAPERS

Filippo Zatti

**Riflessioni intorno ai principi e agli obiettivi
della regolazione del mercato dei capitali in Italia** 237

Maria Diamante Stivanello Gussoni

**Le Authorities e il sistema di vigilanza
sulle radiofrequenze**
Una comparazione tra il sistema inglese e quello italiano 261

Marco Gregori

**L'applicazione del diritto dell'Unione
da parte degli arbitri**
Riflessioni e prospettive in tema di rinvio pregiudiziale 295

OSSERVATORIO

**TRIBUNALE ORDINARIO DI TREVISO, Sezione Seconda –
5 novembre 2012, n.1739**

Profazio, Giudice monocratico

**La forma scritta priva di sottoscrizione alla prova della nullità
di cui all'art. 117 t.u.b.**

Annarita Freda

315

**TRIBUNALE DI BARI, Sezione feriale in funzione di sezione
specializzata in materia d'impresa – 8 agosto 2014 (ord.) –**

Cassano, Giudice designato

**Sui poteri del commissario straordinario nell'amministrazione
straordinaria delle banche di fissare requisiti di professionalità
più rigidi per gli esponenti aziendali**

Ciro Gennaro Corvese

337

**CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Prima Sezione –
19 giugno 2014**

La cessazione temporanea del rapporto di lavoro

a causa della gravidanza non pregiudica lo *status* di lavoratrice

Chiara Garbuio

351

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

E. Bergamini, E. Camilleri, T.M. Carinci, A. D'Adda, R. Del Punta, V. Lemma, M. Lobocono, M. Pellegrini, F. Scarpelli, M. Sepe, V. Troiano, M. Vellano

Saggi

Constitutional Rights, Democracy, and Representation

Robert Alexy

(Professore di Diritto pubblico e Filosofia del diritto, Christian-Albrechts Universität, Kiel, Deutschland)

Abstract The question of how the legal power of a constitutional court to overturn acts of parliament can be justified is the central theoretical issue in the field of constitutional review. The thesis of this paper is that constitutional review is justified on the basis of principles theory on the one hand and on the basis of the theory of “argumentative representation” on the other. The normative basis of principles theory is the distinction between rules and principles. If the form of application of the rules is subsumption, by contrast, the form of application of principles is balancing. Constitutional rights have essentially the character of principles, and Balancing presupposes scales, which in constitutional law are possible only as crude discrete scales. The legal reasoning implies a new concept of democracy. An adequate concept of democracy must comprise not only decision but also argument.

Summary 1. The Problem of Constitutional Review. – 2. Principles Theory. – 2.1. Rules and Principles. – 2.2. Principles Character and Proportionality Analysis. – 2.3. Law of Balancing; 2.4 Discretion. – 3. Constitutional Rights, Human Rights, and Representation. – 3.1. Control or No Control? – 3.2. Argumentative Representation.

1 The Problem of Constitutional Review

The question of how the legal power of a constitutional court to overturn acts of parliament can be justified is the central theoretical issue in the field of constitutional review. This issue addresses the perennial problem of the relation between constitutional review and democracy.

Hans Kelsen treats the question of constitutional review as a question of the legality of legislation. The parliament is empowered by the constitution *qua* higher law to enact statutes, and if these laws are not issued in accordance with the procedural rules of the constitution or do not comport with substantive constitutional constraints, in particular, constitutional rights, then these purported laws are unlawful¹. In this situation constitu-

I should like to thank Stanley L. Paulson for help and advice on matters of English style.

tional review is said to be indispensable in order to secure ‘complete legal bindingness’ (*volle Rechtsverbindlichkeit*)², required by the ‘principle of the greatest legality possible’ (*Prinzip möglicher Rechtsmäßigkeit*)³. This picture of constitutional review is correct but incomplete. It says nothing about how the unconstitutionality of a parliamentary law enactment is established. This is a serious problem, for in many cases the question of constitutionality will be contested. In these situations two questions arise: a methodological or argumentation-theoretic question and an institutional question. The methodological question is whether, in cases of disagreement, it makes sense to attempt to find the better answer – an answer that is better, for instance, than an answer arrived at by tossing a coin. The institutional question is whether it is compatible with democracy that a constitutional court be empowered to attempt to find this answer. My reflections on these questions will refer to constitutional rights, a field in which the problems of constitutional review are posed with special urgency. I will proceed in two steps. In a first step I will present principles theory as a model of constitutional argument. The second step will concern the idea of constitutional review as ‘argumentative representation’ of the people. My thesis is that constitutional review is justified on the basis of principles theory on the one hand and on the basis of the theory of argumentative representation on the other.

2 Principles Theory

2.1 Rules and Principles

The norm-theoretic basis of principles theory is the distinction between rules and principles. Rules are norms that require something definitively. They are *definitive commands*. Their form of application is subsumption. By contrast, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities at hand. Thus, principles are *optimization requirements*⁴. Their form of application is balancing. This norm-theoretic distinction is connected with the interpretation of constitutional rights by way of the thesis that con-

1 H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1929, 5, pp. 30-35.

2 Kelsen, *op. cit.*, p. 78.

3 H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin-Grünwald: Rothschild, 1931, p. 5.

4 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (first publ. 1985), trans. Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 47-48.

stitutional rights have essentially the character of principles⁵. This does not mean, however, that provisions giving expression to constitutional rights cannot also express rules or elements of rules. An example of a constitutional rights rule in the German Constitution is Article 102 of the Basic Law, which says: ‘The death penalty is abolished’. Another example of a decision taken by the constitutional framers that has the character of a rule is Article 104 (2) (3) of the Basic Law, which runs as follows: ‘The police are not permitted to hold anyone arrested on their own authority beyond the end of the day after the arrest’. Still another example stems from the details of the highly complex regulation on the adoption of technical means for the acoustic surveillance of an accommodation in which the suspect is thought to reside, found in Article 13 (3)-(6) of the Basic Law. In these cases, the constitutional framers have passed on questions of balancing by establishing rules, and the interpreter of the Constitution is bound to apply them⁶. There exist, however, a great many cases in which an authoritative decision taken by the constitutional framers to decide the case is not at hand. Here, the balancing of principles is indispensable. This is also the case where a constitutional court transcends the wording of the constitution, as, for instance, the German Federal Constitutional Court did when, in a decision from 9 February 2010, it created a social right to an existential minimum⁷.

2.2 Principles Character and Proportionality Analysis

The definition of principles as optimization requirements leads straightaway to a necessary connection between principles and proportionality. The principle of proportionality (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), which in the last decades has received ever greater international recognition in the theory and practice of constitutional review⁸, consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in the narrower sense. All three sub-principles express the idea of optimization. Principles *qua* optimization requirements require optimization relative both to what is factually possible and to what is legally possible. The principles of suitability and necessity refer to optimization relative to

5 See on this R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, ms.

6 ALEXY, *A theory...*, cit., p. 83.

7 Decisions of the Federal Constitutional Court (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, hereafter: BVerfGE), 125, 175 (222).

8 See, for instance, D.M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004; A. STONE SWEET and J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 47, pp. 72-164.

the factual possibilities. Optimization relative to the factual possibilities concerns the question of whether one position can be improved without detriment to the other. Thus, the first two sub-principles require Pareto-optimality.

Optimization relative to the factual possibilities consists in avoiding avoidable costs. Cost, however, are unavoidable when principles collide. Balancing then becomes necessary. Balancing is the subject of the third sub-principle of the principle of proportionality, the principle of proportionality in the narrower sense. This principle expresses what optimization relative to the legal possibilities means. This rule can be called ‘Law of Balancing’⁹. It states:

The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.

2.3 Law of Balancing

The Law of Balancing shows that balancing can be broken down into three stages. The first stage involves establishing the degree of non-satisfaction of, or detriment to, the first principle. This is followed by a second stage in which the importance of satisfying the competing principle is established. Finally, in a third stage, it is determined whether the importance of satisfying the latter principle justifies the detriment to or non-satisfaction of the former. This shows that balancing presupposes that it is possible to make rational judgments about, first, the intensity of interference, second, the degree of importance, and, third, their relation to each other.

Critics of balancing like Jürgen Habermas and Bernhard Schlink contest the rationality of such judgments¹⁰. The question of whether balancing is a form of rational argumentation cannot be discussed here in any detail¹¹. I will confine myself to a brief look at two cases illustrating that and how rational judgments about intensity of interference, degree of importance, and their relation to each other are possible. A rather simple case is the decision of the German Federal Constitutional Court on health warnings¹². The Court characterizes the duty of tobacco producers to place health warnings respecting the dangers of smoking on their products as

9 ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 102.

10 J. HABERMAS, *Between Facts and Norms* (first publ. 1992), trans. William Rehg, Cambridge, Polity Press, 1996, p. 259; B. SCHLINK, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2 vols., ed. P. Badura and H. Dreier, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, vol. 2, p. 460.

11 See on this R. ALEXY, *The Construction of Constitutional Rights*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, 4, pp. 26-32.

12 BVerfGE 95, 173.

a relatively minor or light interference with the freedom to pursue one's profession. By contrast, a total ban on all tobacco products would count as serious interference. Between such minor and serious cases, others of moderate intensity of interference can be found. In this way, a scale can be developed with the stages 'light', 'moderate', and 'serious'. Our example shows that valid assignments following the scale are possible. The same is possible on the side of the competing reasons. The health risks resulting from smoking are great. Therefore, the reasons justifying the interference weigh heavily. If in this way the intensity of interference is established as minor, and the degree of importance of the reasons for the interference as high, then the outcome of examining proportionality in the narrower sense may well be described – as the German Federal Constitutional Court has in fact described it – as 'obvious'¹³.

The teachings of the tobacco judgment are corroborated by looking to other cases. A far more difficult case is presented by the decision of the Federal Constitutional Court on electronic data screening. A student with Moroccan citizenship and islamic faith brought a constitutional complaint against an order of the lower district court in Düsseldorf – upheld in the higher courts – that required residents' registration offices, the central aliens' registry, and universities to transmit data concerning male persons between 18 and 40 on, *inter alia*, their faith, native country, citizenship, and subject of study. These data were transmitted to automatic data processing for the purpose of identifying potential terrorists. The measure was held to be justified in light of the general danger of terrorism attempts after September 11¹⁴. The majority of the First Panel of the Federal Constitutional Court classified the measure as an interference of 'considerable weight'¹⁵ with the complainant's right to data self-determination, which – according to the Court – is a special case of the general right to personality (Art. 2 (1) in connection with Article 1 (1) of the Basic Law). The Court considers such a serious interference as justified in cases of a present danger¹⁶ and also in cases of a concrete danger, but not in cases of an abstract or general danger¹⁷. Now, our case is said to be merely a case of abstract danger¹⁸, characterized by a 'generally threatening situation'¹⁹. This implies that the interference with the right of the complainant is unconstitutional.

13 BVerfGE 95, 173 (187).

14 BVerfGE 115, 320 (331).

15 BVerfGE 115, 320 (347).

16 BVerfGE 115, 320 (363).

17 BVerfGE 115, 320 (360).

18 BVerfGE 115, 320 (369).

19 BVerfGE 115, 320 (364).

The reason for this – not very clearly elaborated in the decision, which is focused on the interference with the right and not on the reasons for this interference – is that in cases of abstract danger, the reasons for interference have only a moderate weight or at any rate a less serious²⁰ weight than the interference with the complainant's right. Therefore, the constitutional complaint was considered to be justified.

If one follows the classifications of the majority, the result is inevitable. The dissenting vote of Justice Haas, however, shows that different classifications or gradings are conceivable. According to Haas, the interference with the complainant's right has only a 'low weight'²¹, whereas the guarantee of security is of great importance. These classifications imply that the constitutional complaint is not justified. Here only two points are of interest. The first is that both sides presented numerous arguments for their classifications. The arguments of the majority for the assessment of the interference as serious run over eleven pages²², those of Justice Haas for her assessment as light run over four pages²³. This illustrates that balancing is not simply a matter of classification, grading or rating, but essentially a matter of argumentation. The second point is that the arguments can not only lead, as in the tobacco case, to an agreement, but also to disagreement. The question is what this means for the justification of constitutional review.

2.4 Discretion

It would be possible to engage in a far deeper and more precise analysis of the two cases by means of the Weight Formula²⁴, which is nothing other than a mathematical reconstruction of the Law of Balancing together with its link to a second Law of Balancing that refers to epistemic certainty²⁵. This, however, shall not be elaborated here. A sole point is of interest in the present context. It is the fact that the theory of balancing, as based on principles theory, is intrinsically bound up with a theory of discretion or deference. Two kinds of discretion are to be distinguished: structural and epistemic discretion.

20 This alternative presupposes the application of a double-triadic scale. See on this R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption*, in *Ratio Juris*, 2003, 16, p. 445.

21 BVerfGE 115, 320 (379).

22 BVerfGE 115, 320 (347-57).

23 BVerfGE 115, 320 (371-4).

24 R. ALEXY, *The Weight Formula* (first publ. 2002), trans. B. Brożek and S.L. Paulson, in *Studies in the Philosophy of Law*, vol. 3, ed. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, Krakow, Jagiellonian Press, 2007, pp. 9-27.

25 ALEXY, *A Theory...*, cit. pp. 418-419.

The most important kind of structural discretion is discretion in balancing²⁶. Balancing presupposes, as the two cases illustrate, scales²⁷. In constitutional law only crude discrete scales are possible. The triadic scale, namely light, moderate, and serious, is an example. There are numerous possibilities for refining the scale. A double-triadic scale is of special interest. It works with nine steps or values that begin with light light, that is, very light, continue with moderate light, and terminate with serious serious, that is, very serious. It is of the utmost importance that the possibilities of refinement be limited. All classifications represent judgments, and they are, as the two cases illustrate, in need of justification. A justification can only be given for what one understands. Now it is easy enough to understand a statement such as ‘The interference is light’ or a statement such as ‘The interference is a serious moderate interference’. But how should the statement ‘The interference is a serious light interference of a moderate kind’ be understood?²⁸ For this reason, the scale cannot be an infinitesimal or continuous scale. It has to be crude and discrete. The cruder the scale, the more frequent the cases of stalemate, that is, if a triadic scale is used, the frequency of cases in which on both sides a ‘light’, a ‘moderate’, or a ‘serious’ may be found. In such cases of stalemate, the parliament, from the point of view of the constitution, is free to decide as it wishes.

Epistemic discretion is no less important. It occurs in cases of empirical and normative uncertainty. In such cases the formal principle of the decision-making competence of the legislature can justify an exercise of discretion by the legislature²⁹.

The existence of these two kinds of discretion shows that the reasoning of a constitutional court is different from what takes place in the parliament. The majority in parliament cannot issue a law that says no more than that it is possible to decide both for and against a certain regulation. A constitutional court can make such a decision, and it in effect has to do so in all cases of discretion. This implies that constitutional review is confined to controlling the limits of the competence of the legislature. This is an important point where the principle of democracy is concerned. It reduces the intensity with which constitutional review interferes with the principle of democracy.

26 ALEXY, *op. ult. cit.*, pp. 396-414.

27 A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 166.

28 ALEXY, *The Construction...*, cit., pp. 30-31.

29 ALEXY, *A Theory...*, cit., pp. 422-425; R. ALEXY, *Comments and Responses*, in *Institutionalized Reason*, ed. M. Klatt, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 330-331.

3 Constitutional Rights, Human Rights, and Representation

The concession represented by discretion or deference serves to mitigate the harshness of the problem posed by the democratic legitimacy of constitutional review. This concession does not, however, by itself place one in a position to resolve the problem, for it leaves open the institutional question of who ought to determine the limits of legislative competence. In cases of collision between constitutional rights as well as between constitutional rights and collective goods, this problem can only be resolved by means of balancing. One might call the limits established by balancing ‘balancing limits’. A balancing limit is transgressed by the legislature when the interference of a certain regulation with a constitutional right has greater weight than do the reasons justifying it. A parliament issuing this regulation will, however, regularly claim that the regulation is constitutional, which implies that it is proportional, and which implies, too, that the reasons justifying the interference have at least as much weight as the interference. A critic of constitutional review who accepts the thesis that balancing is a form of rational argumentation may nevertheless ask, in such cases, why the assessments of the constitutional court ought to take priority over the assessments of the legislature. The answer to this question stems from the connection of three arguments: a formal, a substantive, and a procedural argument.

3.1 Control or No Control?

The formal argument consists of the classical maxim *nemo iudex in sua causa*³⁰. Jeremy Waldron has argued that it ‘is hard to see the force of this argument’³¹. There must always be ‘some person or institution whose decision is final’³², and the person or institution having the last word is ‘ipso facto ruling on the acceptability of [his or its] own view’³³. One has to agree with Waldron on the point that the final instance cannot be controlled by a further instance, for if this were the case, the final instance would not be final. But the problem of the final instance has to be distinguished from the problem of control. If there is no constitutional review, there is no control of the legislature with respect to the question of whether – in following its own assessments of the requirements of constitutional rights – it has

30 See on this KELSEN, *Wer soll der Hüter...*, cit., p. 6.

31 J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 2006, 115, p. 1400.

32 WALDRON, *op. cit.*, p. 1400.

33 WALDRON, *op. cit.*, p. 1401.

violated these rights. That there exists no institutionalized control of the controlling instance is a separate point. The fact that the final instance is not controlled does not imply that it cannot control non-final instances. One is left, then, with the question of whether control by an instance that is not itself controlled is to be preferred to no control at all. I think constitutional rights fare better if we follow the first option. But why should they be better protected?

This question leads to the second argument, the substantive argument. The substantive argument is based on the importance of constitutional rights. The importance of constitutional rights stems from the fact that constitutional rights are rights that have been recorded in a constitution with the – subjective or objective³⁴ – intention of transforming human rights into positive law.

3.2 Argumentative Representation

The procedural argument is the argument of the argumentative representation.

3.2.1 Democracy and Representation

The legitimacy of constitutional review with respect to the principle of democracy has a negative and a positive aspect. The negative aspect refers to the question of how intensively constitutional review interferes with the democratically legitimized competence of the parliament. The lower the degree of interference, the greater the legitimacy. This is the theme of the theory of discretion or deference. The theory of discretion or deference establishes cases in which interference with the principle of democracy is precluded by the constitution. One might call these cases ‘non-interference cases’. The negative aspect consists of attributing to the principle of democracy a lower weight with respect to the principle of the protection of constitutional rights – a lower weight proportional to the degree of discretion accorded the legislature.

The positive aspect concerns the enhancement of the weight of the principle of protection by connecting it with the principle of democracy. Such a connection means that the principle of democracy is to be found on both sides of the collision. With this development, the case for constitutional review is considerably improved. Two versions of the positive argument are to be distinguished. The first is the well-known argument that constitutional

34 See on this ALEXY, *Constitutional Rights...*, cit., ms., p. 14.

review is legitimate because it serves to protect the conditions presupposed by a democracy. This, however, shall not be considered here. The second version of the positive argument is far more interesting, for it refers to all constitutional rights, not only to those that are relevant to the process of democratic will-formation. This is the argument of argumentative representation.

The starting point of the argument of argumentative representation is the fact that constitutional review is an exercise of state authority. In cases in which statutes are invalidated, it is, as Kelsen puts it, 'a negative act of legislation'³⁵. In more recent times, constitutional courts often issue directives to the parliament concerning positive state action in the field of protective rights as well as in the field of social rights. This is or at any rate comes close to a positive act of legislation. In a democratic state in which – as stated in Article 20 (1) (1) of the Basic Law of the Federal Republic of Germany – 'all state authority proceeds from the people', constitutional review *qua* negative or positive legislation can be legitimate only if it proceeds from the people. This means that it is legitimate only if it can be conceived as a representation of the people.

Representation is a two-place relation between a *repraesentandum* and a *representans*. In the case of parliamentary legislation the relation between the *repraesentandum* – the people – and the *representans* – the parliament – is essentially determined by free and general elections and the possibility of control by denying reelection. Now it is possible to draw a picture of democracy that contains nothing more than a system of decision-making centered around the concepts of election and majority rule. This would be a purely decisionistic model of democracy. An adequate concept of democracy must, however, comprise not only decision but also argument. The inclusion of argument in the concept of democracy renders democracy deliberative. Deliberative democracy is an attempt to institutionalize discourse as far as possible as a means of public decision-making. For this reason, the connection between the people and the parliament must be determined not only by decisions expressed in elections and votes but also by argument. In this way, the representation of the people by the parliament is, at one and the same time, volitional or decisionistic and argumentative or discursive.

35 H. KELSEN, *Judicial Review of Legislation*, in *The Journal of Politics*, 1942, 4, p. 187.

3.2.2 Essentially Argumentative Representation

The representation of the people by a constitutional court is quite different. The judges of the constitutional court have, as a rule, no direct democratic legitimation, and, what is more important, the people normally have no possibility of control by denying them reelection. For this reason, I have qualified the representation of the people by a constitutional court in an earlier article as ‘purely argumentative’³⁶. Mattias Kumm has pointed out that a purely argumentative representation would be compatible, for instance, with ‘a council of justice-seeking hereditary philosopher kings’, and, he insists, ‘a volitional/decisional link between the people and constitutional courts has to exist, if they are to qualify as genuinely representative institutions’³⁷. Kumm is right on this point. In a democracy, at least an indirect electoral link between the people and the constitutional court – as established, for instance, by appointment on the part of representatives who are directly elected – is necessary, and, over and above this, the decision-making that takes place inside the court must involve some kind of majoritarian procedure. But this does not affect the gist of my argument. The decisive point is that the independence of the judges of a constitutional court requires that the people have no possibility of control by voting them out of office or – in whatever way – denying them reelection. This is enough to characterize representation of the people by a constitutional court as *essentially* argumentative³⁸. To be sure, representation of the people both by parliament and by a constitutional court has a volitional or decisionistic as well as an argumentative or discursive dimension. In both cases the volitional or decisionistic dimension represents the real side of the enterprise, and the argumentative or discursive dimension its ideal side. The decisive difference is that the argumentative dimension in the case of constitutional review is not simply a second dimension alongside the decisionistic dimension. It is the essential dimension. This implies that the ideal dimension is dominant in constitutional review.

36 R. ALEXY, *Balancing, constitutional review, and representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 3, p. 579.

37 M. KUMM, *Alexy's Theory of Constitutional Rights and The Problem of Judicial Review*, in *Institutionalized Reason*, ed. M. Klatt, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 206-207.

38 ALEXY, *Comments and Responses*, cit., 338.

3.2.3 Argumentative Representation, Correctness, and Acceptance

A critic of constitutional review might well object that this, in the end, counts as an overidealization. The critic will maintain that essentially argumentative representation is a chimera. Once the ideal dominates the real, the constitutional court is free to declare every argument as an argument representing the people. The path that begins with constitutional rights and continues with balancing, argumentation, and constitutional review ends with an illusion, in which the legitimation of everything is possible.

This objection can be rejected if it is possible to show, first, that constitutional review as argument or discourse does not allow for everything, and, second, that constitutional review as representation can be connected with what people really think. Constitutional review as argument does not allow for everything, for good from bad or better from worse constitutional arguments can be distinguished from one another in a considerable number of cases. This is an argumentation-theoretic question that I have attempted to answer by means of a theory of rational discourse. To be sure, the theory of rational discourse does not preclude ‘reasonable disagreement’³⁹. It does, however, preclude the notion that all disagreement is reasonable. If all disagreements over rights were reasonable, Waldron’s argument against judicial review, which is essentially based on the existence of disagreement⁴⁰, would, indeed, be quite strong. There are, however, cases in which only one answer is discursively possible⁴¹, and is in this sense right or correct. The tobacco case might well be an example. In the electronic data case, the situation is more complex. The dissenting vote shows that there exists a disagreement inside the court. Both sides raise a claim to correctness, and the majority decides. This connection of argument and decision is legitimate if one conceives constitutional review as a process of approximation towards correctness or truth. It is our best means for coming closer to what is discursively necessary.

The existence of good or correct arguments is enough for deliberation or reflection, but not for representation. For this reason, the ideal level of argument and correctness must be connected with the real level of actual acceptance. The court’s claiming that its arguments are the arguments of the people is not enough. A sufficient number of people, at least in the long run, must accept these arguments on the ground that they are correct. This shows that there are two fundamental conditions of true argumentative

39 J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 55.

40 WALDRON, *The Core of the Case...*, cit., pp. 1366-9.

41 On the concepts of discursive possibility, necessity, and impossibility see R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation* (first publ. 1978), trans. R. Adler and N. MacCormick, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 207.

representation: first, the existence of sound or correct arguments, and, second, the existence of a sufficient number of rational persons, that is, persons who are able and willing to accept sound or correct arguments for the reason that they are sound or correct. One might call these persons, by analogy to John Rawls' concept of the liberal person⁴², 'constitutional persons'. These two conditions show how demanding the presuppositions of constitutional review are. They express a trust in reason. But without reason the whole enterprise of democratic constitutionalism would be a feeble arrangement. This leads to the conclusion that if reason justifies democratic constitutionalism, and I think it does, then constitutional review is justified as one of its necessary elements.

42 RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 290.

I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale

Luigi Ferrajoli

(Professore emerito di Filosofia del diritto nell'Università di Roma Tre)

Abstract From the point of view of legal theory, Ferrajoli distinguishes directive principles and regulative principles. The firsts enact to pursue constitutional purposes; the seconds are both principles in the form of arguments and definite rules which are applied by subsumption. Basic rights are regulative principles as they have nature both of arguments, as all the principles, and of rules. If consequently the greater part of basic rights are rules which are applied by subsumption, normative conflicts should be solved not by balancing, but by recurring to constitutional hierarchies, which the interpretative activity of judges identifies and discovers. From this it results that Alexy's theory of balancing is a wrong reconstruction of legal reasoning. This theory furthermore brings the danger to subtract judicial activity to the binding force of the law.

Sommario 1. Che cosa sono i diritti fondamentali? – 2. La costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali: un mutamento di paradigma del diritto e della democrazia. – 3. La legittimità democratica della giurisdizione costituzionale. – 4. L'argomentazione costituzionale: principi e regole.

1 Che cosa sono i diritti fondamentali?

La tesi che intendo sostenere è che esiste un nesso di reciproca implicazione tra *diritti fondamentali* e *democrazia costituzionale*; al punto che le quattro classi o tipi di diritti nelle quali a mio parere possono essere distinti tutti i diritti fondamentali – i *diritti politici*, i *diritti civili*, i *diritti di libertà* e i *diritti sociali* – corrispondono e valgono a fondare altrettante dimensioni della democrazia: la *democrazia politica*, basata sul suffragio universale, cioè sull'attribuzione a tutti i cittadini capaci d'agire dei diritti politici o di autonomia politica; la *democrazia civile*, basata a sua volta sull'attribuzione a tutti i soggetti capaci d'agire dei diritti civili di autonomia negoziale; la *democrazia liberale*, basata sull'attribuzione a tutti delle libertà fondamentali, come la libertà di coscienza, la libertà religiosa, la libertà di stampa e di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione e la libertà di associazione; infine la *democrazia sociale*, basata sull'attribuzione a tutti dei diritti sociali, come i diritti alla salute, all'istruzione, alla previdenza, alla sussistenza e simili.

Relazione tenuta presso l'Università Ca' Foscari Venezia l'8 maggio 2014.

Prima di affrontare il tema di questo nesso tra diritti fondamentali e democrazia mi sembra però opportuno chiarire il senso della nozione di diritti fondamentali. Che cosa intendiamo con 'diritti fondamentali'? A me pare che questa domanda possa essere intesa in tre sensi diversi, che corrispondono ad altrettante domande distinte: 1) *quali sono*, 2) *quali è giusto che siano* e 3) *che cosa sono* i diritti fondamentali. Si tratta di tre domande diverse, che dobbiamo distinguere nettamente essendo diverse non solo le risposte che ad esse possono essere date, ma anche gli approcci disciplinari e i punti di vista dai quali tali risposte possono essere formulate. Gran parte delle incomprensioni e degli pseudo-problemi di solito sollevati dal dibattito sui diritti fondamentali sono il frutto della confusione tra queste tre diverse questioni e tra le diverse risposte da esse ammesse.

Cominciamo con la prima questione: *quali sono i diritti fondamentali?* È questa una domanda rivolta al diritto positivo. La risposta è una risposta di tipo assertivo, formulata sulla base dell'analisi e dell'interpretazione delle norme dei diversi ordinamenti. È perciò una risposta espressa dalla dogmatica costituzionalistica dei diversi sistemi giuridici e dalla dogmatica internazionalistica. Sono diritti fondamentali, per esempio nell'ordinamento italiano o tedesco, quei diritti sanciti come tali dal diritto positivo italiano e dal diritto tedesco, come i classici diritti di libertà, dalla libertà religiosa alla libertà di stampa e alle libertà di riunione e di associazione, i diritti sociali alla salute, all'istruzione, alla previdenza, alla sussistenza e simili. Sono diritti fondamentali, nel diritto internazionale, quei diritti sanciti come tali dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, dai Patti internazionali del 1966 e dalle altre convenzioni internazionali sui diritti umani.

Diversa è la seconda questione: *quali diritti è giusto che siano tutelati e garantiti come diritti fondamentali?* È questa una questione di filosofia politica, che ammette risposte di tipo non assertivo ma normativo, né vere né false, ma legate alle opzioni etico-politiche espresse dalle diverse culture morali e politiche e basata perciò sui criteri meta-etici e meta-politici dettati da tali culture. Mi pare che i criteri assiologici suggeriti dall'esperienza storica del costituzionalismo delle nostre democrazie siano essenzialmente tre: l'uguaglianza, la pace e la dignità della persona. Meritano in base ad essi di essere garantiti come fondamentali tutti quei diritti che in tanto garantiscono la convivenza pacifica e la dignità della persona in quanto garantiscono l'uguaglianza di tutti nei diritti fondamentali: come i diritti sociali la cui garanzia vale a ridurre le disuguaglianze economiche e sociali e, ancor prima, i diritti di libertà, che garantiscono l'uguale valore di tutte le differenze personali - di nazionalità, di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali, come dice l'art. 3, comma 1 della costituzione italiana - che fanno di ciascuna persona un individuo differente da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona uguale a tutte le altre.

Dal tutto diversa da queste due prime questioni è infine quella espressa dalla terza delle nostre tre domande: *che cosa sono o, se si preferisce, in che cosa consistono i diritti fondamentali?* La risposta a questa terza domanda è la definizione del concetto di ‘diritti fondamentali’ offerta dalla teoria del diritto. La definizione teorica che a me è parsa più appropriata e feconda è quella che identifica i diritti fondamentali con tutti quei diritti che sono attribuiti universalmente a tutti – in quanto persone o in quanto cittadini e/o in quanto capaci d’agire – e che sono perciò indisponibili e inalienabili. Si tratta, come le definizioni di tutti gli altri termini teorici, di una definizione stipulativa di carattere formale: essa non ci dice nulla sui contenuti di tali diritti, ossia sui bisogni e sulle immunità che sono o dovrebbero essere sancite come fondamentali, ma identifica solo la forma o la struttura logica di quei diritti che conveniamo di chiamare “fondamentali” nell’universalità dei loro titolari: contrariamente ai diritti patrimoniali, come il diritto reale di proprietà e il diritto di credito, che sono diritti singolari e disponibili, spettanti a ciascuno con esclusione degli altri e parametri quindi della disuguaglianza giuridica, i diritti fondamentali sono diritti universali, siccome tali indisponibili e inalienabili e parametri quindi dell’uguaglianza giuridica.

Grazie al suo carattere formale, questa definizione è inoltre ideologicamente neutrale: in base ad essa sono infatti diritti fondamentali anche diritti cui non associamo nessun valore, ma semmai un disvalore, come è per esempio il diritto di portare armi sancito dal secondo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Ma è proprio questo carattere formale della definizione – connesso unicamente alla sua forma logica, cioè alla quantificazione universale dei titolari di tali diritti – che ne assicura la massima portata empirica ed esplicativa e che, insieme, vale a identificare il modello teorico della democrazia costituzionale nella garanzia di quei diritti di tutti che vengono stipulati come vitali ed imposti, attraverso la loro formulazione in norme costituzionali, come limiti e vincoli all’esercizio di tutti i pubblici poteri.

2 La costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali: un mutamento di paradigma del diritto e della democrazia

Vengo così al tema della mia relazione: il nesso tra diritti fondamentali e democrazia. Che cosa ha comportato la costituzionalizzazione di tali diritti? Ha determinato la loro trasformazione da diritti naturali o morali in diritti positivi di rango costituzionale, e perciò da limiti e vincoli solo politici o esterni in vincoli giuridici o interni all’ordinamento. E ha perciò cambiato la natura sia del diritto che della democrazia.

Si è trattato di un mutamento profondo di paradigma dell’uno e dell’altra. Nel paradigma paleo-positivistico del vecchio stato liberale la legge,

qualunque ne fosse il contenuto, era la fonte suprema e illimitata del diritto. A parte gli Stati Uniti, la cui costituzione fu rigida fin dall'inizio ma per ragioni e con effetti del tutto diversi da quelli della rigidità delle costituzioni europee, e, in Europa, il breve esperimento austriaco del 1920, è solo nel secondo dopoguerra che la rigidità costituzionale è diventata il tratto caratteristico delle costituzioni, a cominciare dalla Costituzione italiana del 1948 e dalla Legge Fondamentale tedesca del 1949. Prima di allora le costituzioni erano flessibili, cioè consistevano in leggi solenni, ma pur sempre leggi, soggette, come le altre, ai principi della successione delle leggi nel tempo e perciò non in grado di limitare giuridicamente il potere legislativo. Basti ricordare lo Statuto albertino del Regno d'Italia, che fu da tutti considerato una semplice legge ordinaria, tanto che la sua demolizione nel 1925 ad opera delle leggi fasciste di Mussolini non fu considerata, formalmente, un colpo di stato.

Giacché non esisteva nell'immaginario dei giuristi e nel senso comune, fino agli anni Quaranta del secolo scorso, l'idea di una legge sulle leggi, di un diritto sul diritto. Ed era inconcepibile che una legge potesse vincolare la legge. Era inconcepibile per la cultura giuridica, basata sull'idea giuspositivista della legge come unica fonte, perciò onnipotente, del diritto. E lo era altresì per la cultura politica, basata a sua volta sull'idea della legge come espressione della volontà popolare, in democrazia non limitabile né vincolabile. Sicché il legislatore era a sua volta concepito come onnipotente, e onnipotente era di conseguenza la politica, della quale il diritto è il prodotto. Con il risultato, altresì, di una concezione tutta formale e procedurale della democrazia, identificata unicamente con il potere diretto o indiretto del popolo, ossia con le procedure e i meccanismi rappresentativi volti ad assicurare il potere della maggioranza.

Ebbene, questo assetto istituzionale cambia radicalmente in quella straordinaria stagione costituente che fu il quinquennio 1945-1949. La rigidità delle costituzioni del dopoguerra - della Costituzione giapponese del 1946, della Costituzione italiana del 1948, della Legge fondamentale tedesca nel 1949 e poi della Costituzione portoghese del 1976 e di quella spagnola del 1978 - è la forma che assume il "mai più" costituzionale agli orrori dei totalitarismi e delle guerre. Questo "mai più" consiste precisamente nella costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, che vale a innestare nelle condizioni di validità delle leggi una dimensione sostanziale estranea al vecchio modello dello stato legislativo di diritto.

Si capisce il mutamento radicale che si produce nella struttura sia del diritto che della democrazia. La costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali - imponendo obblighi e divieti ai pubblici poteri, e perciò la coerenza delle norme inferiori con le norme superiori - ha innestato nelle condizioni di validità delle leggi, in aggiunta alla vecchia dimensione formale consistente nel rispetto delle forme della loro produzione, una dimensione sostanziale consistente nella coerenza dei contenuti delle norme prodotte con i diritti

fondamentali costituzionalmente stabiliti. E, di riflesso, ha innestato questa medesima dimensione *sostanziale*, in aggiunta alla tradizionale dimensione politica o *formale* o *procedurale*, anche nella struttura della democrazia. Se infatti le norme formali della costituzione – quelle di competenza e quelle procedurali sul funzionamento dei pubblici poteri – garantiscono la dimensione formale della “*democrazia politica*” relativa al *chi* e al *come* delle decisioni, le sue norme sostanziali – quelle che stabiliscono i principi e i diritti fondamentali – garantiscono quella che ben possiamo chiamare la dimensione sostanziale della “*democrazia costituzionale*”, dato che riguardano il *che cosa* non può essere deciso o non deciso da qualunque maggioranza, vincolando la legislazione, a pena d’invalidità, al rispetto e all’attuazione dei diritti fondamentali e degli altri principi assiologici “da esse stabiliti”.

Ne risulta un mutamento nel rapporto tra la politica e il diritto. Non è più il diritto ad essere subordinato alla politica, ma è la politica che diventa strumento di attuazione del diritto, sottoposta ai limiti e ai vincoli ad essa imposti dai diritti costituzionalmente stabiliti: ai limiti o divieti generati dai *diritti di libertà* che non possono essere violati, e ai vincoli o obblighi generati dai *diritti sociali* che non possono non essere soddisfatti. Questi limiti e questi vincoli disegnano quella che ho chiamato la *sfera del non decidibile*: di ciò che nessuna maggioranza può decidere, e cioè la lesione dei diritti di libertà, e di ciò che nessuna maggioranza può non decidere, e cioè la soddisfazione dei diritti sociali. E definiscono, conseguentemente, gli spazi legittimi della politica, cioè la *sfera del decidibile*, rigidamente delimitata dai diritti fondamentali.

Ne risulta un modello quadri-dimensionale di democrazia ancorato, come ho detto all’inizio, alle quattro classi di diritti nelle quali possono essere distinti tutti i diritti fondamentali: i *diritti politici*, i *diritti civili*, i *diritti di libertà* e i *diritti sociali*. I primi due tipi di diritti, quelli di autonomia politica e quelli di autonomia civile, valgono a fondare la legittimità democratica della *forma* delle decisioni, rispettivamente nella sfera dello Stato e in quella del mercato, e perciò la *dimensione formale* della democrazia: da un lato la *democrazia politica*, dall’altro la *democrazia civile*. Gli altri due tipi di diritti, di libertà e sociali, riguardando ciò che all’autonomia sia politica che privata è vietato o obbligatorio decidere, valgono a fondare la legittimità democratica della *sostanza* delle decisioni, e perciò la *dimensione sostanziale* della democrazia: da un lato la *democrazia liberale* o *liberal-democrazia*, dall’altro la *democrazia sociale* o *social-democrazia*.

Si è così compiuto, con la costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali, una sorta di miracolo. L’antico, ricorrente contrasto tra *ragione* e *volontà*, tra *legge della ragione* e *legge della volontà*, tra *diritto naturale* e *diritto positivo* – in breve tra Antigone e Creonte – che fin dall’antichità attraversa l’intera filosofia giuridica e politica e corrisponde all’antico e parimenti ricorrente dilemma e contrasto tra il *governo delle leggi* e il *governo degli uomini*, è stato in gran parte risolto dalle odierne costituzioni rigide;

le quali hanno trasformato in norme costituzionali le leggi della ragione, pur storicamente determinate, rivendicate da Antigone come principi e diritti fondamentali, imponendole quali altrettanti limiti e vincoli a Creonte, cioè al potere politico e alla “legge della volontà”, che in democrazia è la legge del numero espressa dal principio di maggioranza.

Ebbene, è chiaro che la normatività della Costituzione nei confronti della legislazione ordinaria genera una virtuale ma inevitabile *divaricazione deontica* tra il dover essere del diritto secondo il suo modello costituzionale e il suo essere effettivo. Genera, in altre parole, la virtuale presenza del *diritto illegittimo*, stranamente negata da Hans Kelsen come una «contraddizione in termini»: l’illegittima presenza di antinomie, cioè di norme invalide perché in contrasto con la Costituzione, che richiede di essere accertata e sanzionata tramite annullamento da un’apposita giurisdizione di costituzionalità. Di qui i due problemi che sono stati sollevati da Robert Alexy nella sua relazione di oggi e che anch’io intendo affrontare, sia pure sommariamente: la *questione istituzionale* della legittimità democratica della giurisdizione deputata al controllo costituzionale sulle leggi votate da parlamenti democraticamente eletti e la *questione metodologica* del tipo di ragionamento attraverso il quale viene accertata l’illegittimità costituzionale delle norme invalide.

3 La legittimità democratica della giurisdizione costituzionale

Poche parole sulla prima questione. La necessità di una giurisdizione costituzionale diretta ad accertare e ad annullare le violazioni della Costituzione è un corollario del principio di legalità costituzionale, essenziale alla tenuta dello stato costituzionale di diritto. Senza il controllo giurisdizionale sul diritto illegittimo per violazione della Costituzione, lo stesso principio di legalità risulterebbe di fatto vanificato, rigidità e normatività delle costituzioni verrebbero di fatto meno, non ci sarebbe rimedio all’ineffettività dei diritti costituzionalmente stabiliti e l’intero paradigma costituzionale si ridurrebbe a una lustra ideologica.

Certamente le costituzioni, e in particolare le norme sui diritti fondamentali, impongono limiti e vincoli alla volontà delle maggioranze e perciò alla democrazia politica. Ma questo non solo non toglie la legittimità democratica della giurisdizione costituzionale sulle loro violazioni, ma vale al contrario a rafforzarla. In primo luogo perché la giurisdizione di costituzionalità non interferisce nella sfera legittima della politica, cioè in quella che ho chiamato la sfera del decidibile, bensì nella sua sfera illegittima, cioè in quella che ho chiamato la sfera del non decidibile. In secondo luogo perché i limiti e i vincoli imposti dai diritti fondamentali alle contingenti maggioranze sono al tempo stesso una garanzia, un rafforzamento e un’integrazione della democrazia, sicché la loro protezione giurisdizionale equivale a una protezione della democrazia.

Sono innanzitutto una *garanzia*. In loro mancanza è ben possibile il suicidio della democrazia, come avvenne in Italia e in Germania nel primo Novecento. Contrariamente alla tesi secondo cui il potere costituente è sempre in atto e la costituzione è sempre modificabile, non essendo consentito a quanti l'hanno stipulata sottrarre il medesimo potere alle generazioni future – come sostenne Emmanuel-Joseph Sieyès e come stabilì l'art. 1 del titolo VII della Costituzione francese del 1791 –, dobbiamo riconoscere che proprio questo è il ruolo di ogni costituzione garantito dalla rigidità dei suoi principi supremi di libertà e democrazia: legare le mani delle generazioni future, per impedire che taluna di queste possa amputare le mani delle generazioni successive.

Limiti e vincoli di contenuto all'onnipotenza delle maggioranze sono in secondo luogo un *rafforzamento* della democrazia. Senza la garanzia dei diritti di libertà e dei diritti sociali, a cominciare dal diritto all'istruzione, non è neppure possibile la garanzia di un esercizio libero, informato e consapevole dei diritti politici, primo tra tutti il diritto di voto. Come ha mostrato lo sviluppo storico delle nostre democrazie, avvenuto con il moltiplicarsi dei diritti fondamentali e delle loro garanzie, i diritti sono tra loro in un rapporto, ben più che di conflitto, di sinergia: i diritti politici presuppongono le garanzie dei diritti di libertà, dalla libertà di stampa alle libertà di riunione e di associazione, e questi e quelli presuppongono a loro volta i diritti sociali all'istruzione, alla salute e alla sussistenza.

Infine la stipulazione di una sfera del non decidibile consistente nell'imposizione ai poteri di maggioranza dei limiti e dei vincoli corrispondenti ai diritti fondamentali rappresenta una potente *integrazione* della democrazia. Tali diritti consistono infatti in poteri e contropoteri in capo a tutti e a ciascuno e perciò alle persone in carne ed ossa dalle quali è formato il popolo nella sua concretezza. Grazie ad essi le persone naturali cui le costituzioni attribuiscono diritti fondamentali vengono collocati al di sopra di tutti i poteri costituiti, che al loro rispetto e alla loro attuazione sono normativamente vincolati. È in questa comune collocazione al vertice dell'ordinamento, proveniente dalla comune titolarità dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, che risiede la "sovranità popolare" nell'unico senso nel quale questa figura è compatibile con il paradigma costituzionale: quale *garanzia negativa*, nel senso che la sovranità appartiene al popolo e a nessun altro, e nessun potere costituito può appropriarsene e usurparla, e quale *garanzia positiva* nel senso che, non essendo il popolo che la somma delle persone che lo compongono, la sua sovranità equivale alla somma di quei poteri e contropoteri nei quali consistono i diritti fondamentali e che corrispondono perciò, in quanto diritti universali, ad altrettanti *frammenti di sovranità popolare*.

Mi sembra invece una categoria al tempo stesso confusa e fuorviante quella della "rappresentanza argomentativa" proposta da Robert Alexy a sostegno della legittimazione democratica della giurisdizione costituzio-

nale. La legittimità democratica di tale giurisdizione sarebbe assicurata dall'argomentazione razionale delle pronunce delle Corti, tanto più condivisibile da un elevato numero di persone razionali quanto più sviluppata in maniera razionale. Risiederebbe, in breve, sul consenso, sia pure sul consenso razionale delle persone razionali.

Non sono d'accordo. La rappresentanza politica è rappresentanza della volontà, o degli interessi, o delle opzioni e degli orientamenti politici degli elettori, e non certo rappresentanza di un ideale perché razionale consenso popolare prestato all'argomentazione giurisdizionale. Ma soprattutto non sono d'accordo perché penso che il fondamento della legittimità democratica della giurisdizione e, più in generale, di quelle che ho chiamato "funzioni di garanzia", è totalmente diverso da quello della legittimità delle "funzioni politiche di governo". La legittimazione democratica delle funzioni di governo riposa sulla rappresentanza politica. Quella delle funzioni di garanzia, e più che mai della giurisdizione, consiste invece nell'accertamento della verità processuale, sia pure opinabile in diritto e probabilistica in fatto, delle tesi che accertano la violazione di legge sottoposta a giudizio. È insomma una legittimazione non soltanto indipendente, ma perfino in contrasto con il consenso popolare. È questo il senso della classica frase «ci sarà un giudice a Berlino!» e, insieme, il fondamento dell'indipendenza dei giudici: deve pur esserci un giudice a Berlino che sia capace, per la sua terzietà e per la sua indipendenza di giudizio, di accertare il torto e la ragione; per esempio, di assolvere un imputato, sulla base della correttezza di tale accertamento, quando tutti - opinione pubblica, stampa, forze politiche, autorità di governo - chiedono la condanna e di condannare quando tutti chiedono l'assoluzione; oppure, ed ancor più evidentemente, di accertare l'incoerenza di una legge con una norma costituzionale allorquando la maggioranza politica, che poi è la stessa che ha prodotto la legge, ne ritiene la coerenza con la costituzione.

Significa questo che non esiste nessun rapporto tra giurisdizione e volontà politica del popolo? Che l'espressione "in nome del popolo" di solito premessa alle pronunce giudiziarie è una formula priva di senso ed anzi sbagliata? Al contrario. Il giudice si connette alla sovranità popolare proprio perché applica la legge o la costituzione; e perché la applica non già nella forma del bilanciamento bensì in quella della sussunzione. Giacché la legge, almeno nel suo modello normativo, si configura come espressione della volontà popolare, o più esattamente della volontà parlamentare o di quella costituente quale è espressa, in forma democratica, prima del giudizio. Ed è chiaro che la legittimazione democratica dei giudici sarà tanto maggiore quanto maggiore sarà la loro soggezione alla legge, cioè alle norme da essi applicate. Per questo l'odierna deriva inflazionistica della legislazione e il dissesto del linguaggio legale, con gli spazi di discrezionalità da essi aperti alla giurisdizione, è oggi uno dei principali fattori di crisi del stato di diritto e della stessa democrazia.

4 L'argomentazione costituzionale: principi e regole

Più complessa e problematica è la seconda questione, quella del tipo di ragionamento che presiede all'applicazione dei diritti fondamentali ad opera della giurisdizione di costituzionalità. Su questa questione le mie opinioni sono assai diverse da quelle di Robert Alexy.

Dirò subito che considero la distinzione tra principi e regole un'acquisizione basilare della teoria del diritto, della quale siamo debitori a Robert Alexy, oltre che a Ronald Dworkin. Sono *regole*, stando alla definizione proposta da Alexy nella relazione di oggi, le norme che impongono qualcosa perentoriamente («*rules are norms that require something definitively*»); più esattamente, secondo la definizione da lui formulata nella sua *Teoria dei diritti fondamentali* «le regole sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate»¹, sicché, «se una regola è valida, allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richiede». Sono al contrario *principi*, secondo Alexy, le norme che consistono in «mandati di ottimizzazione», cioè in norme che dispongono che «qualcosa sia realizzato nella maggior misura possibile sulla base delle circostanze di fatto e di diritto»². La forma di applicazione delle regole, aggiunge Alexy, è la *sussunzione*. La forma di applicazione dei principi è il *bilanciamento*.

Ebbene, il mio dissenso non riguarda la nozione di principi né quella di regole, ma l'eccessiva estensione assegnata da Robert Alexy alla nozione di principi. Ci sono certamente, nelle Costituzioni, norme che non consistono in regole, non essendo identificabile ciò che esse «impongono perentoriamente» oppure vietano altrettanto perentoriamente. Sono tali, per esempio, norme costituzionali come l'art. 1 della Costituzione italiana: «l'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro»; o l'art. 3 capoverso: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»; o l'art. 9: «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione», e simili. Si tratta di norme fondamentali che ho chiamato *direttive* o *principi direttivi*: esse definiscono l'identità democratica della Repubblica e sono utilizzabili come argomenti nell'interpretazione delle norme, ma certamente non sono regole, non essendone configurabili specifici atti di osservanza o di violazione.

È sull'eccessiva estensione che Alexy e gran parte dei filosofi neocostituzionalisti associano alla nozione di principi che non sono d'accordo. In tale nozione Alexy fa infatti rientrare tutti i diritti fondamentali, dai diritti

1 Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012, p. 107.

2 Cfr. ALEXY, *op. cit.*, p. 106.

di libertà ai diritti sociali, che a suo parere non consisterebbero in regole bensì in mandati di ottimizzazione.

Domando: perché mai? Sono regole, dice Alexy, le norme che possono essere realizzate o non realizzate: oppure, ha scritto Dworkin, le norme «applicabili nella forma del tutto-o-niente». Diciamo, più semplicemente, che sono regole quelle norme delle quali è configurabile una violazione empiricamente determinabile. Certamente non sono regole, sulla base di questa definizione, i principi direttivi che ho sopra esemplificato, come «l'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro», «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'uguaglianza» e simili. Di tali norme, infatti, non è configurabile nessuna specifica violazione. Ma perché dovrebbero essere considerati principi direttivi e non regole anche la maggior parte dei diritti fondamentali e il principio di uguaglianza? Di queste norme sono ben configurabili precise violazioni. E certamente, di fronte alle loro violazioni, queste norme, pur se formulate nella forma di diritti o principi, si trasformano in regole, o se si preferisce in quelli che ho chiamato *principi regolativi*, cioè in divieti perentori. Il principio di uguaglianza, per esempio, di fronte alla sua violazione si converte e si comporta come divieto perentorio di discriminazioni. I diritti di libertà, come la libertà di stampa o di riunione o di associazione, di fronte alle loro violazioni si convertono nei e si comportano come i corrispondenti divieti, dal divieto della censura a quello della repressione o limitazione del concreto esercizio di tali diritti. I diritti alla salute e all'istruzione (in Italia «per almeno otto anni», dice l'art. 34), a loro volta, impongono perentoriamente (*definitively*) le prestazioni sanitarie e l'istruzione obbligatoria. In tutti questi casi i diritti fondamentali vengono in rilievo come regole e la loro applicazione ha la forma della sussunzione delle loro violazioni nei divieti o negli obblighi ad essi corrispondenti. Certamente ci sono norme costituzionali che enunciano principi direttivi utilizzando il linguaggio dei diritti: è il caso del «diritto al lavoro» previsto dall'art. 4 della Costituzione italiana che in realtà, non essendone configurabile in una società capitalistica nessuna specifica violazione, non è certamente una regola. Ma la maggior parte dei diritti fondamentali sono riducibili a regole, se per regole intendiamo, ripeto, tutte le norme che vietano o impongono qualcosa, come sono i diritti di libertà dei quali è vietata la lesione o restrizione e i diritti sociali dei quali è obbligatoria la soddisfazione.

La questione, di cui discutiamo da anni, non è una questione accademica, ma ha rilevanti implicazioni pratiche. Concepire i diritti non come regole ma come principi direttivi consistenti in mandati di ottimizzazione e affidati alla ponderazione significa indebolire enormemente - di fatto a negare - la normatività delle costituzioni. Giacché il bilanciamento fra più principi equivale alla scelta, sia pure razionalmente argomentata, del principio da applicare a scapito dei principi non applicati. E questo comporta, sia che la scelta venga operata dal legislatore, sia che venga operata dal giudice, un capovolgimento della gerarchia delle fonti, essendo l'applicazione dei

principi costituzionali rimessa alle scelte discrezionali dei legislatori e dei giudici costituzionali che alla costituzione dovrebbero invece essere sottoposti. Comporta inoltre, quando la ponderazione viene attuata in sede giurisdizionale, una lesione della separazione dei poteri, a causa del ruolo creativo con essa assegnato alla giurisdizione quale fonte di diritto.

Ma – si obietta di solito, a sostegno della concezione come principi direttivi dei diritti fondamentali – tutto questo, cioè la pratica del bilanciamento, è esattamente quanto accade e non può non accadere a causa del conflitto tra diritti fondamentali. Io credo che questa tesi del necessario bilanciamento tra principi in conflitto sia il frutto di una fuorviante ricostruzione del ragionamento giudiziario. Innanzitutto la tesi del conflitto tra diritti viene di solito indebitamente generalizzata e drammatizzata. In molti casi i diritti non sono affatto in conflitto e ci troviamo, semmai, di fronte a una subordinazione dell'esercizio di taluni di essi al rispetto degli altri. È il caso, assai spesso portato ad esempio di conflitto, del concorso tra diritti civili di autonomia negoziale e imprenditoriale e altri diritti, come i diritti dei lavoratori, i diritti alla salute lesi da possibili inquinamenti e simili: in tal caso, infatti, è l'esercizio dei diritti civili che, consistendo in atti di grado subordinato al livello dei diritti costituzionalmente stabiliti e ancor prima della legge, non può violare gli altri diritti fondamentali. Ma è anche il caso dei diritti di libertà consistenti in semplici immunità, come la libertà di pensiero o di coscienza, o l'immunità da torture. Simili diritti, non consistendo in facoltà ma solo in immunità, non possono entrare in conflitto con altri diritti: sono un limite agli altri diritti, non limitabile dal loro esercizio.

Naturalmente non nego affatto che possono ricorrere conflitti tra diritti. Ma in tali casi, come indirettamente ammettono gli stessi teorici della ponderazione che parlano di "specificazione" o "concretizzazione" dei principi, ciò che è fatto oggetto di ponderazione non sono i principi, ma le circostanze del caso concreto che ne fanno sempre un caso irripetibilmente diverso da tutti gli altri casi. Ho l'impressione che in questi casi, se parliamo di ponderazione dei principi, finiamo per confondere le norme con i fatti. In concreto, infatti, ciò che cambiano non sono le norme, che sono sempre uguali, ma i casi giudicati, che sono sempre irriducibilmente diversi l'uno dall'altro, pur se sussumibili nelle medesime norme.

La cosiddetta ponderazione investe perciò, in questi casi, non già le norme da applicare, bensì i connotati singolari e irripetibili dei fatti sottoposti al giudizio. Interviene nell'accertamento della verità fattuale, e non in quello della verità giuridica. Si pensi, in materia penale, alla valutazione delle circostanze attenuanti e di quelle aggravanti e al giudizio di prevalenza delle prime sulle seconde o delle seconde sulle prime; o al giudizio sulla proporzionalità della difesa all'offesa, o del fatto offensivo al pericolo per salvarsi dal quale il suo autore l'ha commesso, ai fini del riconoscimento o meno delle esimenti della legittima difesa e dello stato di necessità; o al bilanciamento degli indizi, delle prove e controprove nell'induzione probatoria; o

alla valutazione della gravità del reato sulla base delle sue concrete e singolari circostanze. Si pensi, in materia civile, alla ponderazione delle svariate circostanze del fatto e degli interessi in gioco ai fini della valutazione della buona fede, o dell'entità del danno ingiusto, o della colpa negli illeciti civili, o dei vizi dell'errore o del dolo o della violenza nel consenso nei contratti, o delle condotte e delle colpe dei coniugi nel giudizio di separazione, o simili. Si pensi, in materia costituzionale, ai diversi interessi concorrenti e alle molteplici e imprevedibili circostanze di fatto ponderate ai fini della valutazione delle violazioni del principio di uguaglianza, o di quello della dignità della persona, o dei diritti fondamentali, siano essi di libertà o sociali. Ma si pensi anche a gran parte dei casi ricordati da Robert Alexy nella sua relazione, che mi sembrano casi le cui soluzioni talora compromissorie (come nel caso dei tabacchi) sono il frutto della ponderazione non già dei principi tra loro in concorso, ma delle concrete circostanze dei fatti sottoposti a giudizio. In tutti questi casi i giudici non valutano le norme alle quali sono soggetti, ma i comportamenti e le situazioni che sono chiamati appunto a giudicare. Non pesano le norme, ma le circostanze dei fatti sottoposti al loro giudizio. E non possono non farlo perché il giudizio non verte sui fatti in astratto, ma su fatti concreti e sulle loro irripetibili circostanze e caratteristiche.

Dunque questo tipo di ponderazione equivale a un'operazione richiesta da quella che ho altrove chiamato la dimensione equitativa della giurisdizione: una dimensione indebitamente trascurata dalla riflessione epistemologica e che forma invece una componente essenziale e ineludibile di qualunque giudizio. C'è un equivoco epistemologico, in tema di equità, che pesa, da Aristotele in poi, sulla nostra tradizione giuridica. L'equità sarebbe «un correttivo al giusto legale» ovvero «il giusto che va oltre la legge» (Aristotele), o la «retta ragione, la quale interpreta e corregge la legge» (Hobbes), o «una deroga che si fa al diritto formale» (Hegel), o una «stampella della giustizia» che ci porta «a trasgredire la giustizia formale» (Perelman) o un rimedio alle «storture della legge, attraverso il rinvio al diritto naturale» (Carnelutti), oppure, infine, «la giustizia dell'uomo in contrasto con la giustizia della legge» (Bobbio). In realtà essa non si oppone affatto alla legge e alla giustizia legale o formale, consistendo in null'altro che nella comprensione e nella valutazione delle concrete e irripetibili circostanze e connotati che fanno di ciascun fatto un fatto diverso da tutti gli altri, pur se tutti appartenenti alla medesima fattispecie legale. Consiste insomma in un tipo di indagine fattuale inevitabilmente richiesto, soprattutto in presenza di un concorso di norme, dalla comprensione della singolarità dei fatti, e non certo in una fonte o in un metodo di produzione normativa. Del resto, a riprova della tesi che la ponderazione ha per oggetto non già le norme ma le circostanze dei fatti da esse previsti, gli stessi teorici della ponderazione dei principi fanno sempre riferimento, nell'analisi delle argomentazioni a sostegno delle soluzioni ponderate dei cosiddetti "casi difficili", alla concretezza appunto di tali casi e alla loro irripetibile singolarità.

Jobs Act: il riordino dei tipi contrattuali

Tiziano Treu

(Professore emerito di Diritto del lavoro dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)

Abstract The article points out the reform project of the law 183/2014 and its subsequent decrees, deepening, in particular, some essential issues for the future of labor law: the diversification of work in the enterprise (and then the manner of its use); the regulatory and institutional assets in the labor market and the tools for the workers' support. According to the author, the legislator's ambition to reorder the entire spectrum of jobs on a comprehensive framework will have to deal with a system of production and a labor and institutional framework which are more and more complex and unstable. Moreover, the hypothesis of safeguard restructuring with a view to extending them will have to be measured with the constraints of financial resources and with the limits of the economic growth. A similar conditioning is actually about the entire structure of labor law and welfare and it imposes to assess critically which parts of the *acquis* consolidated along the years represent an inalienable heritage of rights and which represent instead regulatory protections and economic benefits to resize, to make them accessible to the generality of the worker and defensible from the competitive pressures, avoiding an uncontrolled race to the bottom.

Sommario 1. La riforma e l'ispirazione europea. – 2. Il riordino dei tipi contrattuali: il superamento del contratto a progetto. – 3. Il criterio della eterorganizzazione. – 4. Le collaborazioni "fatte salve". – 5. L'allargamento dell'ambito del lavoro subordinato e la dipendenza economica. – 6. Difficoltà interpretative. – 7. La parte mancante della regolazione.

1 La riforma e l'ispirazione europea

Il disegno di riforma contenuto nella legge delega n. 183/2014, e precisato nei primi decreti attuativi, affronta questioni essenziali per il futuro del diritto del lavoro. Le modifiche normative proposte incidono infatti su due aree direttamente investite dalle trasformazioni degli assetti economici e sociali in atto in tutti i paesi avanzati: le diversificazioni del lavoro nell'impresa e quindi le modalità del suo impiego; gli assetti regolativi e istituzionali del mercato del lavoro e gli strumenti per il sostegno delle persone che lavorano.

La proposte del governo, via via precisate con non poche varianti e in larga parte definite nella legge delega, non smentiscono l'ambizione degli annunci, perché introducono innovazioni spesso in piena discontinuità col passato, su tutti i temi affrontati. Inoltre il governo si è proposto di inse-

rire le singole modifiche in un disegno organico ispirato, almeno nelle intenzioni, alle linee guida europee della *flexsecurity*. Tali linee guida, come è noto, si sono nel tempo “allargate” non senza ambiguità, per rispondere alle diverse pratiche nazionali spesso lontane dalle condizioni dei paesi di origine della formula, e sono state applicate con molte variazioni.

Il test della crisi ha mostrato le criticità della formula e la necessità di adattarne i contenuti, integrandola con misure ulteriori dirette a migliorare le performances complessive del sistema, in particolare a massimizzare le occasioni di occupazione stabile e di qualità secondo i modelli virtuosi del Nord Europa¹.

Con queste osservazioni e riserve sul senso del disegno, la valutazione al riguardo deve riguardare l'insieme dei provvedimenti che sono stati emanati con interventi di diverso peso e potrà perfezionarsi solo nel tempo.

La prima tappa dell'iter è il d. n. 34/2014 sul contratto a termine che ha affrontato con anticipo sul resto della normativa un aspetto ritenuto cruciale della flessibilità in entrata.

Si tratta di un intervento molto significativo perché la normativa su tale contratto è un test di particolare importanza di come l'ordinamento regola la flessibilità in entrata.

La previsione del c.d. contratto a tutele crescenti costituisce un altro elemento di novità del disegno governativo. A differenza del contratto a termine, questo istituto ha avuto una lunga preparazione, con molte varianti, nel dibattito degli esperti e nelle proposte parlamentari; ma è rimasto bloccato per anni in sede legislativa a causa della querelle sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori².

In ogni caso la normativa sul contratto a tutele crescenti con le agevolazioni previste dalla legge finanziaria 2015 (l. n. 190/2014), è destinata ad alterare profondamente l'equilibrio fra i rapporti di lavoro. Essa introduce due elementi strutturali che rendono competitivo il contratto a tempo indeterminato, nella nuova versione a tutele crescenti, rispetto al contratto a termine e persino all'apprendistato: la consistente riduzione di

1 Un punto debole è che le forme e il peso delle flessibilità stano crescendo di più delle misure di sicurezza, specie per gli *outsider*. Lo riconoscono anche autori inclini a valutare positivamente le politiche di *flexibility*. Cfr., per tutti, T. WILTHAGEN, *Flexibility and security over the life course*, Official publications of the European Communities, Luxembourg, 2008; A. HEMERIJCK, *Changing Welfare States*, Oxford University Press, 2012, p. 256 ss. Un dato comune a gran parte dei paesi europei è che le tutele del reddito in caso di inattività sono state ridotte, in varia misura, mentre sono cresciuti gli interventi di politica attiva del lavoro e le spese relative.

2 Una ampia ricostruzione del dibattito italiano ed europeo nonché delle proposte da varie parti avanzate su questo tema, si trova nel volume comparato di G. CASALE, A. PERULLI, *Towards the single employment contract*, ILO, Hart, Geneva, 2014. La qualificazione di contratto unico ricorrente in tali proposte è stata poi precisata e ampiamente ridimensionata, come si vede nelle attuazioni peraltro limitate che l'idea originaria ha ricevuto.

costi e la minore rigidità della disciplina di licenziamento, cioè il minore rischio per il datore di lavoro di vedere reintegrato il lavoratore licenziato ingiustificatamente.

Tale cambio di convenienze dà per la prima volta un valore effettivo alla dichiarazione presente in molti testi legislativi italiani ed europei, che definisce il contratto a tempo indeterminato come il tipo normale, o prevalente, di rapporto di lavoro. Tale formula è tanto reiterata, quanto finora svuotata di significato, appunto per il gioco delle convenienze che l'ha fin qui smentita, oltre che per la debolezza dei mercati del lavoro non corretta da politiche economiche stabilizzatrici ed espansive.

2 Il riordino dei tipi contrattuali: il superamento del contratto a progetto

Gli equilibri tra i vari contratti di lavoro sono ulteriormente destinati a cambiare con l'entrata in vigore del decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 febbraio 2015 sul riordino dei tipi contrattuali.

La legge delega n. 183/2014 si propone l'obiettivo, ancora una volta ambizioso, di predisporre un testo organico delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro (formula invero ridondante) con lo scopo di rendere i contratti vigenti più coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo, anche internazionale, oltre che di rendere più efficiente l'attività ispettiva. E a tal fine indica fra i principi direttivi «*la semplificazione, la modifica e il superamento dei tipi esistenti*».

Il punto centrale e più discusso del decreto riguarda la nuova regolazione delle collaborazioni, in particolare dei contratti a progetto; ma esigenze simili di revisione normativa servirebbero anche per le c.d. partite IVA.

Questo tema merita una meditata riflessione, perché il decreto non si limita, come annunciato dal premier, ad abolire il contratto a progetto, bensì interviene direttamente nella ultradecennale querelle qualificatoria riguardante la distinzione fra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo. Si tratta di una questione che affatica da sempre i giuristi del lavoro, quelli italiani più di quelli di altri paesi; anche per le sollecitazioni che essi ricevono periodicamente dall'incerto legislatore.

La direttiva contenuta al punto 7 a) della delega, che si propone di analizzare le forme contrattuali esistenti per semplificarle e valutarne «*la coerenza con le attuali esigenze produttive*», è sufficientemente ampia da comprendere tutti i lavori subordinati e autonomi³.

Il legislatore sembra avere tenuto conto delle obiezioni rivolte alla

3 Così anche A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *Working Paper WPLSDLE Massimo D'Antona*, It, 235/2014, in corso di pubblicazione in *Dir. rel. ind.*, 2015.

tecnica delle presunzioni utilizzate dalla l. n. 92/2012 per contrastare l'abuso delle collaborazioni. Per ottenere il risultato voluto ha fatto leva, come si diceva, sulla convenienza economica e normativa del contratto a tutele crescenti risultante dalla forte incentivazione economica prevista nella legge finanziaria e dal superamento dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

Ma in realtà non ha rinunciato a un intervento "di sistema" diretto a ridefinire i confini fra lavoro subordinato e collaborazioni. La formula utilizzata dall'art. 47, co. 1, dello schema di decreto, evita di proporre una nuova definizione del tipo di lavoro subordinato e prevede invece un allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina, prevedendo che «*la disciplina del rapporto di lavoro subordinato si applichi anche in rapporti che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative, di contenuto ripetitivo e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*».

Si tratta di una cautela terminologica che, riferendosi all'ambito applicativo della disciplina e non alla fattispecie, sembra voler prevenire possibili obiezioni sollevate in nome del principio di indisponibilità del tipo. Peraltro un simile principio non può essere invocato per escludere la possibilità che il legislatore modifichi i caratteri dei tipi da esso stesso storicamente configurati e disciplinati. Le pronunce della Corte Costituzionale richiamate a fondamento del principio non hanno inteso affermare la immodificabilità dei tipi da parte del legislatore. Piuttosto hanno ritenuto che una volta definita dal legislatore la fattispecie del lavoro subordinato, con la relativa disciplina di tutela, non è legittimo escludere dall'ambito di tale disciplina una categoria di rapporti in tutto corrispondenti agli elementi della sua fattispecie, qualificandola nominalisticamente in altro modo⁴.

Come dirò subito, il decreto non ritiene di proporre una normativa specifica delle varie forme di collaborazione e di lavoro autonomo, nonostante le sollecitazioni ricevute in tal senso. L'occasione di dare risposte funzionali alle esigenze di questi è per ora rinviata.

Che tali esigenze restino attuali è indubbio, in quanto il superamento del contratto a progetto non fa venire meno le varie forme di collaborazione, come è testualmente confermato dal decreto (all'art. 49) che fa salvo quanto disposto dall'art. 409 c.p.c.

4 M. PALLINI, *Il lavoro a progetto: ritorno al futuro?*, in M. PALLINI (a cura), *Il lavoro a progetto in Italia e in Europa*, Mulino, 2006, p. 147; M. PERSIANI, *Considerazioni sulla nuova disciplina delle collaborazioni non subordinate*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 842; M. PEDRAZZOLI, *Dai lavoratori autonomi ai lavoratori subordinati*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 546 ss. D'altra parte la decisione della Corte n. 399 del 2008, talora richiamata al riguardo, motiva la sua censura non in base al principio di indisponibilità del tipo, bensì in quanto irragionevole e illegittima per violazione dell'art. 3, co. 1.

Il superamento dei contratti a progetto previsto dalla norma dell'art. 49, secondo cui gli artt. da 61 a 69 *bis* del d.lgs. n. 276/2003 restano in vigore solo per i contratti a progetto in atto, evidenzia un vuoto di disciplina per quelle collaborazioni che non confluiranno nel lavoro subordinato⁵, accrescendo l'urgenza di tutelarle con una normativa specifica.

3 Il criterio della eterorganizzazione

L'attrazione delle collaborazioni nell'area del lavoro subordinato, o meglio nell'ambito della sua disciplina, è determinata sulla base di elementi di vario rilievo. La natura esclusivamente personale delle prestazioni e la loro continuità riprendono contenuti propri delle collaborazioni e del lavoro autonomo in genere, ma non sono di per sé criteri esclusivi né quindi decisivi per la loro qualificazione.

L'indice più significativo riguarda le modalità di esecuzione delle prestazioni, che devono essere «*organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*». In sintesi si può dire che al criterio della eterodirezione tradizionalmente utilizzato per identificare la subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., si sostituisce il criterio della "eterorganizzazione" da parte del committente, che definirebbe la nuova area di collaborazione dipendente.

Tale indicazione del decreto non è del tutto nuova. Trova riscontro non solo nelle analisi di varie discipline sui mutamenti della morfologia del lavoro, ma anche in significativi filoni giurisprudenziali che hanno contribuito a svalutare la eterodirezione come criterio utile a identificare la collocazione funzionale delle prestazioni di lavoro rispetto all'impresa.

Le indicazioni che fanno seguito a questa *pars destruens* non sono peraltro univoche; rivelano anche per questo aspetto la difficoltà di intercettare la variabilità dei lavori e segnalano lo "sfrangiamento" dei criteri definitivi.

I riferimenti giurisprudenziali infatti sono oscillanti⁶: si richiamano alla dipendenza, intesa come «*messa a disposizione delle energie lavorative*

5 Le tutele previste per i casi di malattia, maternità e infortunio non vengono meno, perché sono legate alla normativa specifica di carattere previdenziale: cfr. in particolare la l. n. 126/2006, co. 788, che le prevede per i collaboratori a progetto e assimilati fra cui rientrano i collaboratori coordinati e continuativi. Viene meno invece la norma sul compenso minimo previsto per i contratti a progetto dalla l. n. 92/2012.

6 Sull'allargamento del concetto di subordinazione si sono orientati in vario modo diversi scritti recenti, V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008, spec. p. 168 ss.; F. MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione*, Bologna, 2012; M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013, cap. I, spec. p. 116 ss. La inadeguatezza della dicotomia subordinazione/autonoma a rappresentare l'universo dei lavori esistenti è segnalata fin dagli scritti fondamentali di M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, p. 49 e di A. SUPLOT, *Au dela de l'emploi*, Paris, 1999.

del prestatore di lavoro», con la specificazione ulteriore che tale messa a disposizione è «*in funzione dei programmi e per il perseguimento dei fini propri dell'impresa; oppure alla disponibilità continuativa nel tempo del prestatore di lavoro, ovvero ancora all'inserimento continuativo e organico delle prestazioni nell'organizzazione dell'impresa*». Trovano riscontro in orientamenti ministeriali (la c.d. Circolare Damiano, n. 17 del 2006), riguardanti ad es. le prestazioni di attività di *call center*, quelle *inbound* che si limitano a mettere a disposizione le proprie energie per un determinato tempo senza autonomia (a differenza di quelle *outbound*); e nella previsione di una subordinazione attenuata nella legge storica sul lavoro a domicilio.

Quale che sia il rilievo di questi orientamenti giurisprudenziali, l'intervento del decreto contribuisce a consolidare un cambio di indirizzo potenzialmente di grande rilievo, su un aspetto da sempre centrale per l'identità del lavoro quale è appunto la subordinazione.

È prevedibile che il nuovo criterio adottato per identificare l'ambito applicativo della disciplina del lavoro subordinato, solleverà rinnovate controversie applicative sui criteri individuatori del tipo e quindi sulla portata dell'allargamento dell'area del lavoro dipendente.

In realtà il legislatore, consapevole delle implicazioni potenzialmente dirompenti di questa scelta, ha voluto circoscriverne la portata, graduandone l'impatto su una materia così socialmente rilevante e tormentata. Nella versione finale del testo si è introdotto un criterio definitorio eterogeneo rispetto a quelli fin qui esaminati, con la precisazione che nel nuovo ambito di dipendenza "allargata" si comprendono solo le prestazioni di contenuto ripetitivo.

Tale criterio appare non solo eterogeneo, ma difficilmente conciliabile con l'idea largamente acquisita secondo cui i contenuti dei lavori non sono di per sé decisivi in sede di qualificazione del tipo di rapporto, sia subordinato sia autonomo.

Oltretutto la distinzione basata sul contenuto del lavoro prefigura uno sdoppiamento della fattispecie e dell'ambito della disciplina del lavoro subordinato; cioè l' allargamento di tale ambito proposto dalla norma riguarda solo i lavori di contenuto ripetitivo, mentre per gli altri lavori resterebbero validi i criteri tradizionali di identificazione della subordinazione (peraltro, come si diceva, già messi in discussione).

4 Le collaborazioni "fatte salve"

Nell'allargare l'ambito della disciplina del lavoro subordinato il decreto introduce una serie ulteriore di eccezioni, indicate al co. 2 dell'art. 47. Alcune riguardano forme di collaborazione già oggetto di regolazione nella l. n. 92 (art. 1, co. 23): quelle prestate nell'esercizio di prestazioni intellettuali per le quali è necessaria la iscrizione in appositi albi; l'attività svolta

nell'esercizio della loro funzione dai componenti di organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni (categoria quest'ultima indicata alquanto genericamente); prestazioni rese istituzionalmente a favore di associazioni sportive dilettantistiche⁷.

La eccezione più rilevante riguarda le collaborazioni per le quali gli accordi collettivi stipulati dalle confederazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, prevedono discipline specifiche del trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze produttive e organizzative del relativo settore.

La scelta di delegare alla contrattazione scelte regolative in questa materia si ritrova con varianti nella normativa precedente; in particolare nella l. n. 92/2012 all'art. 1, co. 23, lett. a).

Il decreto attuale estende il rinvio alla contrattazione alla generalità delle possibili collaborazioni e dà solo l'indicazione che tale contrattazione non può essere generica, ma deve prevedere per tali figure una disciplina specifica, legata alle particolari esperienze del settore. Si tratta di un vincolo di scopo che conferma una tendenza alla funzionalizzazione di questa contrattazione per delega e che sul piano pratico può orientare i sindacati tradizionali a dar vita a una contrattazione specializzata per i vari tipi di collaborazioni.

L'attribuzione di poteri prevista dal decreto offre alla contrattazione collettiva opzioni di grande rilievo. La norma ha l'obiettivo di fare salve ipotesi di collaborazione già regolate dalla contrattazione collettiva, sottraendole così all'attrazione del nuovo ambito allargato di applicazione della disciplina del lavoro subordinato. Ma non esclude che la stessa contrattazione possa individuare tipi di collaborazioni da ricondurre invece all'area del lavoro subordinato, come finora è per lo più avvenuto, anche a prezzo di rinunce nei trattamenti.

La norma del decreto riferisce il potere di regolazione in materia non alla tradizionale contrattazione di categoria, né a quella decentrata, pur valorizzata dalla recente legislazione, ma agli accordi collettivi stipulati dalle confederazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La scelta del legislatore è anche qui innovativa, perché nella nostra tradizione le confederazioni non hanno mai esercitato un potere contrattuale diretto. Si può ritenere che essa sia motivata tenendo conto dell'ambito di regolazione attribuito a questi accordi, per la preoccupazione di evitare frammentazioni normative e di trattamento in una materia nuova e delicata. Ma è dubbio che il livello confederale sia il più adatto a regolare forme di lavoro e figure professionali eterogenee come quelle che per comune riconoscimento popolano il mondo delle collaborazioni.

7 La indicazione limitativa che fa riferimento alla continuità delle prestazioni sembra escludere le prestazioni occasionali riconducibili al lavoro accessorio per cui il decreto allarga l'ambito di impiego (art. 51).

5 L'allargamento dell'ambito del lavoro subordinato e la dipendenza economica

La norma dell'art. 47 sull'ambito di applicazione della disciplina del lavoro dipendente si distingue non solo rispetto alla tradizionale interpretazione dell'art. 2094 c.c., perché ridimensiona la rilevanza di uno specifico potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, ma pure rispetto ai criteri posti a base delle presunzioni stabilite dalla l. n. 92/2012 per la qualificazione delle c.d. partite IVA: durata della collaborazione superiore a otto mesi per due anni consecutivi, prevalente derivazione del reddito (80%) dal committente, utilizzo di una postazione fissa di lavoro nelle sedi del committente.

Gli indici della l. n. 92 riflettono quelli elaborati dalla dottrina italiana e da alcuni ordinamenti stranieri (Germania e Spagna *in primis*) per definire la c.d. dipendenza economica del lavoratore (autonomo)⁸.

La dipendenza economica è un concetto eterogeneo, come preciserò subito, rispetto alle categorie di subordinazione e di autonomia e quindi da tenere opportunamente distinto.

La strada imboccata dal legislatore attuale è diversa anche da quella seguita in periodi precedenti, di estendere singole tutele nate per i lavoratori subordinati storici ad altri tipi di lavoro, neppure sempre in base a motivi convincenti circa l'effettivo bisogno di protezione dei soggetti interessati. Tanto è vero che tale fenomeno, denunciato come "inquinamento delle tutele" ha contribuito non poco a screditare la funzione protettiva dal diritto del lavoro italiano ed europeo.

L'opportunità della scelta del decreto risulterà confermata se la ridefinizione dell'ambito di tutele previsto dal decreto sarà accompagnato dall'intervento promesso e finora rinviato, diretto a tutelare e promuovere le varie forme di collaborazioni e di lavoro autonomo. Adeguare la regolazione di tali forme di collaborazione è essenziale non solo per ovviare alle carenze di tutela sopra segnalate, ma anche per evitare che la revisione delle norme di subordinazione sia guidata dalla preoccupazione di escludere o limitare il ricorso al lavoro autonomo. Tale preoccupazione è stata finora prevalente, ma coltivarla oggi risulterebbe ingiustificato o controproducente rispetto alle esigenze attuali.

In realtà le soluzioni normative prospettate non sono univoche e risentono anch'esse delle incertezze del tempo. Una prima opzione riguarda l'ambito della regolazione che può riguardare l'intero spettro dei lavori autonomi oppure specificamente quelli contrassegnati da tratti di dipendenza economica.

Queste ultime sono le forme di lavoro che hanno finora attirato l'atten-

8 Cfr. su questo da ultimo A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, in corso di pubblicazione.

zione prevalente degli osservatori e del legislatore non solo in Italia, per la loro importanza sociale e per l'urgenza dei bisogni di tutela. Ma in ogni caso l'intervento normativo in materia dovrebbe costituire l'occasione per riavviare in modo sistematico l'opera di revisione di tutte queste forme di lavoro evitando i limiti e le aporie riscontrate negli interventi degli ultimi anni; il che potrebbe essere utile in vista di un più ampio progetto di Statuto dei lavori da tempo annunciato⁹.

In realtà anche per la individuazione del lavoro economicamente dipendente i criteri adottati non sono univoci.

In alcune proposte e nella legislazione spagnola gli indici sono fissati in termini definiti: ad es. una percentuale fissa del reddito derivato dal committente principale e il suo livello assoluto in cifra.

In altri casi, come nel sistema tedesco, i criteri rilevanti sono più di uno, non devono essere tutti presenti e presentano margini di flessibilità: ad es. il lavoro deve essere svolto normalmente per un solo committente, non deve essere uguale a quello svolto da un dipendente per il medesimo committente e per committenti impegnati in attività simili; e inoltre i giudici del lavoro valutano caso per caso il peso dei vari criteri.

Le opzioni qui accennate si riconducono a valutazioni culturali e politiche ancora aperte e non correttamente verificate circa i caratteri dei vari lavori autonomi. Una adeguata comprensione della realtà odierna di tali lavori, non può oscurarne i possibili caratteri di genuinità e trasporli meccanicamente verso un'area allargata di subordinazione.

6 Difficoltà interpretative

La riconduzione del lavoro economicamente dipendente alla fattispecie subordinazione, tradizionale o allargata, oltre a comportare conseguenze discutibili in punto di policy, si basa su un presupposto concettuale e sistematico non sostenibile. La dipendenza economica non è un criterio impiegabile per qualificare forme di lavoro subordinato o *lato sensu* dipendente, perché si rifà, come dicevo, a elementi eterogenei rispetto a quelli propri della subordinazione sia nella versione tradizionale della eterodirezione, sia in quella allargata dell'eteroorganizzazione, cioè a indici di debolezza e di dipendenza economica, variamente quantificati, del prestatore rispetto al committente¹⁰. Tali indici ricorrono in molte forme dell'attuale lavoro autonomo pur dotati di genuini tratti di autonomia professionale e lavorativa.

9 Rinvio a T. TREU, *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, p. 195 ss.

10 L'argomento è ben sviluppato da A. PERULLI, *op. cit.*, p. 11 ss., il quale osserva che nel lavoro subordinato la dipendenza economica è un effetto "materiale" della subordinazione, mentre nel lavoro economicamente dipendente e nella sua disciplina diventa un elemento costitutivo della fattispecie.

Piuttosto i parametri individuati dal decreto per l'allargamento dell'ambito della subordinazione, rendono ancora più sottile, se non evanescente, la distinzione con i tratti che definiscono il coordinamento caratterizzante le collaborazioni coordinate e continuative, di cui è confermata dallo stesso decreto la esistenza. Il debole significato definitorio del coordinamento è da tempo avvertito e risulta anche dalla non cospicua e incerta giurisprudenza in proposito¹¹. Si è anzi escluso che esso possa considerarsi un criterio efficiente di identificazione dei rapporti di collaborazione.

La linea di confine fra la subordinazione allargata di cui al decreto e le collaborazioni coordinate e continuative mantenute in vita si conferma particolarmente incerta¹². La delimitazione è tanto più tenue se si considera che la giurisprudenza chiamata a individuare requisiti della collaborazione, vi ha incluso non solo la continuità e la personalità della prestazione, ma anche la connessione funzionale derivante da un protratto inserimento del prestatore nell'organismo aziendale, sia pure aggiungendo che esso deve caratterizzarsi dall'ingerenza del committente nell'attività del prestatore.

Una ipotesi distintiva utile potrebbe dare rilievo ai possibili oggetti della collaborazione e alle diverse relazioni fra prestazioni singole e lavoratori inseriti in un'organizzazione. Il coordinamento riguarderebbe i casi in cui i rapporti fra le parti, e i vincoli di luogo e di tempo, in capo al collaboratore sono solo quelli necessari al raggiungimento del risultato oggetto della collaborazione; mentre viceversa nelle prestazioni organizzate dal committente, le modalità di esecuzione e i relativi vincoli di tempo e di luogo richieste al collaboratore, sono quelli più generali e per certi versi indeterminati propri di chi partecipa in un'organizzazione e vi è inserito (come è per il dipendente soggetto per questo allo *jus variandi* del datore).

Un criterio del genere può essere applicato ad es. agli addetti al call center. Per la qualificazione del loro rapporto alla stregua della nuova normativa, non sarebbe rilevante tanto il carattere inbound o outbound delle chiamate, quanto il fatto per gli operatori, pur godendo di una discrezio-

11 G. SANTORO PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: nozioni a confronto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 104 ss.; G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Avv. dir. lav.*, 2002, p. 103 ss. Il carattere prevalentemente personale del lavoro non è in sé rilevante per qualificare il rapporto come dipendente o autonomo. È semmai significativo e come tale utilizzato in altri ordinamenti, per segnare la linea distintiva con l'area delle (piccole) imprese. Tale linea peraltro si rivela anch'essa permeabile se si considerano le micro imprese individuali, non a caso talora incluse nell'area del lavoro dipendente, ad es. nella legislazione francese. Lo ricordano A. PERULLI, *op. cit.*, p. 10 e, in generale, O. RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Torino, 2012.

12 Il punto è rilevato criticamente da A. PERULLI, *Il Falso superamento dei cococo nel Jobs Act*, in *NelMerito*, 6 marzo 2015; secondo l'A. la norma del decreto apre una nuova problematica interpretativa che complica invece di razionalizzare lo scacchiere tipologico; e per questo Perulli propone di eliminare l'ambiguo riferimento al cambiamento e di introdurre invece la nozione di dipendenza economica.

nalità nel fare le chiamate, sono parte integrante dell'organizzazione del *call center*, con tutti i vincoli tipici di questa organizzazione.

Ma si tratta di un'ipotesi più che mai incerta, come ogni proposta interpretativa riguardo a queste fattispecie.

7 La parte mancante della regolazione

Come si diceva la nuova definizione potrà trovare una applicazione meno incerta, e meglio in grado di allargare l'area della disciplina lavoristica senza forzature, in quanto sia accompagnata da una ridefinizione dell'ambito dei lavori autonomi e della relativa disciplina.

Il presente decreto non ha ritenuto di cogliere l'occasione della delega, che pure non poneva ostacoli al riguardo, per affrontare finalmente l'argomento.

Il tema ha importanza tale da meritare una trattazione in un testo normativo *ad hoc*, come prospettato dallo stesso governo.

La elaborazione di una simile normativa dovrà non solo tenere conto delle possibili ricadute finanziarie, ma sciogliere le alternative sopra ricordate circa l'ambito dell'intervento, il lavoro autonomo in generale o quello economicamente indipendente, e circa il merito della relativa disciplina. Le proposte elaborate negli anni passati possono fornire solo in parte indicazioni utili, perché in questi anni la trasformazione delle forme di lavoro si è ulteriormente accelerata. Le indicazioni allora avanzate, con l'ambizione un po' illuministica di riordinare l'intero spettro dei lavori in un quadro organico, dovranno fare i conti con un sistema produttivo e del lavoro nonché con un assetto istituzionale più complesso e instabile. Inoltre le ipotesi allora formulate di modulazione delle tutele nella prospettiva di una loro estensione si dovranno misurare con le ristrettezze delle risorse finanziarie e con i limiti della crescita economica.

Un condizionamento simile riguarda in realtà l'intero assetto del diritto del lavoro e del *welfare* e impone di valutare criticamente quali parti dell'*acquis* consolidatosi negli anni costituiscono un patrimonio di diritti irrinunciabili e quali invece rappresentano tutele normative e benefici economici da ridimensionare per renderle fruibili alla generalità dei lavori e difendibili dalle pressioni competitive evitando una incontrollata corsa al ribasso. La ricerca di regole e tutele per le forme di lavoro autonomo dovrà operare una analoga selezione degli ambiti di tutela prioritaria, tanto più perché si tratta di regolare un'area finora trascurata.

In questo contesto dovrà operarsi la scelta già proposta: cioè valutare se procedere con una normativa riferibile in generale al lavoro autonomo, o se invece anticipare norme specifiche per il lavoro economicamente dipendente. Questa seconda opinione è forse più matura nella elaborazione teorica e legislativa e può meglio avvalersi di utili raffronti comparati.

In ogni caso anche un intervento sul lavoro economicamente dipendente

dovrebbe comprendere regole riferibili all'intero mondo del lavoro autonomo. A tali norme generali andrebbero aggiunte, per differenza, disposizioni per i lavoratori economicamente dipendenti sulla base del principio ordinatore che moduli le tutele in relazione al carattere di debolezza economica di questi lavoratori.

Papers

Riflessioni intorno ai principi e agli obiettivi della regolazione del mercato dei capitali in Italia

Filippo Zatti

(Ricercatore di Diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Firenze)

Abstract The European Commission stated to pursue a Capital Markets Union among its goals. Actually, already on the sixties, it was planned the development of a European capital market trying to identify obstacles to the process of financial integration. Although in a different economic and political context, the Segré Report set out to identify which were the shortcomings of the national capital markets for the effective functioning of the European economy as a whole. After having achieved a monetary and a banking Union, lacking the political one, the goal of a Capital Markets Union could bring with it not only opportunities but also limits to the potential benefits. The idea is to go back over the heritage of the regulation of the capital market in Italy to reflect on the principles and objectives that have identified the developmental ratio as a function of the European process of economic and financial integration. The aim is to foster discussion on the view of a European Capital Markets Union.

Sommario 1. Premessa. – 2. Riflessioni sulla definizione di "mercato dei capitali". – 3. Funzioni del mercato dei capitali e sua disciplina: rapporto tra sviluppo economico e mercato dei capitali. – 4. Principi che presiedono alla disciplina giuridica del mercato dei capitali. – 5. (La più recente) Storia della regolazione del mercato dei capitali in Italia. – 6. L'adeguamento del mercato dei capitali nazionale alle esigenze dell'integrazione economica e finanziaria europea.

1 Premessa

Nel suo discorso davanti al Parlamento europeo del 15 luglio 2014, il Presidente della Commissione europea, Jean-Claude Juncker, ha lanciato l'idea di una Unione dei Mercati dei Capitali (*Capital Markets Union*, d'ora in poi, per brevità, CMU) complementare a quella già adottata per il sistema bancario. Pur dedicando alla CMU solo un breve passaggio del suo discorso, il Presidente Juncker ha tenuto a precisare quali siano le motivazioni di un tale obiettivo: «(la CMU) ridurrebbe il costo della raccolta del capitale, specialmente per le piccole e medie imprese, e aiuterebbe la nostra alta dipendenza dal finanziamento bancario»¹. In realtà, il tema

1 Si v. J.C. JUNCKER, *A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and*

della costruzione di un mercato unico dei capitali è stato oggetto di dibattito sin dalla fondazione della (allora) Comunità Economica Europea (d'ora in poi, CEE). D'altronde, l'introduzione nel Trattato di Roma della libertà di movimento dei capitali, nonché della libertà di stabilimento, ponevano da subito l'esigenza di studiare le possibili forme di integrazione anche per i mercati finanziari dei Paesi membri della (allora) CEE. Il cosiddetto *Rapporto Segré* pubblicato nel novembre 1966 e intitolato *The development of a European Capital Market* ha rappresentato il primo tentativo di individuare quali fossero gli ostacoli impeditivi allo sviluppo di un vero e proprio mercato europeo dei capitali. Certamente, le premesse dalle quali muovevano i componenti della Commissione presieduta da *Claudio Segré* sono assai diverse da quelle dell'attuale contesto economico e politico. Tuttavia, ora come allora, il problema principale sembra ancora essere quello di identificare cosa manchi all'attuale assetto europeo del mercato dei capitali per far funzionare in modo efficiente l'economia reale dell'Unione allo scopo di soddisfare in concreto gli obiettivi definiti all'art. 3, co. 3, TUE². Per capire se si tratterà solo di questo, occorrerà attendere di conoscere cosa inserirà la Commissione europea sotto l'ombrello della CMU; e come i mercati dei capitali dei Paesi Membri dell'Unione siano destinati a trasformarsi anche per effetto di interventi normativi non aventi soltanto lo scopo di una loro armonizzazione e integrazione, a differenza di quanto avvenuto sinora. Il processo iniziato negli anni settanta con le direttive riguardanti l'armonizzazione del diritto societario e la disciplina delle informazioni finanziarie ha subito una definitiva accelerazione, prima, con l'Unione monetaria, e, poi, con l'istituzione di un sistema europeo di vigilanza dei mercati finanziari (SEVIF)³. L'istituzione di regolatori europei del mercato finanziario ha avuto come effetto, tra gli altri, quello di rendere sempre più omogenei i comportamenti delle autorità nazionali competenti di regolazione e ha iniziato un'opera di erosione di sovranità nei confronti degli ordinamenti nazionali dei Paesi Membri dell'Unione. Con la realizzazione di una CMU il ruolo degli ordinamenti nazionali dovrebbe perdere di rilevanza sia in relazione al procedimento attuativo sia nel momento applicativo delle regole sui mercati dei capitali decise a

Democratic Change, Strasburgo, 5 luglio 2014, in http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-546_en.htm.

2 Solo a titolo di utilità si riporta, di seguito, il testo: «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

3 Cfr. S. MAJOUR, *Capital Markets Union: building competitive, efficient capital markets trusted by investors*, Bruxelles, 6 novembre 2014, in <http://www.esma.europa.eu/content/Capital-Markets-Union-building-competitive-efficient-capital-markets-trusted-investors>.

livello europeo⁴. Ciò consentirebbe al legislatore europeo, al fine di agevolare l'interfaccia dei mercati dei capitali dei Paesi Membri, di intervenire, di fatto, nei singoli ordinamenti nazionali sollevando tutta una serie di questioni sui vantaggi e gli svantaggi di una tale decisione politica. Se, da un lato, la dimensione europea del mercato dei capitali potrebbe aumentare l'efficienza delle operazioni e degli operatori, anche prevedendo forme di intermediazione innovative rispetto a quelle bancarie, dall'altro, potrebbe creare le condizioni per un'ulteriore perdita di rilevanza delle piazze finanziarie, per così dire, minori, a favore delle più importanti, in particolare, di quella di Londra. Tale considerazione non costituirebbe un limite ai benefici ottenibili dalla CMU se il procedimento di unificazione si innestasse su una già realizzata Unione politica. Nell'attuale contesto, invece, il tipo di approccio, dirigista o meno, che il legislatore europeo dovrebbe seguire per la realizzazione di una CMU diventerebbe di secondaria importanza. Impulso dirigista o scelta di una *Ordnungspolitik* finanziaria poco importa⁵. In entrambi i casi rischieremmo di inserire nel dibattito sull'ordine giuridico del mercato questioni che, prima di tutto, dipendono dalla concezione che si ha di ordinamento giuridico. L'efficienza del mercato dei capitali, così come l'innovazione contrattuale, non sono, infatti, questioni da considerare esclusivamente sotto il profilo o economico o giuridico come dimostra il lungo processo iniziato quasi mezzo secolo fa con il *Rapporto Segré*.

Si consideri, infine, che la CMU è un obiettivo di lungo termine⁶. E che numerosi sono gli interventi di riforma che, nell'attesa, interessano i mercati dei capitali dei Paesi Membri. La direttiva MIFiD II, già approvata dal Parlamento europeo nell'aprile del 2014⁷, ed il Regolamento MiFIR⁸, introducono importanti novità all'attuale assetto di regolazione del mercato e al quadro normativo posto a tutela degli investitori. Tuttavia, tali misure saranno operative soltanto entro la fine del 2016. Così è per altri provvedimenti normativi che troveranno implementazione negli ordinamenti nazionali dei Paesi Membri in futuro. Tra questi, si segnala, per quanto riguarda la regolamentazione della gestione collettiva degli investimenti, il Regolamento relativo ai fondi di investimento europei a lungo termine

4 Cfr. R. VEIL, *European Capital Market Law*, Oxford, 2013, p. 478.

5 Cfr. N. VÉRON, *Defining Europe's Capital Market Union*, novembre 2014, in <http://www.bruegel.org>.

6 Nel Libro Verde presentato dalla Commissione europea, *Building a Capital Markets Union*, si pone il 2019 come termine entro il quale realizzare la CMU.

7 Direttiva n. 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva n. 2002/92/CE e la direttiva n. 2011/61/UE.

8 Regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

(ELTIFs)⁹, che introduce norme uniformi in materia di rilascio dell'autorizzazione, di politiche di investimento e di condizioni di esercizio per i fondi di investimento alternativi (AIFs) commercializzati nell'Unione europea come ELTIFs.

Dopo il corposo intervento legislativo degli anni successivi alla crisi finanziaria 2007-2008¹⁰, l'opera che attende sia il *policy maker* sia il *regulator* sarà prevalentemente a carattere attuativo/implementativo¹¹. Per questo motivo, il presente scritto, attraverso una riflessione sui principi e sugli obiettivi che hanno sinora guidato la regolazione del mercato dei capitali in Italia, vorrebbe stimolare l'avvio di un dibattito sia sull'impatto che le riforme in via di approvazione/attuazione avranno sull'attuale assetto regolativo, sia su quelli che saranno i costi/benefici derivanti dalla costruzione di una CMU per l'economia del nostro Paese.

2 Riflessioni sulla definizione di “mercato dei capitali”

Dare una definizione di “mercato dei capitali” può essere operazione semplice da realizzare qualora ci si limiti a delinearne i profili meramente economici. L'operazione, invece, rischia di diventare complessa quando ci si ponga l'obiettivo di individuarne la dimensione giuridica. Infatti, accade spesso nel diritto dell'economia che all'immediata connotazione di un fenomeno sotto il profilo economico non corrisponda una altrettanto facile definizione sotto il profilo giuridico. Ciò, in particolare, per le mutevoli forme assumibili dai mercati dei capitali in funzione delle variegata esigenze di governo dei fattori che, nel caso di specie, sono causa e espressione dello scambio tra prenditori di capitale e finanziatori. Dunque, quando si esamina il profilo economico del mercato dei capitali raramente ci si sofferma sull'assetto istituzionale del mercato nel quale vengono scambiati i capitali, né tanto meno sulla “morfologia giuridica” che i mercati ed i capitali possono assumere. Vi è chi ritiene, infatti, che tali aspetti siano più pertinenti a studi di carattere giuridico mirati all'esame/verifica dell'adeguatezza dell'ordinamento nel garantire la tutela degli interessi affidati alla regolazione.

Per la scienza economica il mercato dei capitali è costituito dall'insieme delle emissioni e delle negoziazioni di titoli rappresentativi di prestiti

9 Approvato dal Consiglio il 20 aprile 2015.

10 Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Economic Review of the Financial Regulation Agenda accompanying the document “A reformed financial sector for Europe”*, Bruxelles, 15 maggio 2014, in http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/general/20140515-erfra-working-document_en.pdf.

11 Cfr. J. HILL, *The Capital Markets Union: breaking down the barriers to completing the single market*, Londra, 17 aprile 2015, in http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4796_en.htm.

monetari e di finanziamenti, con vincolo di credito e/o di capitale. In base a questa definizione, come noto, ci troviamo di fronte a varie tipologie di “mercato dei capitali”. Infatti, il mercato dei capitali può essere distinto in mercato primario o secondario in relazione alla vita dei titoli che sono oggetto di emissione e/o di negoziazione; in mercato monetario o finanziario in base alla scadenza delle operazioni; e, infine, secondo le modalità d’incontro della domanda con l’offerta, in mercati diretti o mercati aperti.

Ciò premesso, nell’ordinamento finanziario nazionale, la locuzione “mercato dei capitali” si ritrova all’interno di quello che è il provvedimento legislativo fondamentale per quanto riguarda l’intermediazione finanziaria, vale a dire, il d.lgs. n. 58/1998 (d’ora in poi, brevemente, t.u.f.), nel testo in vigore, all’art. 1, co. 1-*bis* che riecheggia quello del nono *considerando* della Direttiva n. 93/22/CEE richiamando, invece, letteralmente, il diciottesimo *considerando* della Direttiva c.d. MIFiD. L’art. 1, co. 1-*bis* individua il mercato dei capitali come il mercato nel quale si negoziano quelle particolari «*categorie di valori*» che sono inquadrabili tra i «*valori mobiliari*»¹². Ora, come noto, la nozione giuridica di valore mobiliare, nell’ordinamento nazionale, precede quella di strumento finanziario che si deve, appunto, al recepimento delle direttive di investimento sopra richiamate (v. *infra*, par. 6). E non deve essere confusa con quella di valore mobiliare inquadrato tra gli strumenti finanziari secondo lo schema proposto dal legislatore europeo¹³. Tenendo ben presente che «nella scienza del diritto nulla è più falso dell’assunto per cui *nomina sunt rerum substantia*»¹⁴, e che, tuttavia, «in un contesto normativo dai tratti di spiccata e crescente complessità le forme definitorie possono aiutare ad orientarsi»,¹⁵ la simbiosi della locuzione “mercato dei capitali” con quella di “valore mobiliare” suggerisce che, sotto il profilo giuridico, la sua definizione sia tendenzialmente sovrapponibile a quella di mercato mobiliare o, più correttamente, con quella dei beni che sono oggetto di contrattazione in quello specifico mercato. Ora, le caratteristiche dei beni che vengono scambiati nel mercato mobiliare richiedono al diritto di garantire la “protezione” degli scambi e, quindi,

12 Quali, ad esempio, a) le azioni di società e altri titoli equivalenti ad azioni di società, di *partnership* o di altri soggetti e certificati di deposito azionario; b) obbligazioni e altri titoli di debito, compresi i certificati di deposito relativi a tali titoli; c) qualsiasi altro titolo normalmente negoziato che permette di acquisire o di vendere i valori mobiliari indicati alle precedenti lettere; d) qualsiasi altro titolo che comporta un regolamento in contanti determinato con riferimento ai valori mobiliari indicati alle precedenti lettere, a valute, a tassi di interesse, a rendimenti, a merci, a indici o a misure.

13 Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati - Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, 2008, Padova, p. 83 ss.

14 Si v. M. ONZA, L. SALAMONE, *Prodotti, strumenti finanziari, valori mobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 567 ss.

15 Si v. A. URBANI, *L’“oggetto” dei servizi e delle attività di investimento*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2013, p. 303.

l'efficienza del mercato in cui tali beni vengono scambiati nell'interesse degli emittenti, degli intermediari e dei clienti/investitori/risparmiatori. A tal fine, l'ordinamento ha il compito di individuare almeno le modalità contrattuali più idonee a garantire l'ordinato svolgimento della cessione e dello scambio di diritti su quei particolari beni che sono i "beni mobili di natura finanziaria"¹⁶. L'ordinamento può essere anche chiamato - come è nel caso dei Paesi con un sistema finanziario sviluppato - a regolare l'attività degli intermediari abilitati ad effettuare operazioni finanziarie di collocamento e/o negoziazione di "beni mobili di natura finanziaria". Se si esaminano le norme di diritto positivo relative, direttamente o indirettamente, al mercato dei capitali, ci troviamo di fronte a combinazioni, mutevoli nel tempo, e nello spazio (giurisdizionale) sia della dimensione contrattualistica o privatistica sia di quella istituzionale o pubblicistica. Si ottengono, così, discipline giuridiche distinte in relazione alle modalità di circolazione dei "beni mobili finanziari" nel mercato dei capitali. Così da aversi un diritto speciale del mercato dei capitali - delineato in base alla sede delle stipulazioni, alla tipologia degli intermediari, o, all'oggetto dei contratti - che, in ragione della sua sofisticazione, viene gradatamente a distinguersi dalla disciplina giuridica di diritto comune¹⁷.

Nell'ordinamento nazionale, si osservano fasi diverse in relazione alla prevalenza, nella regolazione del mercato dei capitali, della dimensione privatistica o pubblicistica. La dimensione privatistica è sostanzialmente prevalente fino agli anni venti-trenta del secolo scorso, quando vari provvedimenti legislativi, introducono forme pubblicistiche di controllo sull'emissione dei "beni mobili finanziari" e sulle loro modalità di negoziazione. Le norme di natura legislativa inerenti il mercato dei capitali, fino ad allora, erano riconducibili essenzialmente a quelle previste dal Codice di commercio del 1882 e non esisteva alcuna disciplina specifica relativa alla raccolta del risparmio al di fuori dei canali propri dell'attività bancaria o riferibile allo svolgimento di altre attività finanziarie¹⁸. Per avere, nell'ordinamento nazionale, una disciplina organica della Borsa si dovrà attendere la crisi finanziaria del 1907 e l'intervento del legislatore con quella leg-

16 Cfr. A. PALAZZO, A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 516. Per una sistematica ricostruzione del diritto dei titoli di credito, si v., tra gli altri, P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*³, Torino, 2012, p. 141 ss.

17 Nel Libro Verde della Commissione europea, *Building a Capital Markets Union*, si legge a p. 23: «(...) while there has been considerable progress in harmonising rules needed for the transparency and integrity of securities markets, legislation relating to investors' rights in securities differs across Member States. As a result, investors have difficulties assessing the risk of capital investments in different Member States. Discussions on this issue date back more than a decade starting with the Second Giovannini Report in 2003. This issue is, however, complex as it touches on property, contract, corporate and insolvency law, as well as the laws on holding of securities and conflict-of-laws».

18 V. R. COSTI, *Il mercato mobiliare*⁵, Torino, 2008, p. 19 ss.

ge - l. 20 marzo 1913, n. 272 - che avrebbe costituito per decenni la legge fondamentale del mercato mobiliare¹⁹. Tanto che fino alla metà degli anni ottanta del secolo scorso, nell'ordinamento nazionale, vi è ancora chi parla di diritto della Borsa e non di "diritto del mercato mobiliare"²⁰. La dottrina ha individuato, come momento "fondativo" di una vera e propria disciplina del mercato mobiliare, l'istituzione della CONSOB. Con la trasformazione della CONSOB da *agency* dell'allora Ministero del tesoro ad autorità indipendente (con la l. n. 281/1985) si avvia una modernizzazione del mercato finanziario nazionale alla quale contribuisce, in modo significativo, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, una copiosa legislazione europea che, con sempre maggiore incisività sull'assetto del mercato finanziario, sarà recepita nell'ordinamento nazionale²¹.

Prima che il diritto europeo producesse i suoi effetti sull'ordinamento nazionale, le fonti del "diritto di Borsa" erano, per quanto riguarda l'organizzazione delle Borse Valori²², prevalentemente di natura pubblicistica; mentre, quelle relative ai contratti di Borsa erano essenzialmente - eccetto che per rare disposizioni, come quella sulla liquidazione coattiva in caso di inadempimento - di diritto civile²³. Con il diritto europeo (v. *infra*, par. 6), anche l'organizzazione della Borsa, ma direi, più correttamente, del mercato mobiliare, viene sottoposta alla disciplina di fonti di natura privatistica. Così, tutta una serie di norme regolative dell'organizzazione e dell'attività della Borsa, prima sottoposte esclusivamente alla disciplina pubblicistica, vengono trasferite nella competenza di organi di diritto privato, gestori del mercato, ai quali viene riconosciuta dalla legge una propria autonomia nel darsi le regole di organizzazione e di gestione del mercato stesso²⁴. Regole che, come accade nell'ordinamento nazionale, possono riguardare, non soltanto le modalità di negoziazione, ma anche l'ammissione alla quotazione. E, quindi, tornando a far uso della terminologia economica, aspetti regolativi inerenti sia il "mercato secondario" sia, seppur parzialmente, il "mercato primario". Parzialmente, perché il momento dell'emissione e

19 COSTI, *op. cit.*, p. 22.

20 Cfr. C. COLTRO CAMPI, *Lineamenti di diritto di borsa e rassegna di giurisprudenza*, Milano, 1985, p. 3, che definisce il diritto di borsa, in linea generale, come « quella parte del diritto commerciale e amministrativo, che riguarda, da un lato, l'organizzazione delle borse valori, e, dall'altro, le operazioni (contratti) concluse, o in esse, o a mezzo degli intermediari che vi operano, o sui titoli in esse quotati ».

21 Cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*⁶, Torino, 2004, p. 9.

22 Ancora basate sulla l. n. 272/1913.

23 Larga parte della disciplina delle operazioni di borsa si trovava anche negli usi il cui accertamento e la cui raccolta veniva periodicamente curata dalle Camere di commercio. Per quella che era la loro efficacia giuridica si rinvia, per un approfondimento, a C. COLTRO CAMPI, *op. cit.*, p. 4.

24 Cfr. M. FOSCHINI, *Il diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, p. 96. In particolare, si v. nt. 2.

quello del collocamento di un “bene mobile di natura finanziaria” possono anche non coincidere oppure perché il bene oggetto dell’emissione può non avere le caratteristiche per essere negoziato sul mercato mobiliare. L’emissione del bene di natura finanziaria non avente le caratteristiche della “negoziabilità” è, comunque, disciplinata dal legislatore statale nel t.u.f. e sottoposta al vaglio, in particolare, per la normativa relativa al “prospettivo informativo”, della CONSOB; e per gli obblighi conformativi ed informativi, ai sensi dell’art. 129 t.u.b., alla Banca d’Italia.

L’obiettivo della costruzione di un mercato unico dei servizi finanziari, ritenuto dal legislatore (allora) comunitario un obiettivo strategico in funzione della crescita economica, in particolare, dei Paesi membri dell’Unione, ha spinto il legislatore europeo ad intervenire con sempre maggiore frequenza sulla regolazione del mercato mobiliare nel tentativo di realizzare un’effettiva armonizzazione della legislazione relativa al mercato dei capitali.

3 Funzioni del mercato dei capitali e sua disciplina: rapporto tra sviluppo economico e mercato dei capitali

Sotto un profilo economico, le due principali funzioni del mercato dei capitali possono essere sintetizzate, da un lato, nella riduzione dei costi informativi e transattivi e, dall’altro, nella gestione del rischio finanziario attraverso lo strumento della negoziazione e la tecnica della diversificazione. Si ritiene comunemente che, in ragione delle funzioni svolte, un mercato dei capitali efficiente possa essere utile sia alla formazione del capitale sia all’innovazione tecnologica, entrambe considerate come forze trainanti della crescita economica.

Compito del diritto è quello di garantire l’efficiente funzionamento del mercato non soltanto tutelando i diritti e facendo rispettare i contratti ma anche agevolando la diffusione di informazioni “corrette” in modo che gli investitori possano adottare più consapevolmente le proprie decisioni di investimento. La regolazione del mercato dei capitali può porsi come obiettivo la limitazione di fenomeni tipici anche del sistema finanziario quali la selezione avversa e l’azzardo morale attraverso l’adozione di provvedimenti normativi che migliorino l’efficienza del sistema finanziario aumentando l’ammontare di informazioni disponibili per gli investitori. Quello della trasparenza è un obiettivo strategico per i sistemi capitalistici che, tuttavia, si è dimostrato, per gli ordinamenti del mercato dei capitali che si sono succeduti nel tempo, molto difficile da garantire efficacemente. Si pensi, per quanto riguarda l’ordinamento nazionale, ai *crack* di Cirio e Parmalat.

Un altro obiettivo della disciplina giuridica del mercato dei capitali, in relazione alle funzioni che svolge nel sistema economico, è quello di garantire, attraverso la regolazione e la vigilanza, la sana e prudente gestione degli

intermediari finanziari. In un sistema economico fondato, in particolare, sul capitalismo finanziario, gli intermediari hanno un incentivo ad assumersi rischi sempre maggiori. L'ordinamento può prevedere delle misure legislative che impediscano agli intermediari di assumere rischi finanziari tali da costituire un pericolo per la stabilità del sistema finanziario (non soltanto nazionale). Fino alla fine degli anni ottanta del secolo scorso, l'ordinamento nazionale ha garantito la stabilità del sistema finanziario attraverso provvedimenti normativi limitativi della competitività sia a livello macroeconomico (tra sistemi finanziari) sia a livello microeconomico (tra intermediari). Il sistema economico italiano, infatti, era un sistema chiuso, basato su un sistema valutario incentrato sostanzialmente sul monopolio pubblico dei cambi, ad economia mista, vale a dire con una rilevante presenza dello Stato nella gestione diretta dell'economia. Il sistema finanziario, fondamentalmente incentrato sul sistema bancario, era costruito sulla stratificazione istituzionale degli intermediari. In un tale sistema, fondato sulla stabilità attraverso il riconoscimento costituzionale della tutela del risparmio, la competitività non era considerata tra i principi della disciplina del mercato dei capitali. Con l'avvio della liberalizzazione del sistema finanziario nazionale per effetto dei Trattati e della legislazione europea si crea, in particolare, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, un'intrinseca conflittualità tra gli obiettivi della stabilità finanziaria degli intermediari e del mercato dei capitali con quello della competitività, in termini di concorrenza tra gli intermediari e di "apertura" dei mercati finanziari. Tuttavia, la dottrina economica dominante non ha intravisto nel connubio stabilità-competitività un potenziale limite alla regolazione efficiente del mercato dei capitali ma, invece, una fattore di sviluppo per il sistema finanziario e per la crescita economica. In particolare, alla fine degli anni novanta, Rajan e Zingales, in un contributo su crescita e dipendenza finanziaria, concludevano che «lo sviluppo finanziario ha un sostanziale effetto di supporto sul tasso di crescita economica e che opera, almeno parzialmente, sulla riduzione del costo dei finanziamenti esterni nei confronti delle imprese finanziariamente dipendenti»²⁵.

Tra gli economisti, non manca chi non è pienamente convinto della validità di una teoria che correla la crescita economica allo sviluppo del mercato dei capitali. In particolare, Trew sostiene che la maggior parte delle prove empiriche sul nesso tra finanza e crescita sono scollegate dalle teorie che danno una spiegazione delle ragioni in base alle quali lo sviluppo finanziario influenzi la crescita economica²⁶. In effetti, esaminando i dati economici relativi all'Italia si osserva empiricamente come la moderniz-

25 Si v. R. RAJAN, L. ZINGALES, *Financial Dependence and Growth*, in *American Economic Review*, 1998, 88, p. 584.

26 Cfr. A. TREW, *Finance and Growth: A Critical Survey*, in *The Economic Record*, 2006, 82, p. 481 ss.

zazione del sistema finanziario non solo non abbia influenzato la crescita ma non abbia nemmeno inciso, ad esempio, sul ricorso delle imprese alla quotazione di Borsa. Significativo, a tal proposito, che il numero delle società quotate sul mercato di Borsa in Italia sia sceso da duecentonovantuno del 2002 a duecentoquarantanove nel 2012²⁷; e, ancor più, che il rapporto tra la capitalizzazione di Borsa ed il Pil, al 30 giugno 2013, sia pari a circa il venticinque per cento²⁸. Certamente, su questi dati, ha inciso l'andamento sfavorevole della congiuntura economica, in particolare, dopo il 2007. E, probabilmente, anche la cessione di Borsa Italiana s.p.a. al *London Stock Exchange Group*. Al di là delle alternative considerazioni teoriche che possono essere formulate sul rapporto tra sviluppo del mercato finanziario e crescita economica, emerge, invece, con evidenza, la maggiore fondatezza della relazione tra sviluppo del mercato nazionale dei capitali, ordinamenti giuridici di origine e istituzioni politiche nazionali²⁹. Se riprendiamo le conclusioni della relazione di Visentini al convegno «Competitività dei mercati finanziari e interessi protetti», tenutosi a Napoli il 18 maggio 2007, si trova conferma di quanto sia stata (e sia ancora) rilevante «l'accondiscendenza del mondo politico nel favorire una legislazione che, anche nelle maggiori imprese, personalizza le gestioni, ostacola i controlli, degrada l'affidabilità della contabilità e delle informazioni (apparentemente sovrabbondanti)»³⁰. Sancendo così l'incapacità della politica a garantire l'effettiva tutela di quei principi costituzionali che presiedono alla disciplina del mercato dei capitali e che non possono essere "stracciati" lasciando alle regole del mercato il compito di sanzionare le responsabilità degli operatori.

27 V. Tabella I, p. 730, parte III dell'«Indagine annuale sui titoli azionari ed obbligazionari quotati in Italia e nelle principali Borse internazionali (ottobre 2013)» effettuata da Mediobanca in <http://www.mbres.it>.

28 V. Tabella I, p. 736, parte III dell'«Indagine annuale sui titoli azionari ed obbligazionari quotati in Italia e nelle principali Borse internazionali (ottobre 2013)» effettuata da Mediobanca in <http://www.mbres.it>.

29 Cfr. R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, R. VISHNY, *Legal Determinants of External Finance*, in *Journal of Finance*, 1997, 52, p. 1131 ss.; T. BECK, A. DEMIRGUC-KUNT, R. LEVINE, *Law, Politics and Finance*, in *World Bank Policy Research Working Paper*, 2001; P. KEEFER, *Beyond Legal Origin and Checks and Balances Political Credibility, Citizen Information and Financial Sector Development*, in *World Bank Policy Research Working Paper*, 2007.

30 Si v. G. VISENTINI, *La competitività del mercato finanziario italiano; gli obiettivi; le riforme; oggi*, in *Competitività dei mercati finanziari e interessi protetti. Il pendolo del diritto americano e le prospettive del diritto italiano*, a cura di C. Amatucci, V. Buonocore, Milano, 2008, p. 74.

4 Principi che presiedono alla disciplina giuridica del mercato dei capitali

La rilevanza della funzione esercitata dal mercato dei capitali nel sistema economico nazionale si è modificata sostanzialmente in ragione dell'introduzione nell'ordinamento dei principi delineati dalle fonti europee relativamente alla liberalizzazione dei movimenti di capitale e alla prestazione dei servizi nel settore delle imprese di investimento.

L'entrata in vigore della direttiva che sancisce la liberalizzazione dei movimenti di capitale a partire dal 1° luglio 1990³¹, avvia, in Italia, tra gli altri, un processo di riforma della legislazione sul sistema finanziario. Il processo di riforma si rende necessario nella prospettiva di sostenere le politiche economiche che l'Italia, con la ratifica del Trattato di Maastricht, avrebbe dovuto attuare, in particolare, per quanto riguarda le politiche di bilancio e, segnatamente, di privatizzazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali e delle società da essi controllate, anche alla luce del "caso" EFIM³².

La riforma del sistema finanziario prende avvio con quella del mercato creditizio che, recepita, in particolare, la seconda Direttiva di coordinamento bancario³³, pone le basi giuridiche per una sua trasformazione dall'essere sistema oligopolistico amministrato a sistema aperto e in libera concorrenza. La riforma procede, più lentamente, per il mercato dei capitali che è oggetto, prima, di una legge sull'intermediazione mobiliare³⁴ e, poi, di una più ampia riforma, con il recepimento della Direttiva c.d. Eurosim³⁵. In questo breve lasso di tempo, i principi posti a presiedere il mercato dei capitali si arricchiscono di quello che, in dottrina, è stato definito come il "quarto pilastro", ovvero, l'insieme dei principi/obiettivi generali introdotti dalle fonti derivate dell'ordinamento europeo³⁶.

Tali principi/obiettivi possono essere individuati, in sintesi, secondo tre macroclassificazioni in relazione alle finalità perseguite dal legislatore: sistemici, settoriali e "microeconomici". Tra i principi/obiettivi inerenti le finalità sistemiche rientrano i principi di stabilità, di efficienza e di trasparenza del mercato finanziario nonché il principio di concorrenza e quello di tutela dei risparmiatori-investitori-clienti. I principi/obiettivi funzionali

31 Direttiva n. 88/361/CE.

32 Su questi temi si rinvia, per un approfondimento, a R. Miccù, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Governi ed Economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, a cura di V. Atripaldi, G. Garofalo, C. Gnesutta, P. F. Lotito, Padova, 1998, p. 359 ss.

33 Direttiva n. 89/646/CE.

34 Con la l. n. 1/1991.

35 Si tratta della Direttiva n. 93/22/CE e del d.lgs. n. 415/1996.

36 Cfr. S. AMOROSINO, *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, p. 8 ss.

al perseguimento di finalità settoriali riguardano l'assetto della disciplina giuridica di settore (ad esempio, disposizioni in materia di autorizzazione all'ingresso nel mercato nei settori bancario, mobiliare e assicurativo, ecc.). Infine, per quanto riguarda le finalità "microeconomiche", relative ai singoli operatori finanziari, il legislatore europeo ha individuato nei principi della sana e prudente gestione dell'attività di impresa e nella correttezza dei rapporti con i clienti, i principi/obiettivi che devono guidare l'attività di vigilanza sull'organizzazione e l'attività degli operatori finanziari. In realtà, si tratta di principi in larga parte trasversali rispetto ai macrosettori di classificazione proposti. Tali principi, sia quelli individuati dai Trattati europei sia quelli espressi nelle fonti europee derivate, hanno imposto una "nuova lettura", profondamente diversa rispetto a quella originaria, dei principi costituzionali 'nazionali' della libertà di iniziativa economico-privata³⁷, della tutela del risparmio³⁸ nonché del *favor* del risparmio popolare all'accesso diretto e indiretto nei grandi complessi produttivi del Paese³⁹. Tali principi, come si evince anche dalla lettura degli atti dell'Assemblea costituente, erano stati inseriti nella Carta costituzionale per "cristallizzare" l'assetto istituzionale del mercato finanziario nazionale, nonché la sua disciplina giuridica rintracciabile, sostanzialmente, nella Legge bancaria del '36 -'38. Nella fase temporale che precede il Trattato di Maastricht, la dimensione costituzionale della tutela del risparmio è circoscritta alla funzione-obiettivo di garantire la stabilità di valore della moneta nazionale. In quel contesto economico, politico ed istituzionale il rischio "inflazione" viene considerato il potenziale detonatore dei rischi finanziari tipici di un sistema economico chiuso, basato su un monopolio pubblico dei cambi e con un sistema finanziario sostanzialmente *bank oriented*. Nell'*ambiente* economico-finanziario creato per effetto dei Trattati europei, il principio della tutela del risparmio è declinato a principio della tutela degli investitori e le direttive chiamate a definire lo strumentario giuridico più idoneo al perseguimento di tale tutela individuano nell'efficienza, nella trasparenza e nella stabilità i principi in base ai quali guidare l'azione degli organi di vigilanza. La vigilanza diventa, così, espressione di un potere di regolamentazione astrattamente funzionale alla realizzazione di tali principi piuttosto che un potere di controllo sugli operatori finanziari finalizzato

37 Art. 41 Cost. Cfr. F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, AA.VV., Napoli, 2013, p. 2235 ss.

38 Artt. 47, co. 1, Cost. e 117, co. 2, lett. e), Cost. Cfr. F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, AA.VV., Napoli, 2010, p. 1469 ss.

39 Art. 47, co. 2, Cost. Sul tema si rinvia per un approfondimento a M. ATRIPALDI, *Il risparmio finalizzato agli investimenti socialmente rilevanti nell'ordinamento italiano. Dalle prime forme di risparmio alla Costituzione del '48*, Napoli, 2009.

alla materiale definizione dell'indirizzo politico economico-finanziario in chiave di politica pubblica⁴⁰.

La storia della regolazione del mercato dei capitali in Italia, dall'inizio degli anni novanta del secolo scorso in poi, è la storia delle trasformazioni istituzionali e degli interventi legislativi attuati nel tentativo di conformare il sistema finanziario alle esigenze dell'*ambiente* di un mercato europeo dei servizi finanziari sempre più integrato.

5 (La più recente) Storia della regolazione del mercato dei capitali in Italia

Prima di quel periodo, infatti, in Italia, il mercato dei capitali aveva conosciuto uno sviluppo relativamente lento, almeno fino agli anni novanta, quando, come abbiamo visto, si avvia quel processo di riforma della legislazione del mercato finanziario che porta all'emanazione, a breve distanza di tempo l'uno dall'altro, dei due provvedimenti legislativi di disciplina del mercato creditizio e del mercato mobiliare, rispettivamente, con il d.lgs. n. 385/1993 (t.u.b.) e con il t.u.f. In entrambi i casi, il legislatore nazionale ha utilizzato una tecnica di delegificazione con la quale ha definito i principi, appunto, e i criteri generali in base ai quali far intervenire, in via regolamentare, l'autorità di regolazione competente. L'entrata in vigore dei Testi Unici in materia bancaria, prima, e finanziaria, poi, ha coinciso anche con una trasformazione del ruolo istituzionale affidato fino a quel momento alla Banca d'Italia e alla CONSOB. In particolare, quest'ultima autorità, sin dalla fine degli anni ottanta del secolo scorso, si è vista attribuire una serie crescente di poteri che hanno modificato sostanzialmente il ruolo affidatole, alla sua costituzione, dalla legge n. 216/1974. Il modello di vigilanza adottato in quella prima fase, definibile come istituzionale o per soggetti, viene progressivamente sostituito da un modello inquadrabile, già allora, in uno schema di tipo funzionale, sempre più assimilabile ad un modello "per finalità", correlato ai principi/obiettivi che ciascuna autorità di vigilanza è chiamata dalla legge a garantire e a perseguire nell'esercizio della propria specifica attività di vigilanza.

L'evoluzione della norma del Testo unico della finanza che definisce le finalità della vigilanza sugli intermediari diventa emblematica di questa trasformazione. Alla CONSOB, il legislatore nazionale, all'art. 5 t.u.f., affida da subito il compito di vigilare sui soggetti abilitati⁴¹ per quanto riguarda

⁴⁰ Sul punto si rinvia a F. ZATTI, *La vigilanza tra regolamentazione e controllo. Contributo allo studio della regolazione del mercato mobiliare*, Padova, 2012.

⁴¹ Vale a dire «le imprese di investimento, le società di gestione del risparmio, le Sicav nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del t.u. bancario e le banche autorizzate all'esercizio dei servizi di investimento»: v. art. 1, co. 1, lett. r), t.u.f.

la trasparenza e la correttezza dei comportamenti. Mentre alla Banca d'Italia attribuisce il compito di vigilare sul contenimento del rischio e sulla stabilità patrimoniale di tali soggetti. Tuttavia, è con il recepimento della Direttiva c.d. MIFiD che il Testo unico della finanza, così come i regolamenti attuativi approvati da CONSOB, sono oggetto di un'ampia riforma che coinvolge anche le modalità della vigilanza del mercato finanziario. In particolare, l'art. 5 t.u.f. viene emendato in modo significativo dalla Direttiva c.d. MIFiD a partire dagli obiettivi che la vigilanza deve perseguire nell'esercizio dei poteri sulle attività svolte dai soggetti abilitati: salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; tutela degli investitori; stabilità e buon funzionamento nonché competitività del sistema finanziario; osservanza delle disposizioni in materia finanziaria. Inoltre, pur confermando la divisione di competenze tra Banca d'Italia e CONSOB, le due autorità di vigilanza devono stipulare un "protocollo d'intesa" avente per oggetto, non soltanto, i compiti di vigilanza affidati a ciascuna di esse e le modalità del loro svolgimento, secondo il criterio della prevalenza delle rispettive funzioni, ma anche lo scambio di informazioni con riferimento alle irregolarità rilevate e ai provvedimenti assunti nell'esercizio dell'attività di vigilanza.

La previsione di strumenti giuridici, quali i "protocolli d'intesa", nella costanza della ripartizione delle funzioni di vigilanza su un numero di autorità pensato per soddisfare le esigenze del modello istituzionale, testimonia della necessità di creare condizioni di collaborazione e cooperazione sempre più strette tra le diverse autorità di vigilanza. In questo senso è intervenuta la legge n. 262/2005 in materia di tutela del risparmio che è stata, di fatto, la risposta legislativa agli scandali finanziari di Cirio e Parmalat e alla vicenda delle "scalate bancarie". L'esigenza di coordinamento e di cooperazione tra le autorità di vigilanza a livello nazionale si è posta anche a livello europeo per ragioni legate alla crescente integrazione del mercato dei capitali europeo e, in particolare, per quelle dettate dall'armonizzazione della vigilanza avviata, di recente, con l'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF). Sia gli scandali finanziari, avvenuti anche in Europa nell'ultimo decennio, sia la crisi finanziaria in atto dal 2008 hanno fatto emergere la necessità di colmare, per via legislativa, la carenza informativa e collaborativa esistente tra le autorità di vigilanza. In questa evoluzione dell'assetto istituzionale della vigilanza, la CONSOB, all'interno dell'ordinamento nazionale, si è decisamente rafforzata. Molti dei poteri e delle funzioni introdotte nell'ordinamento nazionale per effetto

vigente nel 1998. Per utilità, ai fini di confronto, si riporta la versione vigente dell'art. 1, co. 1, lett. r): «*le Sim, le imprese di investimento comunitarie con succursale in Italia, le imprese di investimento extracomunitarie, le Sgr; le società di gestione armonizzate con succursale in Italia, le Sicav nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario e le banche italiane, le banche comunitarie con succursale in Italia e le banche extracomunitarie, autorizzate all'esercizio dei servizi o delle attività di investimento*».

del recepimento della cospicua legislazione europea in materia di mercati finanziari⁴² dell'ultimo decennio sono stati affidati dal legislatore nazionale ricettizio alla CONSOB. La CONSOB è venuta, così, ad assumere, nel quadro delle autorità nazionali di vigilanza del mercato finanziario un ruolo assolutamente preminente tanto da potersi definire come il "regolatore principale" del mercato dei capitali.

6 L'adeguamento del mercato dei capitali nazionale alle esigenze dell'integrazione economica e finanziaria europea

La maggior parte delle norme di natura legislativa chiamate dall'ordinamento nazionale a disciplinare l'organizzazione ed il funzionamento del mercato dei capitali si trovano, quindi, nei due Testi Unici, rispettivamente, in materia di intermediazione bancaria e finanziaria, che hanno preso forma negli anni novanta del secolo scorso. In quegli anni, prima il Testo unico bancario e, poi, il Testo unico della finanza, introducono nell'ordinamento nazionale un apparato normativo finalizzato ad adeguare il mercato dei capitali nazionale, in particolare, alle esigenze dell'integrazione economica e finanziaria europea. Tra le misure destinate a favorire tale obiettivo vi è quella di introdurre «tecniche in grado di trasformare *assets* non facilmente negoziabili in strumenti finanziari ovvero di consentire il ricorso a processi informatici capaci di garantire nuove modalità di regolamento delle transazioni economiche»⁴³. La *ratio* è stata quella di individuare modelli contrattuali tipizzati e modalità transattive standardizzate che consentissero di agevolare le transazioni finanziarie senza ledere, da un lato, la tutela formale della trasparenza contrattuale delle operazioni di natura finanziaria⁴⁴ e, dall'altro, lo strumentario giuridico disponibile ai fini della lotta al riciclaggio di denaro di provenienza illecita⁴⁵. Il Testo unico della finanza recepisce interamente il modello di governo del mercato finanziario delineato dal legislatore europeo con la Direttiva n. 93/22/CEE e consolidato, con modificazioni, dalla Direttiva c.d. MIFiD. Lo schema di intervento legislativo sul mercato finanziario adottato dal legislatore europeo sin dalla Direttiva n. 93/22/CEE poggia, essenzialmente, su due

42 Direttive in materia di abusi di mercato, di prospetto e di Opa.

43 Si v. F. CAPRIGLIONE, *Fonti normative, in L'ordinamento finanziario italiano*², a cura di F. Capriglione, Padova, 2010, p. 99.

44 Il primo provvedimento legislativo in materia è la l. n. 154/92 recante *Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari* poi abrogata dall'art. 161 t.u.b.

45 D.lgs. n. 231/2007 recante *Attuazione della direttiva n. 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva n. 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione*.

pilastri, come si può evincere già dai considerando in premessa: le nozioni giuridiche di ‘servizio di investimento’⁴⁶ e quella di ‘mercato regolamentato’⁴⁷. Entrambe le nozioni sono strettamente correlate a quella di “strumento finanziario” che viene introdotta nell’ordinamento nazionale proprio con il recepimento della Direttiva n. 93/22/CEE e della Direttiva n. 93/6/CEE. La nozione giuridica di strumento finanziario accoglie quella di valore mobiliare, già presente nell’ordinamento nazionale⁴⁸, e crea un’area distintiva rispetto alla nozione, più ampia, di “prodotto finanziario”; richiamando, da un lato, la più antica forma di *security* espressa dal *civil law* e, dall’altro, evocando tecniche di redazione normativa di tipo casistico tipiche del *common law*. Le nozioni giuridiche di strumento finanziario e prodotto finanziario svolgono una funzione strumentale alla delimitazione degli ambiti applicativi «di norme di legge dedicate ora alla tutela dei risparmiatori, ora all’attività degli imprenditori finanziari, ora al funzionamento del mercato»⁴⁹. Funzione che risente, evidentemente, di un distinto intervento del legislatore in funzione della tipicità, o meno, dell’investimento finanziario. L’ampia e dettagliata nozione di strumento finanziario fornita dal legislatore europeo nella Direttiva c.d. MIFiD, e riproposta dal legislatore nazionale nel Testo unico della finanza, «si caratterizza per l’articolazione in quattro specie di titoli o contratti (1. valori mobiliari; 2. quote di OICR; 3. strumenti del mercato monetario; 4. strumenti finanziari derivati)»⁵⁰, caratterizzati da una standardizzazione oggettiva (come è, naturalmente, per i valori mobiliari) oppure di natura funzionale quando titoli e contratti sono modellati dagli intermediari «per soddisfare le esigenze di gestione di un rapporto di investimento di massa»⁵¹. La standardizzazione, così come suggerisce la lettura dell’art. 18, co. 5, t.u.f., laddove l’ordinamento nazionale prevede la possibilità di individuare nuovi strumenti finanziari attraverso l’intervento normativo regolamentare del Ministro dell’economia e delle finanze, è manifestazione della duplice esigenza di veder garantiti, contemporaneamente, innovazione tecnica degli strumenti finanziari e un’adeguata vigilanza degli operatori finanziari⁵². L’intento perseguito dal legislatore nazionale, sulla scia di quello europeo, è stato ed è quello di incentivare il ricorso a titoli e

46 Art. 1, co. 5, t.u.f.

47 Art. 61, co. 1, t.u.f.

48 Si v. G. VISENTINI, *I valori mobiliari*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1985, XVI.

49 Si v. V. CHIONNA, *Strumenti finanziari e prodotti finanziari nel diritto italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 1 ss.

50 CHIONNA, *ibidem*.

51 CHIONNA, *ibidem*.

52 “Norme di adattamento delle autorità europee” (art. 18, co. 5, t.u.f.).

contratti suscettibili tra gli strumenti finanziari così da limitare l'offerta dei prodotti finanziari. In questa prospettiva, il legislatore nazionale, nel recepire la Direttiva c.d. MIFiD, ha rimosso l'obbligo della concentrazione degli scambi di borsa con l'obiettivo di ampliare le tipologie di mercato nelle quali gli strumenti finanziari possono essere negoziati⁵³. Gli strumenti finanziari possono essere negoziati sia su mercati regolamentati sia su mercati diversi da quelli regolamentati. Con il recepimento della Direttiva n. 93/22/CEE nell'ordinamento nazionale, si è abrogato il R.D.L. n. 272/2013, e l'attività di organizzazione e di gestione del mercato di Borsa è stata "liberalizzata". Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 415/1996, l'organizzazione e la gestione del mercato di Borsa diventa "attività di impresa" sottraendosi alla pervasiva disciplina pubblicistica che l'aveva governata fino a quel momento. Si crea un assetto istituzionale di vigilanza del mercato regolamentato di Borsa basato su uno schema sostanzialmente eteroregolamentativo. In questo tipo di assetto istituzionale, la vigilanza del mercato di Borsa è affidata ad un'autorità di regolazione indipendente anche se il Testo unico della finanza prevede che la società di gestione del mercato regolamentato possa svolgere delle funzioni di vigilanza relativamente all'attività di negoziazione. Nell'ordinamento italiano, il potere di autorizzazione nei confronti delle società di gestione è affidato dal Testo unico alla CONSOB⁵⁴. In alcuni casi, indicati espressamente dal t.u.f., la CONSOB è chiamata a condividere tale potere con la Banca d'Italia⁵⁵ o a delegarlo al Ministro dell'economia e delle finanze che, sentite la CONSOB e la Banca d'Italia, è l'organo amministrativo chiamato ad autorizzare e disciplinare i mercati all'ingrosso dei titoli di Stato⁵⁶. Ai fini dell'autorizzazione, la società di gestione del mercato deve soddisfare specifici parametri finanziari e organizzativi⁵⁷ nonché adottare modelli di *governance* che consentano di garantire, per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo (esponenti aziendali) e per quelli che partecipano al capitale della società di gestione del mercato, requisiti di onorabilità⁵⁸, professionalità⁵⁹ e indipendenza. Tali parametri e requisiti sono stabiliti, rispettivamente, dalla CONSOB e dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la CONSOB, ciascuno

53 Per un approfondimento dei *pros* e dei *cons* dell'obbligo di concentrazione degli scambi si rinvia a M. RAGNO, *La disciplina delle sedi di negoziazione*, in *Banche e mercati finanziari*, a cura di F. Vella, Torino, 2009, p. 331 ss.

54 Art. 63 t.u.f.

55 Art. 63, co. 3, t.u.f.

56 Art. 66 t.u.f.

57 Stabiliti con regolamento dalla CONSOB agli artt. 3 e 4 della Delibera 16191 e succ. mod.

58 Artt. 3 e 5, d.m. 11 novembre 1998, n. 471.

59 Art. 1, d.m. 11 novembre 1998, n. 471.

con proprio regolamento. Oltre al rispetto di tali parametri e requisiti, ai fini dell'esercizio di un mercato regolamentato, la società di gestione del mercato deve deliberare un regolamento del mercato «*conforme alla disciplina comunitaria e (...) idoneo ad assicurare la trasparenza del mercato, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori*»⁶⁰. L'art. 62 t.u.f. stabilisce che tale regolamento, avente ad oggetto l'organizzazione e la gestione del mercato, sia deliberato dall'assemblea ordinaria dei soci della società di gestione, o dal consiglio di sorveglianza oppure, infine, se previsto nello statuto della società⁶¹ o quando le azioni sono quotate su un mercato regolamentato⁶², dall'organo amministrativo. Il regolamento del mercato regolamentato, deliberato dalla società di gestione e autorizzato dalla CONSOB⁶³ (ad eccezione di quello del mercato all'ingrosso dei titoli di Stato, autorizzato dal Ministro dell'economia e delle finanze) è la fonte giuridica delle condizioni e delle modalità di ammissione, di esclusione e di sospensione degli operatori e degli strumenti finanziari dalle negoziazioni; dello svolgimento delle negoziazioni e degli eventuali obblighi degli operatori e degli emittenti; delle modalità di accertamento, pubblicazione e diffusione dei prezzi; dei tipi di contratti ammessi alle negoziazioni, nonché i criteri per la determinazione dei quantitativi minimi negoziabili; per la compensazione, liquidazione e garanzia delle operazioni concluse sui mercati⁶⁴. Ciò nonostante, restano, in capo alla CONSOB, una serie di poteri di vigilanza nei confronti sia della società di gestione sia del mercato regolamentato o dei mercati regolamentati organizzati e gestiti dalla o dalle società di gestione. In particolare, le società di gestione sono soggette alla vigilanza della CONSOB che, a tal fine, «*con le modalità e nei termini da essa stabiliti*»⁶⁵, può richiedere loro «*la comunicazione anche periodica di dati, notizie, atti e documenti, nonché eseguire ispezioni presso le medesime società e richiedere l'esibizione di documenti e il compimento degli atti ritenuti necessari*»⁶⁶. Inoltre, la CONSOB può esercitare, nei confronti delle società di gestione dei

60 Art. 63, co. 1, lett. b), t.u.f.

61 Art. 62, co. 1, t.u.f.

62 Art. 62, co. 1-bis, t.u.f.

63 La CONSOB non si limita, comunque, ad autorizzare il regolamento del mercato. Il t.u.f. le affida anche il compito di vigilare anche che la regolamentazione del mercato sia idonea ad assicurare l'effettivo conseguimento della trasparenza del mercato, dell'ordinato svolgimento delle negoziazioni e della tutela degli investitori, potendo anche richiedere alla società di gestione del mercato modifiche della regolamentazione del mercato stesso idonee a eliminare le disfunzioni riscontrate (art. 73, co. 4, t.u.f.).

64 Art. 62, co. 2, t.u.f.

65 Art. 74, co. 2, t.u.f.

66 Art. 74, co. 2, t.u.f.

mercati regolamentati⁶⁷, dei mercati regolamentati stessi⁶⁸ e dei mercati all'ingrosso di titoli di Stato⁶⁹, una serie di poteri, previsti dall'art. 187-*octies* t.u.f., inquadrabili nel *genus* dei poteri di indagine e di accertamento, tipicamente di natura giudiziaria, introdotti nell'ordinamento italiano in recepimento della *Market Abuse Directive*. La CONSOB è dotata anche di poteri di natura sostitutiva quando, in casi di necessità ed urgenza, per le finalità della vigilanza individuate all'art. 74, co. 1, t.u.f. (trasparenza, ordinato svolgimento delle negoziazioni e tutela degli investitori), può adottare provvedimenti sostituendosi alla società di gestione del mercato.

La CONSOB ha il potere di iscrivere le società di gestione in un albo⁷⁰, i mercati regolamentati in un elenco⁷¹ e «*i mercati riconosciuti ai sensi dell'ordinamento comunitario*» in un'apposita sezione di tale elenco⁷². Inoltre, la CONSOB, stipulando accordi con autorità di regolazione omologhe di ordinamenti extracomunitari, «*può riconoscere mercati esteri di strumenti finanziari (...) al fine di estenderne l'operatività sul territorio della Repubblica*»⁷³. In tal caso, la CONSOB si accerta che «*le informazioni sugli strumenti finanziari e sugli emittenti, le modalità di formazione dei prezzi, le modalità di liquidazione dei contratti, le norme di vigilanza sui mercati e sugli intermediari siano equivalenti a quelli della normativa vigente in Italia e comunque in grado di assicurare adeguata tutela degli investitori*»⁷⁴.

Ad oggi, i mercati regolamentati italiani autorizzati dalla CONSOB e gestiti da Borsa italiana s.p.a. sono il Mercato telematico azionario (MTA) (che corrisponde alla nozione di "Borsa" adottata nel Regolamento emittenti della CONSOB n. 11971 e succ. mod.)⁷⁵, il Mercato telematico degli OICR aperti ed ETC ("ETFplus"), il Mercato telematico delle obbligazioni ("MOT"), il Mercato telematico dei 'securitised derivatives' ("SeDeX"), il

67 Art. 73, co. 1, t.u.f.

68 Art. 74, co. 4-*bis*, t.u.f.

69 Art. 76, co. 2-*quater*, t.u.f.

70 Art. 73, co. 2, t.u.f.

71 Art. 63, co. 2, t.u.f.

72 Art. 67, co. 1, t.u.f.

73 Art. 67, co. 2, t.u.f.

74 Art. 67, co. 4, t.u.f.

75 Il Mercato telematico azionario (MTA) è il mercato nel quale si negoziano azioni, obbligazioni convertibili, warrant, diritti di opzione. Sul segmento di mercato MTA sono ammesse società con una capitalizzazione minima di € 40 mln e un flottante pari ad almeno il 25% del capitale sociale. Il MTA ha due segmenti: STAR (Segmento Alti Requisiti o *Segment of High Requirements*, ovvero capitalizzazione delle imprese compresa tra € 40 mln e € 1 mld, 35% di flottante, *corporate governance* allineata agli standard internazionali) e MTA *International* (segmento dedicato alla quotazione di azioni di emittenti di diritto estero già negoziate in altri mercati regolamentati comunitari).

Mercato telematico degli *'investment vehicles'* ("MIV") e il Mercato degli strumenti derivati ("IDEM"). I mercati regolamentati autorizzati dalla Banca d'Italia, gestiti da MTS s.p.a. e vigilati dalla CONSOB, sono il Mercato telematico all'ingrosso dei titoli di Stato ("MTS"), il Mercato BondVision per la negoziazione all'ingrosso via internet di titoli di Stato e il Mercato all'ingrosso delle obbligazioni non governative e dei titoli emessi da Organismi internazionali partecipati da Stati ("MTS Corporate"). I mercati riconosciuti ai sensi dell'art. 67, co. 1, t.u.f., nella prospettiva di un mercato finanziario unico europeo, sono numerosi (attualmente quasi un centinaio) e l'elenco è tenuto presso l'Autorità europea degli strumenti finanziari e del mercato (AESFEM). E, infine, i mercati esteri riconosciuti ai sensi dell'art. 67, co. 2, t.u.f. sono, negli Stati Uniti, il NYSE Liffe, il CBOT, il CME - Globex, l'ICE Futures U.S., il NYMEX e il COMEX; in Svizzera, il SIX Swiss Exchange.

Accanto ai mercati regolamentati, la Direttiva c.d. MIFiD ha introdotto due tipologie di mercati non regolamentati. Si tratta dei sistemi multilaterali di negoziazione e degli internalizzatori sistematici⁷⁶. La gestione di sistemi multilaterali di negoziazione rientra tra i servizi di investimento definiti dal Testo unico della finanza all'art. 1, co. 5⁷⁷ ed è disciplinata dall'art. 77-bis t.u.f. che demanda alla CONSOB, ai fini del loro funzionamento, l'individuazione dei requisiti minimi e degli obblighi che devono essere rispettati dai gestori, vale a dire, dai soggetti abilitati e dalle società di gestione del mercato autorizzati dalla CONSOB. I gestori di sistemi multilaterali, nel momento in cui richiedono l'autorizzazione all'esercizio di tale servizio di investimento, e, successivamente, in occasione di ogni successivo mutamento delle informazioni comunicate, sono tenuti ad inviare alla CONSOB, tra gli altri, l'elenco degli strumenti finanziari e degli operatori finanziari ammessi alle negoziazioni, le regole di funzionamento del sistema e le procedure di vigilanza adottate per assicurare l'integrità del sistema e l'ordinato svolgimento delle negoziazioni⁷⁸. Sono qualificati come "internalizzatori sistematici", invece, quei «*soggetti che in modo organizzato, frequente e sistematico negoziano per conto proprio eseguendo gli ordini del cliente al di fuori di un mercato regolamentato o di un sistema*

76 Per quanto riguarda i depositi monetari in euro il legislatore ha previsto la possibilità di attivare anche sistemi multilaterali di scambio dedicati: si v. l'art. 79 t.u.f.

77 Art. 1, co. 5, lett. g), t.u.f.

78 Art. 20 Regolamento Mercati CONSOB (delibera n. 16191 e succ. mod.). I sistemi multilaterali (MTF) autorizzati dalla CONSOB, ad oggi, sono E-Mider e E-Mid Repo (gestiti da E-MID Sim spa); EUROTLX gestito da EUROTLX Sim spa; HI-MTF e HI-MTF "Order driven" (gestiti da HI-MTF Sim spa); AIM ITALIA, EXTRAMOT e Borsa Italiana TAH da Borsa italiana Spa; e, infine, Bond Vision Corporate da MTS Spa. I sistemi multilaterali di negoziazione comunitari sono circa 150.

multilaterale di negoziazione»⁷⁹. Il legislatore affida alla CONSOB il compito di definire in via regolamentare i criteri in base ai quali un soggetto abilitato può essere individuato anche come internalizzatore sistematico e, inoltre, stabilisce quali debbano essere i loro obblighi in materia di pubblicazione di quotazioni, esecuzione di ordini e accesso alle quotazioni⁸⁰. Così come avviene per i mercati regolamentati, anche per quanto riguarda i mercati diversi dai mercati regolamentati, il legislatore affida alla CONSOB la potestà di sospendere od escludere gli strumenti finanziari dalla negoziazione⁸¹. Lo sviluppo dei mercati diversi da quelli regolamentati è stato fortemente disincentivato sia dalle conseguenze economiche prodotte dalla crisi finanziaria del 2007-2008 sia dalle operazioni societarie che hanno interessato le principali società di gestione dei mercati di Borsa nel mondo. La stessa Borsa italiana è stata oggetto di un'operazione societaria che l'ha vista entrare a far parte, nel 2007, del *London Stock Exchange Group* lasciando, comunque, distinte le attività di gestione dei mercati per facilitare l'attività di vigilanza svolta su basi ancora sostanzialmente nazionali dalle autorità competenti nonostante che, a partire del 2011, sia stato istituito il SEVIF.

L'obiettivo della creazione di un mercato europeo dei servizi finanziari⁸², ancor prima che si creassero effettivamente condizioni così stringenti come quelle realizzatesi successivamente con l'aggregazione tra le società nazionali di gestione dei mercati di Borsa⁸³, aveva spinto il legislatore europeo ad approvare una disciplina legislativa dell'ammissione alla quotazione ufficiale sui mercati di Borsa. I criteri generali per l'ammissione a quotazione degli strumenti finanziari, specialmente per quanto riguarda le azioni, ricalcano sostanzialmente quelli stabiliti dalla Direttiva n. 2001/34/CEE riguardante l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale e l'informazione da pubblicare su detti valori. Il Regolamento dei

79 Art. 1, co. 5-ter, t.u.f.

80 Art. 78 t.u.f.; v. anche artt. 21 e 22 del Regolamento Mercati CONSOB (delibera n. 16191 e succ. mod.).

81 Art. 77-bis, co. 2, lett. a), e 77-bis, co. 3, t.u.f.; art. 78, co. 1, t.u.f.

82 2° considerando della Direttiva n. 2001/34/CE: «*Il coordinamento delle condizioni per l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale delle borse valori situate od operanti negli Stati membri è tale da rendere equivalente la tutela degli investitori sul piano comunitario, data la maggiore uniformità delle garanzie che tale coordinamento offrirà loro nei vari Stati membri. Esso faciliterà in ciascuno di tali Stati l'ammissione alla quotazione ufficiale di valori mobiliari provenienti dagli altri Stati membri, nonché la quotazione di uno stesso titolo su più borse della Comunità e, di conseguenza, renderà possibile una maggiore interpenetrazione dei mercati nazionali dei valori mobiliari rimuovendo gli ostacoli che la prudenza consente di rimuovere e pertanto si inserisce nella prospettiva della creazione di un mercato europeo dei capitali*».

83 Cfr. F.C. VILLATA, *Gli strumenti finanziari nel diritto internazionale privato*, Milano, 2008, p. 9.

Mercati gestiti e organizzati da Borsa Italiana s.p.a.⁸⁴, infatti, dopo aver specificato quali siano gli strumenti finanziari, emessi da società o enti nazionali o esteri, nonché da Stati o enti sovranazionali, ammissibili a quotazione⁸⁵, stabilisce, richiamando, pur non espressamente, gli artt. 42 e 45 della Direttiva n. 2001/34/CE, quali debbano essere le condizioni generali per l'ammissione⁸⁶ e quelle ulteriori specificamente destinate agli emittenti esteri⁸⁷ e agli emittenti italiani sottoposti ad un ordinamento estero⁸⁸. Tutto il Titolo II della Parte 2 del Regolamento di Borsa Italiana è dedicato alla definizione delle condizioni di ammissione alla quotazione sia in relazione ai requisiti degli emittenti i titoli sia alle caratteristiche dei titoli. L'esistenza di tali requisiti e caratteristiche è verificata da Borsa italiana durante la procedura che viene attivata con la richiesta di ammissione alla quotazione. Da questo momento in poi, scattano in capo all'emittente una serie di obblighi informativi sia nei confronti di Borsa italiana che di CONSOB. In particolare, l'emittente di strumenti finanziari comunitari⁸⁹ o di quote o azioni di Oicr aperti⁹⁰ sarà tenuto a presentare alla CONSOB, ai fini dell'approvazione, un prospetto informativo redatto secondo gli schemi previsti dai regolamenti comunitari che disciplinano la materia⁹¹. Tale prospetto deve essere presentato dagli emittenti anche in caso di offerta al pubblico di prodotti finanziari⁹². La definizione di offerta al pubblico fornita dal Testo unico della finanza collima in tutto con quella fornita dalla Direttiva Prospetto⁹³ eccetto che per il riferirsi, quest'ultima, soltanto agli strumenti finanziari. In effetti, nell'ordinamento italiano, la pubblicazione del prospetto è richiesta anche nel caso di offerta al pubblico di strumenti finanziari "non negoziabili" come sono i prodotti finanziari diversi dai valori mobiliari. Tuttavia, il Testo unico

84 Versione aggiornata al 1° dicembre 2014.

85 Art. 2.1.1 Regolamento Borsa Italiana s.p.a.

86 Art. 2.1.3 Regolamento Borsa Italiana s.p.a.

87 Art. 2.1.4 Regolamento Borsa Italiana s.p.a.

88 Art. 2.1.5 Regolamento Borsa Italiana s.p.a.

89 Art. 93-bis, co. 1, lett. a), t.u.f.: i valori mobiliari e le quote di fondi chiusi.

90 Art. 93-bis, lett. d), t.u.f.: le quote di un fondo comune di investimento di tipo aperto e le azioni di una società di investimento a capitale variabile.

91 Artt. 94 t.u.f.; 98-bis t.u.f.; 113 t.u.f.; 113-bis t.u.f.

92 Art. 1, co. 1, lett. t), t.u.f.: «ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati».

93 Si tratta della Direttiva n. 2003/71/CE come modificata dalla Direttiva n. 2010/73/CE. Entrambe le Direttive sono state recepite nell'ordinamento nazionale con il d.lgs. n. 51/2007 e il d.lgs. n. 184/2012.

prevede, a prescindere dalla tipologia di offerta al pubblico, una serie di deroghe all'obbligo di presentazione o meno del prospetto⁹⁴. Infine, per quanto riguarda le offerte al pubblico di strumenti finanziari comunitari promosse da emittenti aventi la loro sede legale in un paese extracomunitario la CONSOB, nel caso in cui l'Italia sia lo "Stato di origine"⁹⁵, può approvare il prospetto qualora sia stato redatto conformemente a standard internazionali definiti dagli organismi internazionali delle commissioni di vigilanza dei mercati, compresi i *Disclosure Standards* della Iosco e se le informazioni richieste, incluse le informazioni di natura finanziaria, siano equivalenti alle prescrizioni previste dalle disposizioni comunitarie. Tuttavia, se l'offerta è effettuata in Italia come Stato ospitante, la CONSOB può operare in collaborazione con l'autorità competente dello Stato in cui ha sede sociale l'emittente sia quando il prospetto e gli eventuali supplementi approvati non sono notificati secondo le disposizioni comunitarie vigenti sia per ottenere ulteriori informazioni⁹⁶.

Nel Titolo III del t.u.f., relativo agli emittenti, al Capo I, si trovano le norme che disciplinano l'informazione societaria alle quale si devono conformare gli emittenti quotati, i soggetti da questi controllati e agli emittenti strumenti finanziari diffusi tra il pubblico. La legislazione vigente in Italia, recependo la legislazione comunitaria in materia di abusi di mercato⁹⁷, di trasparenza⁹⁸ e, per certi aspetti, anche quella relativa ai diritti degli azionisti di società quotate⁹⁹, impone ulteriori obblighi agli emittenti. Infatti, tali direttive influenzano in modo significativo la natura, quantità, qualità e il "momento" nel quale le informazioni che gli emittenti (o gli enti che li controllano) devono comunicare al verificarsi di alcuni eventi o circostanze rilevanti. Il Testo unico dispone a livello legislativo gli obblighi che devono rispettare gli emittenti, quali la diffusione delle informazioni privilegiate, delle informazioni finanziarie, delle informazioni sui piani di compensi, o di comunicazione delle partecipazioni rilevanti, mentre il Regolamento Emittenti CONSOB¹⁰⁰ contiene la regolamentazione attuativa delle norme legislative del Testo unico della finanza. L'implementazione della "Direttiva Trasparenza" nell'ordinamento italiano ha modificato significativamente le modalità attraverso le quali soddisfare gli obblighi informativi.

Questo, in sintesi, lo schema attuato, per così dire, nell'ordinamento na-

94 Artt. 100 e 100-bis t.u.f.

95 Art. 93-bis, lett. f).

96 Art. 98-bis t.u.f.

97 Direttiva n. 2003/6/CE.

98 Direttiva n. 2004/109/CE.

99 Direttiva n. 2007/36/CE.

100 Approvato con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e succ. mod.

zionale per adeguare il mercato dei capitali nazionale alle esigenze dell'integrazione economica e finanziaria europea.

In un volume dedicato al capitalismo italiano, Sandro Trento¹⁰¹ individua nel Testo unico della finanza una delle maggiori e più importanti riforme della fine del secolo scorso, che ha avvicinato la disciplina italiana ai migliori standard internazionali dei mercati dei capitali. Una riforma molto ambiziosa con la quale il legislatore si proponeva non solo di fare un'opera di coordinamento dei provvedimenti legislativi approvati in recepimento delle altrettanto numerose direttive europee emanate in quegli anni, ma anche di ridisegnare lo statuto delle società quotate, rafforzare le tutele degli investitori e i controlli di trasparenza. La speranza era che il Testo unico potesse contribuire all'ampliamento del mercato mobiliare nazionale, incentivando, al contempo, le imprese alla raccolta di risorse esterne. La nuova disciplina, come ricorda Vella nella sua introduzione al commentario del d.lgs. n. 58/1998 del quale è curatore, «doveva, in sostanza, rappresentare l'occasione per rafforzare i presidi di mercato in un assetto produttivo storicamente ancorato al sistema bancario e consentire, quindi, un salto di qualità in grado di rimuovere i vincoli finanziari alla crescita»¹⁰². Probabilmente, si riponevano aspettative troppo elevate nei confronti di un provvedimento legislativo costruito sulla base di un modello di rapporto tra diritto ed economia sostanzialmente immutato e apparso inadatto a "decristallizzare" il mercato dei capitali nazionale. La CMU rappresenta forse l'ultima occasione per rimuovere dall'ordinamento nazionale del mercato dei capitali quelle vischiosità, anche normative, che, sinora, hanno impedito al Paese di porsi efficacemente in posizione concorrenziale con gli altri Paesi europei ad economia avanzata. In caso contrario, la CMU, più che un'opportunità, costituirà un nuovo ed ulteriore ostacolo proprio a quella crescita economica che essa stessa dovrebbe favorire.

101 Cfr. S. TRENTO, *Il capitalismo italiano*, Bologna, 2012.

102 Si v. F. VELLA, *Introduzione*, in *Commentario T.U.F.* a cura di F. Vella, Torino, 2012, I, p. LXXXIX.

Le *Authorities* e il sistema di vigilanza sulle radiofrequenze

Una comparazione tra il sistema inglese e quello italiano

Maria Diamante Stivanello Gussoni

(Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali
e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract Recent political events in our country have focused attention on the issue of radio frequencies, such as *«public good that has an important value, social cultural (especially) economic»*. It is understood that the allocation of the rights of use can represent a valuable economic resource for the losses in the state budget. And so, since the Stability Law of 2011 (l. n. 220/2013) it has been imposed on Authority for the Communications Authority (AGCOM) and the Ministry of Economic Development (MiSE), to initiate procedures for the allocation of radio frequencies, released as a result of the transition from analogue system to the digital. The gradual reallocation took place in part, free of charge, during the transition from analogue to digital TV broadcasters; and partly (the most significant) for consideration, through two calls. The first, reserved for mobile operators to provide mobile services of fourth generation (4G) and concluded in September 2011, made it possible to collect 3.945 billion euro against the 2.4 billion estimated by the Ministry of 'economic (MEF). The second was based on a different method of allocation, the c.d. Beauty contest, and it has been definitively canceled with l. n. 44/2012. After an arduous process, the new notice was published in Official Gazette of 12 February 2014, with deadline, after adjustment, scheduled for 15 April 2014. In this context, there are a number of questions: In Italy, who supervises a resource so important? What is the object of such control, and as such activity is substantiated? The present system can be considered virtuous? The answer to these questions is far from easy. This paper aims to provide answers to the questions identified, and then groped to highlight the lights and shadows of the Italian system, all in comparative perspective with the corresponding English system. The choice of GB, as a comparison, is sought in the innovator that this country has always demonstrated in the TLC sector, so as to have affected, starting in the '80s, the European liberalization process.

Sommario 1. Introduzione. – 2. Chi vigila sulle radiofrequenze in Italia? – 2.a. (segue) l'AGCM. – 2.b. In sintesi... – 3. L'oggetto dell'attività di vigilanza. – 3.a. Un rapido *excursus* in tema di evoluzione delle modalità allocative dello Spettro. – 3.b. Un caso pratico. L'attività di vigilanza in sede di *Spectrum Trading* ex art. 14 *ter* cod.c.e. – 4. Chi vigila sulle radiofrequenze in GB? – 4.a. L'attività di vigilanza di OFCOM in sede di *Spectrum Trading* (in generale). – 4.b. La vigilanza in sede di *transfer*. – 4.c. La vigilanza in sede di *lease*. – 5. In conclusione: il sistema di vigilanza italiano dello Spettro può dirsi virtuoso? – 5.a. AGCOM Vs OFCOM. – 5.b. Osservazioni critiche sulla vigilanza in tema di circolazione delle radiofrequenze. – 5.c. Ricapitolando....

1 Introduzione

Recenti eventi politici del nostro paese hanno riportato al centro dell'attenzione il tema delle radiofrequenze, quale «*bene pubblico dotato di un*

importante valore, sociale culturale (ma soprattutto) *economico*»¹. Si è compreso, infatti, come l'assegnazione di diritti d'uso possa rappresentare anche una risorsa economica preziosa per il ripianamento delle perdite nel bilancio statale. E così, a partire dalla Legge di Stabilità del 2011 (l. 13 dicembre 2010, n. 220) è stato imposto all'Autorità Garante per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e al Ministero dello Sviluppo Economico (MiSE), nell'ambito delle rispettive competenze, di avviare le procedure per l'assegnazione delle radiofrequenze liberate a seguito del passaggio dal sistema analogico a quello digitale (c.d. Dividendo digitale)².

La progressiva riassegnazione dello Spettro così liberato è avvenuta in parte a titolo gratuito, in sede di transizione delle emittenti tv dall'analogico al digitale; ed in parte, la più considerevole, a titolo oneroso per il tramite di due bandi. Il primo, riservato agli operatori di telefonia mobile per la fornitura di servizi di telefonia mobile di quarta generazione (4G) e concluso nel settembre 2011, ha permesso di incassare 3,945 miliardi di Euro, contro i 2,4 miliardi di Euro preventivati dal Ministero dell'Economica (MEF). Il secondo, invece, riservato agli operatori televisivi/radiofonici è stato fin dall'origine al centro dell'attenzione mediatica, e non solo, in quanto basato su una diversa metodologia di assegnazione, il c.d. *beauty contest*, poi definitivamente annullato con d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito nella l. 26 aprile 2012, n. 44.

La *ratio* di tale scelta sembra riconducibile ad una serie di considerazioni.

In primo luogo la mancata previsione di un corrispettivo monetario, a fronte dell'assegnazione di una risorsa che, nel precedente bando, aveva dimostrato di essere molto redditizia. Sicché, considerata la profonda crisi economica finanziaria che ci interessa, non sfruttare una simile potenzialità sembrava, giustamente, quanto mai inopportuno. In secondo luogo, vi era un palese contrasto con le direttive nn. 2009/140/CE e 2009/136/CE, oltretutto recepite tardivamente³ dai d.lgs. 20 maggio 2012, nn. 70 e 69⁴.

1 Art. 9 direttiva n. 2009/140/CE, c.d. Legiferare Meglio, sostitutiva dell'art. 9 della direttiva n. 2002/21/CE, c.d. Direttiva Quadro, recepita in Italia dal d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, che ha apportato modifiche al Codice delle Comunicazioni Elettroniche (cod.c.e.) del 2003 e nello specifico ha introdotto, tra l'altro, il nuovo testo dell'art. 14, secondo cui «*Tenendo debito conto della circostanza che le radiofrequenze sono un bene pubblico dotato di un'importante valore sociale, culturale ed economico (...)*».

2 Com'è noto, la transizione è avvenuta grazie all'utilizzo del digitale terrestre, che ha permesso di trasmettere su una singola frequenza, con un unico *multiplex*, quattro o cinque programmi televisivi, anziché uno soltanto, ottimizzando l'uso della risorsa e moltiplicandone la capacità di trasporto.

3 Queste Direttive avrebbero dovuto trovare recepimento in Italia entro il 25 maggio 2011. Il termine è stato però disatteso dal nostro Paese, nonché da altri 19 Stati membri, tale per cui è stata aperta una procedura d'infrazione dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 226 TCE (ora, art. 258 TFUE) per il mancato allineamento ai dettami comunitari.

4 In particolare, la direttiva n. 2009/140/CE, tra l'altro e più dettagliatamente, disciplina

Dopo un iter travagliato⁵, il nuovo bando è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il 12 febbraio 2014 con termine di scadenza, a seguito di rettifica, fissato per il 15 aprile 2014.

Oggetto dell'asta sono state le frequenze che componevano «(...) *tre reti televisive digitali terrestri nazionali, con un diritto d'uso ventennale non trasferibile per i primi tre anni (...)*», suddivise in tre lotti (L1, L2, L3).

Le peculiarità del bando sono diverse.

Potevano concorrere, per tutti e tre i lotti, soli i nuovi e/o piccoli operatori, ovvero quelli che detenevano un solo *multiplex*. Per gli operatori titolari di due reti in *DVB* era invece possibile concorrere per i lotti L1 e L3; mentre gli operatori integrati, attivi su altre piattaforme con una quota di mercato superiore al 50% della tv a pagamento (*Sky*) potevano partecipare per il solo lotto L1.

Il fine perseguito sembra essere stato quello di consentire la partecipazione a nuovi *broadcasters* attivi in Italia, interessati a entrare in un mercato con un bacino d'utenza di più di 22 milioni di telespettatori e un giro d'affari, a livello pubblicitario, che potenzialmente si aggira sui 3,5 miliardi di euro (in gran parte nelle mani di Mediaset e Rai). A riprova di ciò si consideri come *ab origine* sia stata prevista l'esclusione di Rai, Mediaset e Telecom Italia Media, in quanto già in possesso di più di due *mux* digitali.

Altra caratteristica del bando, al fine di impedire eventuali speculazioni, è stata l'introduzione di un divieto triennale di commercializzazione dei diritti d'uso così aggiudicati c.d. "*Spectrum Trading*"⁶. In concreto, tali diritti «*non potranno essere oggetto di transfer e/o leasing, cessione di ramo d'azienda (...)*» o di qualunque altra fattispecie negoziale che ai sensi della normativa vigente comporti la variazione del controllo⁷. Ma non

la possibilità per i diritti d'uso sulle radiofrequenze di essere oggetto di trasferimento, c.d. "*trading delle frequenze*", come già previsto, ma in modo più superficiale, dall'art. 9 della Direttiva Quadro, in <http://eur-lex.europa.eu/>.

5 Il 6 febbraio 2014 il Direttore Generale del MiSE ha firmato il bando e disciplinare di gara, redatti sulla base della delibera 277/13/CONS di AGCOM e delle indicazioni pervenute dalla Commissione Europea, e quindi pubblicati in *Gazzetta Ufficiale* il 12 febbraio 2014, prevedendo un'asta con offerte economiche con rilanci competitivi. Il 14 febbraio 2014 è poi intervenuta la rettifica al fine di aggiornare le caratteristiche dei lotti in gara a seguito dell'intervenuta delibera 451/13/CONS di AGCOM, del mese di agosto, che ha revisionato il Piano di assegnazione delle frequenze per il servizio televisivo terrestre in tecnica digitale per le reti nazionali. Sul punto, vedi *amplius: Mise, sottoscritto il bando di gara per l'asta delle frequenze TV*, in <http://www.sviluppoeconomico.gov.it>.

6 Volendo fornire una definizione di "*Trading delle radiofrequenze*" o "*Spectrum Trading*", si può dire che è tale quella modalità alternativa e secondaria di gestione delle radiofrequenze, che si concretizza nella cessione/affitto, a titolo oneroso, del diritto d'uso su una determinata frequenza, rilasciata dalla P.A. ad un'impresa mediante provvedimento.

7 Il bando precisa che: «(...) 4.3. *Fatta salva la disciplina speciale per le società per azioni quotate in borsa, sono equiparati al trasferimento dei diritti d'uso: a) la vendita dell'intero capitale sociale del partecipante; b) il trasferimento del pacchetto di controllo del partecipante*

solo, decorso il suddetto termine triennale, tali diritti saranno trasferibili solo nel rispetto della destinazione d'uso e dei parametri tecnici di cui al Piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive digitali terrestri, conformemente all'art. 14-ter del Codice delle comunicazioni elettroniche (cod.c.e.), «salvo soggetti che detengono 5 multiplex DVB-T o successive evoluzioni tecnologiche»⁸.

Quanto alla base d'asta, la stessa è stata individuata nell'importo complessivo di 90,75 milioni di Euro, il che equivale ad assegnare a ogni singolo multiplex un valore di circa 30 milioni ciascuno.

Alla luce di queste prime considerazioni è evidente come le radiofrequenze acquisiscano, giorno dopo giorno, una sempre maggiore importanza, non solo sociale e culturale, in considerazione del loro impiego, ma soprattutto, economica, come peraltro già evidenziato a suo tempo dal Legislatore Comunitario, che le ha appunto definite come «*un bene pubblico dotato di un'importante valore sociale, culturale ed economico (...)*»⁹.

Sorgono quindi spontanei una serie di quesiti.

In Italia, chi vigila su una risorsa così importante? Qual è l'oggetto di tale controllo e come si sostanzia tale attività? Ed ancora, l'attuale sistema può ritenersi virtuoso?

La risposta a tali quesiti è tutt'altro che agevole.

Il presente contributo è volto a dare risposta ai quesiti individuati, per tentare poi di evidenziare luci ed ombre dell'attuale sistema italiano, il tutto in un'ottica comparatistica con il corrispondente impianto inglese.

La scelta della Gran Bretagna (GB), quale termine di paragone, va ricercata nell'azione innovatrice che questo paese ha sempre dimostrato nel settore delle telecomunicazioni (TLC), tanto da aver influenzato, a partire dagli anni '80, il processo di liberalizzazione europeo¹⁰. Ed ancora, perché la GB è stato il primo paese europeo ad utilizzare concretamente il c.d.

o l'acquisizione del controllo esclusivo da parte del soggetto che già ne deteneva il controllo congiunto; c) il trasferimento di un numero di azioni o quote che sommate a quelle già detenute dal socio gli attribuiscono il controllo della società; d) la sottoscrizione di aumenti di capitale che conferisca il controllo del partecipante; e) il passaggio del controllo del partecipante per effetto di influenza dominante, qualificata ai sensi dell'articolo 43, comma 14 e 15, del decreto legislativo 3 luglio 2005, n. 177, o la costituzione di diritti reali su cosa altrui, diritti reali di garanzia ovvero di diritti personali di godimento su quote o azioni in numero tale che comporti il controllo delle società; f) nel caso di società cooperative, le variazioni della maggioranza di controllo a seguito di ammissione di nuovi soci; g) la cessione o anche il solo affitto o leasing dell'azienda; h) ogni altra ipotesi che, ai sensi della normativa vigente, comporta la variazione del controllo.».

8 Cfr. *Disciplinare di gara*, in <http://www.sviluppoeconomico.gov.it>.

9 Art. 9 direttiva n. 2009/140/CE, recepita con d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70.

10 Cfr. CABBINI, SASSANO, VALLETTI, *Le concessioni sullo Spettro delle frequenze*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di Mattei, Reviglio, Rodotà, Bologna, 2007.

Spectrum Trading, ¹¹tanto da aver guadagnato il soprannome di «*prima della classe*»¹².

Al fine di restringere il campo d'indagine, si approfondirà il sistema di vigilanza in sede di *Spectrum Trading*, sia per ragioni di attualità, viste le limitazioni¹³ indicate dal recentissimo bando di gara; ma soprattutto perché oggi questa metodologia secondaria di circolazione è assoggetta, quantomeno in Italia, ad un controllo stringente da parte di tutti gli Organismi del settore. In sostanza è un valido strumento per individuare chi in Italia ha il potere di vigilanza sullo Spettro.

Infine perché, come avremo modo di esporre, tale modalità allocativa ha destato non pochi problemi applicativi, diversamente da quanto auspicato dal legislatore comunitario.

2 Chi vigila sulle radiofrequenze in Italia?

Grazie a quanto evidenziato in premessa, è possibile fornire una prima risposta, seppur parziale, al primo quesito individuato.

Il sistema italiano di vigilanza dello Spettro è, in linea generale, affidato ad AGCOM e MiSE¹⁴, e si caratterizza per continui intrecci e sovrapposizione di competenze tra gli stessi, come confermato anche dalla Legge di Stabilità del 2011¹⁵, secondo cui «(...) *prima della data stabilita per la definitiva cessazione delle trasmissioni televisivi in tecnica analogica, Il Ministero dello Sviluppo Economico deve provvedere alla definitiva riassegnazione dei diritti d'uso del radiospettro anche mediante la trasformazione del rilascio provvisorio in assegnazione definitiva dei diritti d'uso e rilascia i relativi titoli abilitativi conformemente ai criteri previsti dall'art. 15 del testo unico dei servizi media audiovisivi (t.u.s.m.a.), ex d.lgs. 177/05. L'AGCOM poi avvia la procedura per l'assegnazione di diritti d'uso di frequenze radioelettriche da destinare a servizi di comunicazione elettronica mobili in larga banda. Mentre il Ministro per lo sviluppo economico fissa la data per l'assegnazione delle frequenze*».

11 Cfr. GOODMAN, *Spectrum Rights in the Telecosm to Come in San Diego law.rev.*, 2004, 41, p. 269 ss.

12 Cfr. CAMBINI, RAVAZZI, VALLETTI, *Il Mercato delle Telecomunicazioni. Dal Monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Bologna, 2003, p. 44 ss.

13 Come già evidenziato, il nuovo bando prevede che i diritti d'uso delle frequenze, per i primi tre anni dalla data di aggiudicazione, non saranno trasferibili, nemmeno in parte, mediante *trading* o *leasing* o cessione del relativo ramo d'azienda, o mediante qualunque altra fattispecie che, ai sensi della normativa vigente, comporti la variazione del controllo.

14 A tale riguardo sono fondamentali: l'art. 7 cod.c.e., rubricato «*Funzioni del Ministero e Autorità*»; nel t.u.s.m.a., l'art. 9, dedicato al MiSE, e l'art. 10, disciplinante le funzioni dell'AGCOM.

15 L. 13 dicembre 2010, n. 220.

Il nostro Legislatore ha quindi optato, diversamente da quanto auspicato da quello Comunitario, per un sistema «*bicefalo*»¹⁶ di ripartizione di funzioni, come confermato dagli artt. 13 e 13 *bis* cod.c.e., di evidente natura programmatica¹⁷.

Questa scelta ha però (giustamente) destato non poche perplessità, soprattutto rispetto alla politica comunitaria, volta a far convergere in unico Organismo tutte le competenze in tema di TLC, tanto da aver generato un acceso dibattito in dottrina sul punto.

Secondo una prima interpretazione, le norme comunitarie non avrebbero escluso la legittimità di ripartire sul piano nazionale le funzioni tra più soggetti¹⁸, in quanto tale ripartizione non andrebbe ad inficiare l'esecuzione dei dettati normativi.

Maggiormente condivisibile è invece quella diversa tesi secondo cui la scelta del Legislatore italiano sarebbe «illegittima» in quanto, non solo la normativa comunitaria renderebbe obbligatoria l'attribuzione, sul piano nazionale, di tutte le funzioni ad un medesimo soggetto regolatore¹⁹ (l'AGCOM, appunto); ma soprattutto perché una ripartizione di funzioni di regolazione tra più soggetti nazionali sarebbe del tutto inidonea a garantire un'uniforme applicazione del diritto comunitario, oltre che in totale contrasto con le politiche volte alla Convergenza anche sul piano gestionale. A supporto di ciò, vengono richiamati gli accordi di collaborazione siglati fin dal 1998 tra MiSE e AGCOM, nati dalla necessità per la neo istituita di usufruire ed esercitare le sue nuove funzioni avvalendosi delle strutture ministeriale, al solo scopo di far fronte temporaneamente a difficoltà ed esigenze di carattere organizzativo.

Ebbene, sia l'estremo frazionamento di competenze, nonché l'assenza di una precisa demarcazione dei singoli poteri, hanno determinato ambiti

16 Cfr. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, p. 265 ss.

17 Cfr. Artt. 13 cod.c.e. (*Obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione*) e 13 *bis* cod.c.e. (*Pianificazione strategica e coordinamento della politica in materia di radio*).

18 Cfr. OROFINO, *op. cit.*, p. 265, secondo cui «anzi espressamente si prevede questa opzione: la Direttiva quadro prende in considerazione questa ipotesi proprio nel momento in cui si richiede agli stati Membri di rendere pubbliche le funzioni esercitate dalle Autorità nazionali di regolamentazione e di notificare alla commissione tutte le autorità cui sono attribuite funzioni previste dal quadro comunitario (art. 3 commi 4 e 5 Direttiva Quadro)».

19 Cfr. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, p. 98, per il quale la Comunità Europea prescrive un dato modello organizzativo; DE MINICO, *Gli organi di governo del settore delle comunicazioni: Ministero delle comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Mezzi di comunicazione e riservatezza: ordinamento comunitario e ordinamento interno*, a cura di Pace-Zaccaria-De Minico, Napoli, 2008, per il quale tale modello è l'unico compatibile con l'unicità del mercato; CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo*, in *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2003, p. 34.

di incertezza operativa²⁰, tali da rendere necessario l'avvio di un'attività di composizione preventiva dei possibili conflitti tra AGCOM e MiSE, i c.d. Accordi di reciproca collaborazione²¹.

A ben vedere però, nemmeno tali accordi sono stati risolutivi, tant'è che il Consiglio di Stato, nel febbraio 2011, avendo colto la complessità della questione, ha fornito una valida riqualificazione dei rapporti²².

L'occasione è stata offerta dal MiSE, proprio in sede di adozione di un bando per l'assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva terrestre, liberate dal passaggio dall'analogico al digitale²³.

Il Consiglio di Stato ha quindi preliminarmente ricordato il rapporto tra la struttura ministeriale e l'autorità amministrativa indipendente, assegnataria di funzioni neutrali finalizzate alla regolazione di settori economici sensibili, che richiedono l'esercizio di elevate competenze tecniche tali da porre questi settori economici al riparo da ingerenze politiche e dalla volubilità degli orientamenti delle mutevoli maggioranze politiche.

Si è quindi giunti alla conclusione che il rapporto tra MiSE e AGCOM riproduce la dicotomia tra politica e tecnica, in cui è quest'ultima a dover prevalere ogni qualvolta il legislatore preveda l'istituzione di un'autorità amministrativa indipendente. Nello specifico, si è affermato che l'Autorità è affidataria della definizione delle procedure per l'assegnazione delle frequenze, sulla base di criteri comunitari, mentre al MiSE spetta, solo sul piano gestionale, l'adozione degli atti di gara e il rilascio dei titoli abilitativi, con esclusione del riconoscimento di alcun potere integrativo in capo al Ministero.

Nonostante siano passati più di tre anni dalla pubblicazione del citato parere, non sembra che il rapporto di cooperazione e intreccio tra i due Organismi sia mutato.

Infatti, da un punto di vista normativo, sicuramente non si sono registrate riforme strutturali. A titolo meramente esemplificativo si ricordi come AGCOM sia ancora chiamata ad esprimere il suo parere sullo schema del

20 Cfr. GRANDINETTI, *La Riforma Gasparri Del Sistema Radiotelevisivo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1184 ss.

21 Cfr. *Accordo di collaborazione fra il Ministero delle comunicazioni e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, relativamente allo svolgimento di attività di competenza dell'Autorità, ovvero di interesse comune*, 30 giugno 2004, in *G.U.R.I.* 13 luglio 2004, n. 162. L'obbligo di pervenire a strumenti di raccordo tra le diverse Autorità aventi competenza nel settore è disciplinato dall'art. 8 *cod.c.e.*

22 Cfr. Cons. St., 25 febbraio 2011, parere n. 872, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1003 ss.

23 Il MiSE ha chiesto di sapere se, nell'esercizio dei poteri attribuitigli, si potesse escludere dalla partecipazione alla gare eventuali imprese che, pur avendo sede in uno stato Europeo, fossero controllate da un socio estero o comunque extracomunitario. Nel merito il Consiglio di Stato ha escluso l'applicabilità delle condizioni di reciprocità ed ha tracciato la linea di demarcazione tra competenze dell'Autorità e del Ministero.

Piano Nazionale di Ripartizione²⁴, elaborato dal MiSE e da questi successivamente approvato con proprio decreto. *Ex art. 14 cod.c.e. e art. 42, co. 5, t.u.s.m.a.*, l'*Authority* ha tutt'ora il compito di predisporre (ed aggiornare) i Piani di Assegnazione delle Frequenze²⁵, garantendo su tutto il territorio nazionale un uso efficiente e pluralistico della risorsa radioelettrica, nonché un'uniforme copertura e una razionale distribuzione delle risorse fra soggetti operanti in ambito nazionale e locale.

Sulla base della procedura e dei criteri definiti da AGCOM²⁶, il MiSE attribuisce con proprio decreto i diritti d'uso ai soggetti così selezionati. Ed infine, *ex art. 14 ter cod.c.e.*, in sede di *Spectrum Trading*, AGCOM ha un generale obbligo di supervisione, mentre al MiSE è tutt'ora riservato il compito di rilasciare il nulla osta per il *transfer*.

Dal canto suo, il MiSE esercita ancora in via esclusiva l'iniziativa verso il Governo in ordine agli accordi internazionali sulle emissioni radiotelevisive da e per l'estero.

Anche da un punto di vista prettamente pratico, sembra possibile giungere alla medesima conclusione, ovvero che l'intreccio di competenze è ancora attuale. A riprova di ciò, il Rapporto Annuale dell'AGCOM nel paragrafo dedicato ai rapporti con il MiSE, e in particolare con il Dipartimento per le comunicazioni, si è limitato ad affermare laconicamente che «È proseguita anche nel 2012 un'intensa attività internazionale al fianco del Ministero dello sviluppo economico - Dipartimento comunicazioni, finalizzata a incrementare, attraverso accordi bilaterali con i Paesi confinanti le possibilità di utilizzo delle frequenze pianificate per l'Italia dalla Conferenza di Ginevra del 2006»²⁷.

24 Si consideri che l'ultimo Piano di ripartizione delle frequenze è stato approvato con decreto del MiSE il 13 novembre 2008, così come modificato dal decreto del 4 maggio 2011, pubblicato in G.U., Serie Generale n. 143 del 22 giugno 2011.

25 *Ex art. 1, co. 6, lett. a)*, n. 1-2, della "Legge Maccanico", competenze attribuite dopo la riorganizzazione interna dell'AGCOM.

26 Cfr. OROFINO, *op. cit.*, p. 312. Ma non solo, il 21° *considerando* della Direttiva Quadro prevede che «Gli Stati membri possono utilizzare, tra l'altro, sistemi di offerte concorrenti oppure di selezione comparativa per l'assegnazione delle radiofrequenze [...]». L'art. 27, co. 7, cod.c.e., dispone che «Alle procedure di selezione competitiva o comparativa per la concessione di diritti individuali di uso delle frequenze radio si applicano le disposizioni dell'articolo 29». È bene però evidenziare che, *ex art. 29, co. 7, cod.c.e.*, in caso di procedure di selezione competitiva o comparativa di particolare rilevanza nazionale, l'AGCOM può sottoporre al MiSE la proposta, da trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, di costituzione di un Comitato di Ministri incaricato di coordinare la procedura stessa, in particolare per quanto attiene al bando ed al disciplinare di gara.

27 *Relazione Annuale Anno 2013*, p. 394 ss, in www.AGCOM.it.

2.a. (segue) l'AGCM

A ben vedere però, il rapporto di stretta collaborazione tra AGCOM e MiSE non è esclusivo, nel senso che in sede di vigilanza del mercato radiofrequenziale interviene anche un terzo organismo: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Come spesso accade, infatti, un medesimo comportamento ben può assumere rilevanza sia sotto il profilo della normativa *antitrust* che sotto quella regolamentare.

Ed infatti, *ex art. 8 cod.c.e.*, AGCM è chiamata a collaborare con MiSE e AGCOM ai fini di una reciproca cooperazione, volta allo scambio di informazioni necessarie all'applicazione delle direttive europee sulle comunicazioni elettroniche²⁸.

Emblematica è poi l'ipotesi collaborativa prevista dall'art. 14 *ter* cod.c.e., ed in particolare il comma 5, secondo cui il MiSE, all'esito della verifica, svolta dall'AGCOM, richiede ad AGCM un parere in cui indichi che la concorrenza non sia falsata in conseguenza dei trasferimenti dei diritti d'uso, tanto che è stato addirittura siglato un protocollo d'intesa il 28 gennaio 2004 tra AGCOM e AGCM, tuttora vigente²⁹.

Ed ancora, *ex art. 19 cod.c.e.*, AGCOM, «*Sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, (...) effettua l'analisi dei mercati rilevanti, tenendo conto dei mercati individuati nella raccomandazione*», nonché delle linee direttrici ricevute da quest'ultima.

Questo rapporto di stretta collaborazione è stato oggetto di revisione a seguito del noto pronunciamento del maggio 2012 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata ad esprimersi sulla delicata questione della perimetrazione delle sfere di competenza delle distinte Autorità (AGCM e AGCOM) nella materia di tutela del consumatore (regolamentare e sanzionatoria) nei servizi di Comunicazione Elettronica, risolta a favore di AGCOM³⁰.

28 Il comma 2 del medesimo articolo dispone poi che MiSE, AGCOM e AGCM adottino, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Codice e nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, anche mediante specifiche intese, disposizioni sulle procedure di consultazione e di cooperazione reciproca nelle materie di interesse comune. Le disposizioni devono poi essere rese pubbliche sui rispettivi Bollettini ufficiali e siti *internet*. I suddetti organismi hanno poi l'obbligo di assicurare la cooperazione e trasparenza tra loro e nei riguardi della Commissione europea al fine di garantire la piena applicazione delle disposizioni stabilite dal cod.c.e.

29 Cfr. *Accordo di collaborazione fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di comunicazioni elettroniche*, del 28 gennaio 2004, in http://www2.AGCOM.it/provv/AGCOM-agcm_accordo.htm.

30 Cons. St., Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 15 e 16, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 953. Il Supremo Consesso «*ha accolto la tesi che nega la esistenza di una competenza di AGCM, con conseguente riforma delle sentenze di primo grado. Le pratiche commerciali in materia di comunicazioni elettroniche, infatti, sono oggetto di un'autonoma e*

Si è quindi reso necessario un nuovo accordo tra le due Autorità, sottoscritto il 22 maggio 2013³¹, in forza del quale è stata rafforzata la cooperazione negli interventi istituzionali. Più segnatamente, è stato disposto un dovere di segnalazione reciproca laddove, nell'ambito di procedimenti condotti singolarmente, emergano ipotesi di eventuali violazioni da parte degli operatori di norme alla cui applicazione sono preposte rispettivamente AGCOM o AGCM. Ed ancora, le Autorità sono tenute a scambiarsi periodicamente informazioni sulle linee generali di intervento, sulle attività oggetto di vigilanza (se necessario anche in fase preistrutturata), sui procedimenti avviati e relativi esiti, in materia sia di concorrenza che di tutela del consumatore. Infine, «*possono, nei limiti di legge, effettuare ispezioni congiunte relativamente a fattispecie di comune interesse (...)*».

completa disciplina settoriale, posta a protezione dell'utente-consumatore di tali servizi, dettata principalmente dal d.lgs. 1 agosto 2003 n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) e dal relativo regolamento attuativo adottato con delibera del 23 novembre 2006 n. 664/06 di AGCOM, la cui applicazione è demandata a quest'ultima Autorità, titolare anche di potestà sanzionatoria in materia. Di conseguenza, la presenza di un'articolata normativa di ordine speciale, con relativi poteri sanzionatori in capo ad AGCOM, esclude, in ossequio al principio di specialità, la contemporanea applicazione, da parte di AGCM, della disciplina generale relativa alle pratiche commerciali scorrette di cui al Codice del consumo. In definitiva, la disciplina comunitaria e nazionale sulle comunicazioni elettroniche configura un vero e proprio ordinamento settoriale, con attribuzione in via esclusiva ad AGCOM non solo dei poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori».

31 Il nuovo accordo prevede in particolare: «*a) coordinamento degli interventi istituzionali su settori di interesse comune; b) segnalazioni dell'AGCOM all'AGCM di casi in cui, nell'ambito di procedimenti condotti dall'AGCOM medesima, emergano ipotesi di eventuali violazioni, da parte degli operatori, delle norme alla cui applicazione è preposta l'AGCM e, in particolare, della legge n. 287/1990, delle disposizioni comunitarie in tema di concorrenza, del D.Lgs. n. 206/2005 e del D.Lgs. n.145/2007; c) segnalazioni dell'AGCM all'AGCOM di casi in cui, nell'ambito di procedimenti condotti dall'AGCM medesima, emergano ipotesi di eventuali violazioni, da parte degli operatori, delle norme alla cui applicazione è preposta l'AGCOM e, segnatamente, delle disposizioni recate dalla c.d. "Riforma Quadro UE per le comunicazioni elettroniche" (Direttiva 2009/136/CE, Direttiva 2009/140/CE, Regolamento (CE) n. 1211/2009), dal c.d. "Quadro comunitario per i servizi postali dell'Unione europea (direttive 97/67/CE e successive modifiche e integrazioni), nonché dalla legislazione nazionale e dai provvedimenti di regolazione relativi ai settori delle comunicazioni elettroniche, dei servizi media audiovisivi e radiofonici e dei servizi postali; d) reciproco scambio di pareri e avvisi su questioni di interesse comune; e) collaborazione reciproca nell'ambito di indagini conoscitive su materie di comune interesse; f) collaborazione reciproca per l'invio di segnalazioni al Parlamento o al Governo su materie di comune interesse; g) iniziative congiunte in materia di enforcement, vigilanza e controllo dei mercati; h) collaborazione scientifica, formazione e scambio di personale; i) collaborazione reciproca nelle iniziative internazionali; j) collaborazione reciproca nelle iniziative a tutela del consumatore. (...)*»: in <http://www.agcm.it/stampa/news/6449-firmato-protocollo-AGCOM-antitrust.html>.

2.b In sintesi

Rinviando alla parte conclusiva per le osservazioni circa l'opportunità o meno del descritto sistema di vigilanza, in questa sede ci limitiamo solo a dare una risposta completa al primo quesito. Oggi, in Italia gli organismi preposti alla vigilanza dello Spettro sono tre: MiSE, AGCOM e AGCM.

3 L'oggetto dell'attività di vigilanza

Nell'individuare gli Organismi dotati di potere di vigilanza in tema di radiofrequenze, abbiamo in parte già individuato anche l'oggetto di tale attività.

Infatti, com'è a tutti noto lo Spettro è soggetto ad allocazione, ovvero « *divisione (...) in bande per particolari servizi, come i collegamenti da rete fissa, le comunicazioni mobili e le trasmissioni* »³², che ad assegnazione, ovvero l'autorizzazione data ad un soggetto di utilizzare una specifica frequenza, a determinate condizioni.

Si è, infatti, soliti affermare come le frequenze siano allocate prima a livello internazionale³³ e poi nazionale ad un certo uso e successivamente,

32 Cfr. COLANGELO, *Il mercato secondario dei diritti di creazione amministrativa nell'Unione Europea; Il caso degli slots aeroportuali e dello Spettro radio*, in *Europa e dir. priv.* 2009, p. 113 ss.

33 Si rammenti che: « *Fonte primaria del piano nazionale di ripartizione delle frequenze è il Regolamento delle radiocomunicazioni dell'UIT (International Telecommunication Union), che viene aggiornato attraverso le WRCs (World Radiocommunication Conferences) Queste conferenze si tengono di norma con cadenza quadriennale e l'ultima si è tenuta a Ginevra nel 2007 (WRC'07). Per la specifica attività di pianificazione, inoltre, l'UIT convoca Conferenze Regionali (RRC) dedicate alla pianificazione del servizio di radiodiffusione in una determinata area. Le ultime Conferenze Regionali tenutesi a Ginevra in due distinte sessioni GE'04 (nel 2004 per la definizione della parte normativa) e GE'06 (nel 2006 per l'elaborazione dei piani tecnici) avevano l'obiettivo di revisionare i preesistenti piani (Wiesbaden/Maastricht per il TDAB) e Stoccolma '61 (per la televisione analogica). Il risultato di tali conferenze ha portato alla definizione ed assegnazione delle risorse per la radiodiffusione sonora (TDAB) e televisiva (DVB-T) in tecnica digitale, alle nazioni facenti parte della macro area definita come Region 1 (area comprendente Europa, Africa, Medio-oriente e parte asiatica della Repubblica russa).* »: in <http://www.AGCOM.it/Default.aspx?message=contenuto&DCID=261>. In dottrina, v. amplius: CAGGIANO, *La riforma del regime delle radiofrequenze nel quadro delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche: telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, a cura di F. Bassan, Milano, 2010, p. 221 ss., secondo cui « *In sede internazionale (ITU) si svolge la pianificazione strategica per l'allocazione delle frequenze nelle tre Regioni in cui è diviso lo spazio elettromagnetico, secondo modalità di utilizzazione esclusiva, o condivisa su base primaria e secondaria, da parte delle diverse tipologie di servizi. Dalle norme internazionali discendono piani nazionali di coordinamento delle frequenze con gli Stati vicini e della medesima area geografica-continentale, soprattutto (ma non solo) per l'inevitabile debordamento (spill over) delle aree confinanti. Nel quadro dell'allocazione delle frequenze disponibili nella Regione 1 (Europa, Africa, Medio Oriente), la pianificazione strategica e l'armonizzazione d'uso possono richiedere decisioni integrative, di carattere tecnico e non vincolante, da parte dell'Organizzazione regionale europea ad hoc.*

assegnate ai diversi operatori, a livello solo nazionale, mediante procedure quasi sempre ad evidenza pubblica (asta, *beauty contest*, ecc.).

Da questa dicotomia terminologica è dipesa l'istituzione dei "piani di ripartizione" e "di assegnazione" delle radiofrequenze. I primi hanno lo scopo di stabilire, prima in ambito internazionale e poi nazionale e per il tempo di pace, l'attribuzione ai diversi servizi delle bande di frequenze oggetto del piano; quindi di indicare per ciascun servizio, nell'ambito delle singole bande, l'autorità governativa preposta alla gestione delle frequenze, oltre che le principali utilizzazioni civili; ed infine, di verificare l'efficiente utilizzazione dello Spettro, al fine di liberare risorse per il settore televisivo e di gestire al meglio gli eventuali contenziosi con i Paesi frontalieri.

Invece, i piani di assegnazione, redatti sulla base dei piani di ripartizione, determinano le aree di servizio degli impianti e, per ciascun'area, la localizzazione degli stessi (trasmettenti e ripetitori), nonché i parametri radioelettrici e la frequenza assegnata a ciascun impianto.

Si può quindi validamente affermare che, in linea generale, in Italia, come nel resto del mondo, la sede ove si registra la maggiore attività di vigilanza sono appunto le diverse fasi dei processi di allocazione e assegnazione, in sostanza le metodologie di circolazione delle radiofrequenze. Nello specifico, tale attività si sostanzia inizialmente nella scelta della procedura primaria di allocazione (asta, *beauty contest*, ecc.) e relativa disciplina. In un secondo momento, invece, ad assegnazione primaria conclusa, l'attività di vigilanza si sostanzia nel controllo in sede di *trading*.

La *ratio* va ricercata nell'importanza economica, sociale e culturale dello Spettro, che implica la necessità di vigilare non solo sull'impiego in concreto di tale risorsa, ma anche sui titolari dei connessi diritti d'uso, al fine di evitare inutili speculazioni (vedi il caso del *beauty contest* annullato) ma anche un utilizzo al disotto delle potenzialità.

3.a. Un rapido *excursus* in tema di evoluzione delle modalità allocative dello Spettro

Ai fini del presente studio, meritano maggior attenzione i piani di allocazione e le connesse modalità allocative. In primo luogo perché, come sostenuto da autorevole dottrina³⁴, sono questi i veri "piani regolatori dell'etere",

(CEPT). *Le misure assunte in questa sede possono a loro volta essere trasformate, se del caso, in decisioni vincolanti per gli stati membri dell'UE.*».

34 Cfr. GOODMAN, *op. cit.*, p. 269 ss.; ZACCARIA, VALASTRO, *Il Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2010, p. 302. Più nel dettaglio, la dottrina citata ritiene che il piano di ripartizione equivarrebbe ad una sorta di piano regolatore; mentre, la ripartizione (i piani di assegnazione) in blocchi di frequenze per usi diversi (pubblici, privati) corrisponderebbe alla parcellizzazione del territorio per aree urbane, commerciali, ecc. Ed ancora, come nella

considerate le competenze ad essi attribuiti; ma soprattutto perché sono da sempre soggetti a continui aggiornamenti³⁵, sia da un punto di vista tecnico che con riferimento alle possibili modalità allocative.

Infine, come in parte già anticipato, si deve considerare che proprio la fase allocativa rappresenta il momento in cui, da sempre, si registra il controllo più penetrante da parte degli Organismi preposti, in ragione della sua complessa articolazione.

È opportuno però ricordare come l’allocazione sia stata interessata da una massiccia evoluzione e diversificazione per quanto riguarda le procedure utilizzate.

Infatti, fino ai primi anni ’90, il metodo più utilizzato era il c.d. *Command & Control*, in base al quale la P.A. era responsabile sia dell’allocazione che dell’assegnazione delle frequenze e solo per specifici usi, tecnologie e operatori³⁶. L’atto che caratterizzava questo procedimento era la rigida

lottizzazione, una volta ripartite le frequenze per particolari usi, per ogni blocco lo Stato predisporrebbe specifiche “regole di utilizzo” e “tecniche di fruizione”. A loro volta queste “regole” sarebbero comparabili ai requisiti strutturali (ad es. la dimensione del lotto e la progettazione degli edifici) che i piani regolatori impongono ai proprietari dei fondi. Concretamente, i “requisiti strutturali” sarebbero: i limiti alle emissioni di energia e di interferenza; gli orari obbligatori per fornire i servizi; la definizione dei servizi, e le attrezzature o le specifiche di progettazione del sistema ecc. Questo parallelismo nasce quale conseguenza della tesi oggi prevalente, soprattutto nei paesi angloamericani, secondo cui lo Spettro sarebbe una *new property*, soggetto a *property rights*. Il primo a teorizzare il concetto dello “*Spectrum property rights*” è stato Leo Herzl nel 1951, studente in legge che in quel momento stava preparando un commento critico alle politiche di *Spectrum management* del US FCC (HERZL, “*Public interest*” and the market in color television regulation, in *University of Chicago law rev.*, 1951, p. 802 ss.). Successivamente, era infatti il 1959, l’economista e premio Nobel Ronald Coase ha sostenuto l’idea dell’assegnazione dei diritti dello Spettro mediante asta fosse un’alternativa più efficace rispetto alla situazione dell’epoca (cfr. COASE, *The Federal Communications Commission*, in *Journ. law. eco.*, 1959, 2, p. 1-40). Invece, in ambito accademico, il primo che ufficialmente sostenne questa tesi furono A.S. DE VANY ET AL., *A Property System for Market Allocation of the Electromagnetic Spectrum: A Legal-Economic-Engineering Study*, in *Stan. law rev.*, 1969, 21, p. 1499. V. poi amplius: HAZLETT, *The Wireless Craze, the Unlimited Bandwidth Myth, the Spectrum Auction Faux Pas, and the Punchline to Ronald Coase’s “Big Joke”: an essay on Airwave Allocation Policy*, in *Harv. int. law. journ. & Tech.*, 2001, 14, p. 335; HAZLETT, *Assigning Property Rights to Radio Spectrum Users: Why Did FCC License Auctions Take 67 Years?*, in *Journ. law. eco.*, 1998, 41, p. 529-534; MINASIAN, *Property Rights in Radiation: An Alternative Approach to Radio Frequency Allocation*, in *Journ. law. eco.*, 1975, 18, p. 221; ROSSTON, STEINBERG, *Using Market-Based Spectrum Policy to Promote the Public Interest*, in *Fed. comm. law. journ.*, 1997, 50, p. 87-93; CARDILLI, *Towards a Property Rights Approach to Communications Spectrum*, in *Yale j. on reg.*, 1999, 16, p. 53; WHITE, “*Propertyizing*” the Electromagnetic Spectrum: *Why It’s Important, and How to Begin*, 9 in *Media l. & poly*, 2000, 9, p. 19.

35 Si pensi alla Delibera di AGCOM 451/13/CONS, dell’agosto 2013, che ha revisionato il Piano di assegnazione delle frequenze per il servizio televisivo terrestre in tecnica digitale per le reti nazionali, in <http://www.agcom.it/default.aspx?message=visualizzadocument&docID=11639>.

36 Cfr. COLANGELO, *op. cit.*, p. 133, secondo cui si ha *Command & Control*, quando «il Regolatore prende la maggior parte delle decisioni chiave circa il modo in cui lo Spettro deve venir utilizzato, sia riguardo l’utilizzo (ad esempio mobile) o la tecnologia (ad esempio GSM) ed in alcuni casi entrambi».

e immodificabile concessione a soggetti predefiniti, in considerazione del monopolio vigente nel settore delle TLC.

Ben presto però questo metodo entrò in crisi proprio a causa della sua eccessiva rigidità.

Le allocazioni *ex ante*, non essendo passibili di successiva modifica, provocavano l'irrigidimento del mercato, un sottoutilizzo delle bande assegnate e un limitato sviluppo di nuove tecnologie, potenzialmente più efficienti. Tutto ciò andava conseguentemente a svantaggio soprattutto del consumatore finale, che non poteva usufruire di prezzi minori, risultanti da un mercato più flessibile e competitivo³⁷.

Tale inadeguatezza risultava ancora più palese con l'avvento della "Convergenza Multimediale". Infatti, divenendo fruibili più servizi attraverso la medesima piattaforma, era difficile mantenere una convivenza con un approccio ove il Regolatore eseguiva distinzioni molto nette e rigide tra bande confinanti, ammettendo per ciascuna di esse solo determinati usi ed escludendone altri³⁸.

Si è quindi resa necessaria la previsione di un nuovo sistema di assegnazione, pur sempre basato sulla razionalizzazione dell'uso dello Spettro, quale risorsa limitata, ma che trovasse la sua massima espressione nella c.d. "Pianificazione".

La risposta a tali esigenze è stata il passaggio dal sistema concessorio a quello basato sulle autorizzazioni generali e licenze individuali (ora provvedimenti di rilascio di diritti d'uso), con conseguente nascita del c.d. *Market Model*³⁹, ove i diritti d'uso sullo Spettro, comunque sottoposti

37 Cfr. OFCOM, *Progress on key Spectrum initiatives. A review and update of the SFR and SFR*, 2008, in <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/sfrrip/annexes/sfrprogress.pdf>. Tipico esempio di questo mal funzionamento sono i radar aerei, applicazioni che in passato avevano beneficiato della concessione gratuita dello Spettro, che verosimilmente avrebbero potuto sviluppare nel tempo tecnologie molto più efficienti con conseguente fruizione di larghezze banda minori.

38 Cfr. CAMBINI, SASSANO, VALLETTI, *op. cit.*, p. 304.

39 La Nuova Zelanda (forse a causa dell'importanza delle comunicazioni senza filo per il Paese più isolato del mondo) fu il primo paese a regolare l'uso dello Spettro elettromagnetico (1902), gli Stati Uniti la seguirono nel 1912 introducendo il meccanismo delle licenze radio. Ma non solo, la Nuova Zelanda per prima in assoluto utilizzò le aste come meccanismo di assegnazione dello Spettro nel 1989. Fu poi nell'agosto 1993 che il presidente americano Bill Clinton firmò una legge storica garantendo alla FCC di mettere all'asta i diritti di licenza per l'uso dello Spettro elettromagnetico. Cfr. HAZLETT, *Spectrum Flash Dance: Eli Noam's Proposal for 'Open Access' to Radio Waves*, in *Journ. law. eco.*, 1998, vol. 41, no. 2, part 2, p. 805-820. In Italia il *Market model* è disciplinato rispettivamente: dall'art. 27, co. 5, cod.c.e. secondo cui «*I diritti di uso delle frequenze radio e dei numeri sono rilasciati mediante procedure aperte, obiettive, trasparenti, non discriminatorie e proporzionate. Nel caso delle frequenze radio il Ministero, nel rilasciare i diritti, precisa se essi siano trasferibili su iniziativa del detentore degli stessi e a quali condizioni, conformemente all'articolo 14. Una deroga ai requisiti per le procedure aperte può essere applicata quando il rilascio di diritti individuali d'uso delle frequenze radio per la diffusione di contenuti radiofonici o televisivi è necessario per conseguire un obiettivo*

al controllo e gestione da parte della P.A., potevano essere assegnati in modi differenti.

In particolare, con riferimento proprio alle modalità di assegnazione, si assiste alla progressiva introduzione di metodologie quali il *First-come first-served*, utilizzabile quando non vi è una scarsità di risorse; l'asta; il *beauty contest* e il meccanismo dei prezzi incentivanti, c.d. *Administrative Incentive Pricing (AIP)*.

A ben vedere però, i metodi più utilizzati in questo nuovo contesto di

di interesse generale conforme alla normativa dell'Unione europea.»; il co. 5 bis, dispone che «Al momento del rilascio dei diritti d'uso, il Ministero specifica se tali diritti possono essere trasferiti dal titolare e a quali condizioni. Nel caso delle frequenze radio, tali disposizioni sono conformi agli articoli 14 e 14-ter del Cod. CE.»; nonché dal co. 7 del medesimo articolo, secondo cui «Alle procedure di selezione competitiva o comparativa per la concessione di diritti individuali di uso delle frequenze radio si applicano le disposizioni dell'articolo 29». Ed infine, fondamentale è anche l'art. 29, secondo cui «1. Quando debba valutare l'opportunità di limitare il numero dei diritti di uso da concedere per le radiofrequenze oppure di prolungare la durata dei diritti d'uso esistenti a condizioni diverse da quelle specificate in tali diritti, l'Autorità, tra l'altro: a) tiene adeguatamente conto dell'esigenza di ottimizzare i vantaggi per gli utenti e di favorire lo sviluppo della concorrenza e la sostenibilità degli investimenti rispetto alle esigenze del mercato, anche in applicazione del principio di effettivo ed efficiente utilizzo dello Spettro radio di cui agli articoli 14, comma 1, e 27, comma 6; b) concede a tutte le parti interessate, compresi gli utenti e i consumatori anche attraverso le associazioni, l'opportunità di esprimere la loro posizione, conformemente all'articolo 11; c) pubblica qualsiasi decisione di concedere solo un numero limitato di diritti d'uso o di limitare il rinnovo dei diritti d'uso, indicandone le ragioni; d) stabilisce procedure basate su criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori; e) riesamina tali limitazioni a scadenze ragionevoli o a ragionevole richiesta degli operatori interessati. 2. L'Autorità, qualora ritenga possibile concedere ulteriori diritti individuali di uso delle frequenze radio, rende nota la decisione ed il Ministero invita a presentare domanda per la concessione di tali diritti. 3. Qualora sia necessario concedere in numero limitato i diritti individuali di uso delle frequenze radio, il Ministero invita a presentare domanda per la concessione dei diritti di uso e ne effettua l'assegnazione in base a procedure stabilite dall'Autorità. Tali criteri di selezione devono essere obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori e devono tenere in adeguata considerazione gli obiettivi di cui all'articolo 13 e le prescrizioni di cui all'articolo 14 del Codice. 4. Qualora sia necessario ricorrere a procedure di selezione competitiva o comparativa, il Ministero, su richiesta dell'Autorità, proroga il periodo massimo di sei settimane di cui all'articolo 27, comma 8, nella misura necessaria per garantire che tali procedure siano eque, ragionevoli, pubbliche e trasparenti per tutti i soggetti interessati, senza superare, in ogni caso, il termine di otto mesi. 5. I termini di cui al comma 4 non pregiudicano l'eventuale applicabilità di accordi internazionali in materia di uso delle frequenze radio e di coordinamento delle posizioni orbitali dei satelliti. 6. Il presente articolo non pregiudica il trasferimento dei diritti di uso delle frequenze radio in conformità all'articolo 14-ter. 7. In caso di procedure di selezione competitiva o comparativa di particolare rilevanza nazionale, l'Autorità può sottoporre al Ministro dello sviluppo economico la proposta, da trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, di costituzione di un Comitato di Ministri incaricato di coordinare la procedura stessa, in particolare per quanto attiene al bando ed al disciplinare di gara».

Market Model saranno l'asta⁴⁰ e poi il *beauty contest*⁴¹, in ragione dei risultati economici e non, che queste metodologie allocative da sempre garantiscono.

Con il tempo però, si notò che l'efficienza e il massimo profitto dello Spettro perduravano fintanto che lo stesso veniva utilizzato da chi lo valutava maggiormente. Tale circostanza era però in netto contrasto con le descritte modalità allocative in considerazione della loro ontologica rigidità. E' ben vero che si era passati ad un regime di circolazione sicuramente più elastico rispetto a quello originario, caratterizzato dalle concessioni, ma è anche vero che, una volta assegnata la frequenza ad un determinato soggetto, non era poi stata prevista la possibilità per quest'ultimo, laddove non fosse più interessato a sfruttare le potenzialità di tale risorsa, di cederla autonomamente⁴².

In sostanza il sistema si dimostrava ancora una volta eccessivamente rigido.

Il legislatore comunitario, al fine di scongiurare il rischio di un congelamento di una risorsa così preziosa, ha ritenuto opportuno ammettere pro-

40 In Gran Bretagna l'asta viene impiegata per la prima volta nel marzo-aprile del 2000. Grazie a questa assegnazione, avente ad oggetto cinque licenze per supportare lo standard 3G nella telefonia mobile, la *Radiocommunications Agency* incassa circa £ 22.5 miliardi (EUR 38.3 miliardi). La tipologia prescelta è l'ascendente simultanea, simile a quella utilizzata negli Stati Uniti, con la differenza però per i concorrenti possono ottenere solo una licenza. Cfr. OFCOM, *Spectrum Framework Review: Implementation Plan* in, <http://stakeholders.OFCOM.org.uk/consultations/sfr/>: « (...) A further important step was taken in 2000, with the first use of an auction in the UK to allocate Spectrum to particular users. ». Sul punto, v. *amplius* BINMORE, KEN, KLEMPERER, *The Biggest Auction Ever: the Sale of the British 3G Telecom Licences*, in *Eco. Journ.*, 2001, 112 (478): C74-C96; NATIONAL AUDIT OFFICE, *Radiocommunications Agency: The Auction of Radio Spectrum for the Third Generation of Mobile Telephones*, in <http://www.nao.org>, 2001, p. 10 ss.; CRAMTON, *Lessons Learned from the UK 3G Spectrum Auction*, in <http://www.cramton.umd.edu/papers2000-2004/01nao-cramton-report-on-uk-3g-auction.pdf>, secondo cui «In April of 2000, the Radiocommunications Agency of the United Kingdom completed its first Spectrum auction, raising £22.5 billion for five third-generation (3G) mobile wireless licenses. This paper assesses how well the UK 3G Spectrum auction did in achieving the Government's objectives». Si consideri che negli USA la prima volta che viene utilizzata l'asta è il 1994.

41 Si pensi che in GB il *beauty contest* è stato utilizzato per l'assegnazione delle frequenze 2G. A ben vedere però questa metodologia non ha convinto pienamente, tant'è che la *Radiocommunications Agency*, durante la predisposizione del piano di assegnazione delle licenze 3G, ha affermato che «Government should not be trying to judge who will be innovative and successful», in <http://www.nao.org>. Dal canto suo OFCOM definisce invece il meccanismo del *beauty contest* come una metodologia che crea situazioni di favoritismo ingiustificato e corruzione, in <http://www.OFCOM.org.uk/static/archive/Spectrumbauctions/documents/faq2.htm>. In dottrina si veda *amplius*: CAVE, *Market-based methods of Spectrum management in the UK and the European Union*, in *Telecommunications Journal of Australia*, 2008, vol. 58, p. 2; GANS, KING, WRIGHT, *Wireless Communications*, in *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 2, Amsterdam, 2005.

42 Cfr. 4° *considerando* della Decisione n. 243/2012/UE, c.d. Decisione Spettro Radio, modificativa di quella del 2002, secondo cui «È opportuno adottare un nuovo approccio economico e sociale per quanto riguarda la gestione, assegnazione e l'uso dello Spettro radio».

gressivamente⁴³ la possibilità sia di vendere/affittare le frequenze (*Spectrum Trading*), sia di prevedere la possibilità di modificare la destinazione d'uso delle stesse al fine di ottenerne il massimo profitto, se pur con limiti ben definiti.

Tale iniziativa sembrava essere un valido strumento per accrescere la flessibilità della gestione dello Spettro, favorendo l'assegnazione delle frequenze a chi era in grado di estrarne il massimo valore economico⁴⁴.

3.b. Un caso pratico: l'attività di vigilanza in sede di *Spectrum Trading* ex art. 14 ter cod.c.e.

Individuati l'oggetto dell'attività di vigilanza (le diverse fasi di circolazione delle radiofrequenze) e i soggetti chiamati a vigilare in Italia (AGCOM, MiSE e AGCM), vediamo ora come tale attività si realizzi nel caso specifico dello *Spectrum Trading*, in ragione dell'importanza che tale modalità allocativa secondaria ha acquisito progressivamente negli ultimi tempi.

Come anticipato, tale tecnica attributiva secondaria è regolata dall'art. 14 ter cod.c.e., e segnatamente dai commi II, II, IV, V e VI.

In particolare, il comma II pone una netta distinzione tra l'ipotesi di trasferimento dei diritti d'uso delle frequenze con limitata disponibilità di banda e assegnate ad un numero predeterminato di operatori (quella in esame), e l'ipotesi del trasferimento dei diritti d'uso riguardanti le altre frequenze, assoggettate invece alla disciplina ex art. 25, co. 8, cod.c.e.⁴⁵.

43 I riferimenti normativi sono le Direttive 2002/21/CE e 2009/140/CE. Per una puntuale ricostruzione storica si veda: CAVE, *Review of Radio Spectrum Management. An independent review for Department of Trade and Industry and HM Treasury*, in http://www.ofcom.org.uk/static/archive/ra/Spectrumreview/2002review/1_whole_job.pdf; OFCOM, *Spectrum Framework Review: Implementation Plan*, in <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/sfr/>.

44 Cfr. Considerando n. 14 della Decisione n. 243/2012/UE, secondo cui «*Lo scambio di diritti d'uso dello Spettro radio combinato con condizioni d'uso flessibili potrebbe rivelarsi molto positivo per la crescita economica. Pertanto, le bande per le quali il diritto dell'Unione ha già introdotto una certa flessibilità d'uso dovrebbero immediatamente poter essere oggetto di scambi conformemente alla Direttiva 2002/21/CE.*»: in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=L:2012:081:0007:0017:IT:PDF>.

45 Art. 25, co. 8, cod.c.e. «*Una autorizzazione generale può essere ceduta a terzi, anche parzialmente e sotto qualsiasi forma, previa comunicazione al Ministero nella quale siano chiaramente indicati le frequenze radio ed i numeri oggetto di cessione. Il Ministero entro sessanta giorni dalla presentazione della relativa istanza da parte dell'impresa cedente, può comunicare il proprio diniego fondato sulla non sussistenza in capo all'impresa cessionaria dei requisiti oggettivi e soggettivi per il rispetto delle condizioni di cui all'autorizzazione medesima. Il termine è interrotto per una sola volta se il Ministero richiede chiarimenti o documentazione ulteriore e decorre nuovamente dalla data in cui pervengono al Ministero stesso i richiesti chiarimenti o documenti.*».

Come osservato da autorevole dottrina⁴⁶, le due disposizioni in esame destano non poche perplessità circa i rispettivi ambiti applicativi.

La soluzione preferibile a tali incertezze sembra però essere quella che fonda le proprie argomentazioni su un'attenta interpretazione delle due fattispecie. Si è infatti osservato che la cessione dell'autorizzazione generale, come anche dei diritti d'uso delle frequenze, non è subordinata ad alcun provvedimento autorizzatorio e produce effetto dalla comunicazione al Ministero il quale, a seguito della comunicazione di cessione, ed entro i sessanta giorni successivi, deve verificare la sussistenza in capo al cessionario dei requisiti necessari per lo svolgimento dell'attività oggetto di autorizzazione, compiendo un esame analogo a quello *ex art. 25, co. 4*, per l'ipotesi dell'avvio di attività. Se la verifica ha esito negativo, il Ministero dispone, a carico del cessionario, il divieto di prosecuzione dell'attività.

Invece, nell'ipotesi in cui il cedente intenda trasferire anche i diritti individuali d'uso delle numerazioni e delle frequenze derivanti da provvedimenti di rilascio *ex art. 27 co. 5 del cod.c.e.*, e per i quali (relativamente alle frequenze) non sia stata disposta la limitazione del numero *ex art. 29*, il trasferimento è subordinato ad un provvedimento del Ministero, che dovrà pronunciarsi entro i 60 giorni successivi alla relativa istanza. Il Ministero, dal canto suo, dovrà valutare la sussistenza in capo al cessionario dei requisiti per il rispetto delle condizioni dei diritti d'uso oggetto di cessione.

Continuando, i co. 3 e 4 conferiscono a MiSE e AGCOM il potere discrezionale di rivedere le condizioni di utilizzo dei diritti d'uso ceduti. In particolare, il comma 4 riconosce il capacità di vietare il trasferimento/affitto dei diritti ottenuti *ab origine* a titolo gratuito. Tale limitazione è stata introdotta nel nuovo testo dell'*art. 14-ter*, in ottemperanza a quanto disposto dal d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, che così recita: «*Resta fermo il potere del Ministero e dell'Autorità di stabilire le condizioni di assegnazione dei diritti individuali d'uso delle frequenze, anche disponendo il divieto di trasferimento e affitto dei diritti d'uso eventualmente ottenuti a titolo gratuito*». In sostanza, la disposizione è rivolta a tutti i soggetti che nel processo di transizione dall'analogico al digitale, hanno ottenuto il rilascio di diritti d'uso delle radiofrequenze a titolo gratuito, c.d. eredità analogica. La scelta non sembra sbagliata.

Se così non fosse, si creerebbero delle posizioni di squilibrio, ove alcuni operatori potrebbero trarne rilevanti vantaggi pur non avendo pagato alcun corrispettivo, rispetto ad altri tenuti a sborsare ingenti somme per ottenere detti diritti d'uso.

Il comma 5 pone a carico solo del cedente l'obbligo di notificare al Ministero e all'AGCOM l'intenzione di effettuare un *trade*. La notifica apre poi

46 Cfr. CLARICH, BOSO CARETTA, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle Comunicazioni Elettroniche*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 414 ss.

un procedimento cui partecipano AGCOM, MiSE e AGCM. In estrema sintesi, AGCOM, secondo le procedure stabilite nell'accordo di collaborazione siglato nel 2004⁴⁷, verifica che il trasferimento non falsi la concorrenza.

Il trasferimento è poi efficace solo previo assenso del Ministero che, sentita l'AGCOM, comunica, entro novanta giorni, l'eventuale nulla osta all'operazione, ovvero i motivi che ne giustificano il diniego. È quindi possibile qualificare il nulla osta alla stregua di una *condicio iuris* di efficacia del negozio giuridico.

L'impresa subentrante ha infine l'ulteriore onere di notificare al Ministero una comunicazione che attesti che il trasferimento/affitto è avvenuto nel termine di sessanta giorni dal rilascio del nulla osta.

Il secondo periodo del co. 5, diversamente dalla precedente formulazione⁴⁸, ha riconosciuto la possibilità di modificare l'utilizzo delle radiofrequenze affittate/cedute, a seguito del recepimento del "Principio di Neutralità Tecnologica". Le frequenze non sono più oggetto di un rigido utilizzo ma, in ragione di detto principio, possono essere impiegate per qualsiasi genere di servizio, purché venga rispettato l'uso armonico, a monte, dello Spettro. La *ratio* è evidente. Essendo ormai pacifico come le frequenze siano risorse polifunzionali, in ragione della loro composizione tecnica, tale peculiarità deve essere sfruttata nel miglior modo possibile dai titolari dei diritti d'uso, in modo da conseguirne la maggiore efficienza economica e di impiego.

Il comma 6 dispone che, solo all'esito della verifica di AGCOM e AGCM circa eventuali profili di concorrenza falsata, MiSE potrà rilasciare la propria autorizzazione. E, se ritenuto necessario, sempre al fine di non falsare la concorrenza, sarà possibile apporre delle specifiche condizioni all'utilizzo dei diritti d'uso. Il comma in esame è quindi la conferma testuale di quanto già osservato nel paragrafo precedente circa il rapporto di stretta collaborazione dei tre Organismi preposti alla vigilanza dello Spettro.

Ebbene, a parere di chi scrive permangono però nel sistema analizzato una serie di "ombre".

47 Protocollo d'intesa siglato il 28 gennaio 2004 tra AGCOM E AGCM, e ancora vigente relativamente a tale fattispecie; l'art. 2 di detto protocollo dispone: «1. In seguito alla notifica da parte di un operatore dell'intenzione di trasferire i diritti d'uso delle radiofrequenze, ai sensi dell'articolo 14, comma 4, del Codice, l'AGCOM accerta l'incidenza dei predetti trasferimenti sull'assetto concorrenziale del mercato. All'esito della predetta verifica, l'AGCOM invia uno schema di parere, comprensivo delle eventuali condizioni proposte, all'AGCM ai fini dell'adozione del parere di cui all'articolo 14, comma 5, del Codice.2. Ferme restando le proprie competenze in materia di controllo delle concentrazioni ex legge n. 287/90, l'AGCM rende il parere di cui al comma precedente entro trenta giorni dalla richiesta; la decorrenza del termine può essere interrotta per una sola volta per esigenze istruttorie. Si applica l'articolo 1, comma 4, del presente accordo. 3. Acquisito il parere dell'AGCM, l'AGCOM comunica al Ministero delle comunicazioni le risultanze della verifica effettuata, con l'indicazione delle eventuali condizioni da apporre all'autorizzazione», in http://www2.AGCOM.it/provv/AGCOM-agcm_accordo.htm.

48 Il previgente e corrispondente co. 5 dell'art. 14 cod.c.e. disponeva che «(...) i trasferimenti suddetti non possono comportare un cambiamento dell'utilizzo di tali radiofrequenze».

In primo luogo perché né AGCOM e né tantomeno MiSE hanno ritenuto opportuno adottare regolamenti attuativi, che esplicassero concretamente come effettuare il *transfer* e il *lease*. Vi è conseguentemente una totale incertezza circa le modalità negoziali utilizzabili, dal momento che il testo normativo si limita infatti ad un generico riferimento ai termini “trasferire” e “affittare”.

Nemmeno per gli aspetti formali da adottare vi sono precise indicazioni, nonostante l’espressa previsione di fasi che richiedono precisi formalismi come appunto al richiamato comma.

Sorge quindi spontaneo chiedersi come si possa rendere pubblico l’assenso (nulla osta) del MiSE; ovvero come si possa pubblicizzare e rendere opponibile ai terzi un ipotetico *transfer/lease*.

Ma non solo, già da una prima lettura superficiale è assolutamente evidente come l’intero procedimento si caratterizzi per un’eccessiva “macchinosità”. È, infatti, necessaria un’autorizzazione amministrativa espressa; il procedimento è assoggettato ad una verifica da parte di tutti i potenziali interessati (MiSE, AGCOM e AGCM); permane pur sempre un vincolo di destinazione nell’utilizzo delle radiofrequenze, imposto a livello comunitario, al di là del carattere polifunzionale di questa risorsa; l’impresa subentrante deve a sua volta notificare al Ministero l’avvenuto trasferimento, ecc.

Tutte scelte prive di qualsivoglia fondamento logico, soprattutto alla luce della *ratio* dell’istituto che si ricorda essere quello di evitare o quantomeno ridurre le lungaggini burocratiche tipiche delle metodologie allocative primarie.

Individuate tali criticità e rinviando alle conclusioni per fornire alcuni spunti risolutivi pratici, possiamo ora ad analizzare un diverso modello di vigilanza che, forse, meriterebbe di essere maggiormente considerato dai nostri organismi di settore, quantomeno in considerazione dei risultati conseguiti e dell’esperienza maturata. Ci si riferisce perciò al caso della Gran Bretagna.

4 Chi vigila sulle radiofrequenze in GB?

La vigilanza sulle radiofrequenze in GB è oggi affidata ad un unico organismo: OFCOM, nato dalla fusione di altri cinque organi⁴⁹ e contemporaneamente incaricato della gestione, regolamentazione, assegnazione⁵⁰ e rila-

49 Tali sono: la *Broadcasting Standards Commission*; la *Independent Television Commission*, l’*Office of Telecommunications (OFTEL)*, la *Radio Authority* e la *Radiocommunications Agency*. Si consideri che inizialmente l’OFCOM è stata istituita dal *Office of Communications Act* del 2002 e poi dotata di pieni poteri attraverso il *Communications Act* del 2003.

50 Ex *section 14* WTA, OFCOM determina: la regolamentazione delle aste e/o *beauty contest* (compreso il potere di scegliere le tipologie) e relativa procedure; il metodo di pagamento;

scio delle *licences* per l'utilizzo dello Spettro, finalizzato alle trasmissioni televisive e radiofoniche, alla trasmissioni di telefonia mobile, reti private di comunicazione, dispositivi *wireless* e così via; nonché responsabile dello sviluppo e pubblicazione del Piano di autorizzazione delle frequenze (*UK Frequency Authorisation Plan*)⁵¹. Più nel dettaglio, ai sensi dei *Communications Act* del 2003 e *Wireless Telegraphy Act* (WTA) del 2006, OFCOM svolge sia la parte preliminare all'assegnazione e sia assegna concretamente le licenze. Fondamentale è poi la funzione di Garante della concorrenza nel settore di afferenza, con l'espressa facoltà di adottare le tipiche forme rimediali del sistema *antitrust*.

Ciò che suscita particolare interesse sono i modernissimi sistemi di vigilanza adottati da OFCOM. Ci si riferisce in particolare allo *Spectrum Information System* (SIS), un *data base* disponibile *online*, che dà informazioni sulle *licences* commercializzabili. Attraverso questa risorsa si accede poi anche ad altri tre registri *online*.

Il primo è l'*UK Plan for Frequency Authorisation* (UKPFA), che fornisce dati sulle frequenze disponibili per l'assegnazione; indica gli scopi per cui le diverse frequenze sono state assegnate e se queste possono essere scambiate. La sua consultazione può avvenire sia per gamma di frequenza che settore della licenza/classe. Inoltre, è possibile affinare la ricerca per includere solo lo Spettro negoziabile.

Il secondo è il *Wireless Telegraphy Act Register* (WTR), che individua i soggetti che hanno diritto di trasmettere in base ad una licenza in specifiche frequenze o aree geografiche, nonché i singoli titoli negoziabili (es: nomi dei contatti e dettagli di indirizzo, la classe di licenza, la banda (e) di frequenze e se del caso, l'area geografica di attività). La ricerca può essere effettuata in base alla frequenza, al numero di licenza, all'area geografica di interesse, oppure combinando questi elementi. Peculiare è la possibilità di limitare l'indagine ad una specifica area geografica utilizzando direttamente la mappa fornita sul sito⁵².

Infine vi è il *Trade Notification Register* (TNR), che raccoglie tutti i dati sulle licenze commercializzate o in procinto di esserlo. La pubblicazione di questi dati consente agli interessati di conoscere il numero di transazioni che hanno avuto luogo e lo Spettro che viene scambiato. Nel

la scelta circa necessità di una cauzione e i termini, e le limitazioni a cui le licenze saranno sottoposte.

51 In origine la gestione delle radiofrequenze civili era affidata alla *Radiocommunications Agency*, la quale rilasciava le licenze dietro parere positivo del *Secretary of State of Trade and Industry* secondo quanto stabilito dal *Wireless Telegraphy Act* del 1949. Oggi invece il WTA specifica che la *United Kingdom's Frequency Allocation Table* deve essere prodotta dall'OFCOM per conto del *Cabinet Office Committee nel UK Spectrum Strategy*. Cfr. I. LLOYD, IAN LLOYD LEGAL SERVICE LTD, *Wireless Telegraphy: licensing*, in <http://westlaw.co.uk>.

52 L'accuratezza del registro non è comunque garantita dall'OFCOM.

dettaglio, il TNR⁵³ indica se OFCOM ha dato il consenso al trasferimento e, al termine, la data di completamento dello stesso. Se il *trade* non viene completato, il TNR sarà aggiornato per riflettere questo *status*. Parallelamente segue anche l'aggiornamento del WTR, per riflettere eventuali partecipazioni detenute nelle nuove licenze rilasciate. Determinate le diverse competenze di OFCOM, possiamo ora ad analizzare il sistema adottato da tale *Authority* nel peculiare caso dello *Spectrum Trading*, ritenendolo un modello sicuramente virtuoso per i motivi che di seguito si esporranno.

4.a. L'attività di vigilanza di OFCOM in sede di *Spectrum Trading*

La commercializzazione dello Spettro in GB è regolata dal coordinamento tra il *Communications Act* del 2003⁵⁴ e il *Wireless Telegraphy Act* del 2006. Mentre, per quanto concerne la parte attuativa, il *transfer*⁵⁵ è oggi disciplinato dal *Wireless Telegraphy (Spectrum Trading) Regulations 2012* No. 2187, entrato in vigore il 13 settembre 2012, che ha semplificato notevolmente il precedente *Regulations* del 2004, ampliando la gamma di frequenze commercializzabili.

Infatti, dagli studi condotti⁵⁶ era risultato come il "primo" *Spectrum*

53 Quanto alle modalità di consultazione, nel TNR si possono effettuare ricerche in base alla data in cui è stata presentata la posposta di *trade*, oppure con riguardo alla data in cui il *trade* ha avuto luogo, per nome degli acquirenti e/o dei venditori o per tipo di licenza. Sono altresì disponibili i dettagli delle operazioni: in corso, già concluse, parziali o totali.

54 Ex *Section 168* del *Communication Act* del 2003.

55 Il *transfer* di diritti e doveri relativi ad una licenza *Public Wireless Network (PWN)* è regolato separatamente dal *Wireless Telegraphy (Mobile Spectrum Trading) Regulations 2011*. Questo regolamento è molto simile al *General Trading Regulations* ma include alcune previsioni specifiche ulteriori. Sul punto, si rinvia al testo ufficiale reperibile nel *website* di OFCOM. La cessione dello Spettro gestito dalla *Crown* è invece regolata dal *Wireless Telegraphy (Recognised Spectrum Access and Licence)* e dallo *Spectrum Trading Regulations* del 2009, n. 17, in <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/17/contents/made>.

56 In generale hanno analizzato il procedimento di *transfer* i seguenti Autori: PAREKH, *The Spectrum challenge*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2006, vol. 12, n. 2, p. 41 ss.; AKALU, DIAZ ARIAS, *Assessing the policy of Spectrum Trading in the UK*, in *Info*, 2012, vol. 14, n. 1, p. 36 ss.; FLANAGAN, *Spectrum management*, in *Telecommunications law and regulation*, 2013, a cura di I. Walden, p. 393; mentre con specifico riguardo alle luci ed ombre del previgente sistema si veda, *amplius*: CAVE, *op. cit.*; AKALU, *Why there have been so few Spectrum trades in the UK: lessons for Europe*, in *Info*, 2010, vol. 12, n. 1, p. 10 ss.; FREYENS, YEROKHIN, *Allocative Vs technical Spectrum efficiency*, in *Telecommunications Policy*, 2011, 35, p. 291, secondo cui: «*Other countries such as Australia and the United Kingdom have taken similar approaches but results have been less encouraging than in the US for several bands, including the 2.3 GHz band discussed in the previous section*».

*Trading*⁵⁷ avesse avuto scarso successo anche, e soprattutto, per ragioni procedurali.

Effettivamente, nella versione iniziale del 2004, il *transfer* prevedeva sei *steps* ai fini della validità dello stesso; nonché l'obbligo del preventivo rilascio del consenso da parte di OFCOM, previa valutazione nel merito della domanda.

Quanto al *lease*, si osserva come sia oggetto anch'esso di apposito regolamento e più in particolare ci si riferisce all'*Electronic Communications and Wireless Telegraphy Regulations 2011* (SI 2011/1210)⁵⁸, che ha attuato l'art. 9 b della Direttiva Quadro 2002/21/CE, così come recentemente rivista dalla Direttiva 2009/140/CE.

4.b. La vigilanza in sede di *transfer* oggi

Secondo la vigente normativa richiamata nel precedente paragrafo, una volta che le condizioni contrattuali sono state concordate tra le parti, il cedente deve fornire ad OFCOM, previa compilazione di un apposito modulo prestampato, le seguenti informazioni: il numero di riferimento della licenza oggetto di *transfer*; i nomi e gli indirizzi rispettivamente dell'originario licenziatario (o dei *concurrent* licenziatari) e del potenziale cessionario; una descrizione del tipo di trasferimento prescelto tra quelli autorizzati (*outright/concurrent/partial*, ecc.); un documento siglato da o per conto del titolare, (o da ciascun *concurrent* titolare) della licenza e da o per conto del cessionario, in base al quale ciascuno di tali soggetti garantisce all'OFCOM di aver prestato il proprio consenso a tale accordo di trasferimento. Nel caso poi di un *partial transfer* è altresì necessario specificare i diritti e gli obblighi oggetto di cessione.

Controllata la documentazione, non tanto nel merito, quanto solo da un punto di vista formale, OFCOM pubblica un avviso sul TNR indicante: i nomi del titolare della licenza (o dei titolari concorrenti) e del cessionario; la data in cui sono stati verificati tutti i requisiti prescritti; la classe e il numero di riferimento della licenza oggetto di *transfer*; e nel caso di trasferimento parziale, la descrizione dei diritti per cui si è proposta la richiesta di autorizzazione al trasferimento. Il *transfer* è quindi «*effected*».

In concreto, una volta che l'originario licenziatario ha "riconsegnato" la propria licenza, OFCOM provvede a rilasciarne una nuova al cessionario. Più nello specifico, l'operazione si ritiene completata, nel caso di *concur-*

57 Nel marzo 2007 emerse che dall'introduzione della procedura erano stati effettuati solo 18 *trades*. Per un'accurata analisi della situazione si veda AKALU, *op. cit.*, p. 10 ss.

58 *Electronic Communications and Wireless Telegraphy Regulations 2011* (SI 2011/1210), in http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/1210/pdfs/ukxi_20111210_en.pdf.

rent transfer, quando la licenza viene assegnata al cessionario e al cedente e/o a tutti i *concurrent licence's holders* (vecchi e nuovi); è invece effettivo il *partial transfer* quando la licenza viene assegnata oltre che al cedente anche al titolare (ai *concurrent transfers*) che hanno posto in essere il *transfer*. Sulla matrice del precedente procedimento⁵⁹, è data ancora la possibilità ad OFCOM di bloccare, in qualsiasi momento, il *transfer* qualora vi siano «*circumstances in which a transfer is not authorised*», ovvero qualora uno, tra il licenziatario, o uno dei *concurrent holders*, o il cessionario stesso, non abbia acconsentito al trasferimento, o vi siano dei pagamenti in sospeso da effettuare o rate già scadute ma non ancora non saldate⁶⁰.

Da un punto di vista pubblicitario, tutte le informazioni relative ai nomi delle parti, all'oggetto e ai diritti ceduti, nonché lo *status* dell'operazione vengono pubblicate sul TNR⁶¹.

4.c. La vigilanza in sede di *lease*

Diversamente dal *transfer*, il *lease* è soggetto ad un minore grado di controllo.

Infatti, con riferimento alla tipologia negoziale non sono prescritti particolari vincoli a cui le parti si devono uniformare, né da un punto di vista della tipologia di *lease*, e nemmeno rispetto ad ipotetici procedimenti da

59 Il precedente *Spectrum Trading Regulations* del 2004, *ex regulation* 9, imponeva ad OFCOM la valutazione anche di una serie ulteriore di fattori, come ad esempio: se il titolare era, o i titolari concorrenti erano, in contrasto con i termini della licenza in base al quale i diritti e gli obblighi dovevano essere trasferiti; se il cessionario fosse in grado di soddisfare i termini, le disposizioni e le limitazioni della licenza oggetto di cessione. In caso di trasferimento parziale, si verificava che il cedente fosse in grado di soddisfare i termini, le disposizioni e le limitazioni della licenza che doveva essere rilasciata a seguito del trasferimento. Ed ancora, si vagliava se il cessionario fosse stato in grado di soddisfare i criteri di ammissibilità relativi alla classe di licenza da trasferire. Erano, infatti, motivi di rigetto anche: gli eventuali interessi di sicurezza nazionale; l'eventuale necessità di conformarsi ad accordi/intese o obblighi internazionali ed Europei; il rispetto di obblighi imposti dal *Secretary of State of Trade and Industry*. Ma non solo, *ex section Regulation* 10, OFCOM poteva prestare il proprio consenso sotto condizione sospensiva.

60 Ed ancora, è possibile interrompere la procedura quando OFCOM abbia notificato l'intenzione di revocare o variare la licenza *de qua*, purché che tale modifica/variazione non sia ancora pervenuta; ovvero, nel caso in cui il titolare di licenza (o i titolari concorrenti) abbia/no richiesto ad OFCOM di revocare/variare la licenza, ovvero che abbia/no acconsentito alla variazione/revoca proposta direttamente da OFCOM, ma che l'attuazione della revoca/modifica non sia ancora avvenuta.

61 Secondo la previgente metodologia nel TNR, fino a quando non vi era il consenso espresso dell'OFCOM, appariva quale *status* «*Being processed*». Successivamente, lo *status* veniva aggiornato, prima con «*Consent granted*» seguito poi da «*Completed*». Questo ultimo *status* significava che il *transfer* era divenuto effettivo. Nel caso in cui il *transfer* non fosse stato autorizzato, o le parti avessero deciso di non continuare il *trade*, appariva lo *status* «*Transfer not completed*». Cfr. OFCOM, *Trading Guidance notes*, 2011, in <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/spectrum/spectrum-policy-area/spectrum-trading/tradingguide.pdf>.

seguire. Non è poi fissato l'obbligo di preventiva notifica ad OFCOM della proposta contrattuale.

Quanto agli obblighi delle parti, il *lease* deve essere stipulato per iscritto e solo a richiesta di OFCOM il contratto deve essere esibito per eventuali verifiche. È però onere delle parti prevedere una clausola per la risoluzione "rapida" e soddisfacente di eventuali controversie, pur essendo possibile l'intervento di OFCOM nel caso in cui le parti non riescano a dirimere la questione autonomamente.

Quanto al licenziatario, questo è tenuto ad informare l'affittuario sia dei termini e delle condizioni della licenza. In caso contrario, è possibile incorrere sia in sanzioni pecuniarie che nella chiusura della apparecchiature.

Il licenziatario deve poi garantire l'affittuario che l'uso delle apparecchiature radio sia conforme alle condizioni di licenza⁶².

Si consideri comunque che in via generale, il locatore rimane sempre il solo responsabile, nei rapporti esterni, di tutti gli obblighi previsti dalla licenza, compreso il pagamento del corrispettivo all'OFCOM, pur essendo possibile una diversa suddivisione, ma ad efficacia esclusivamente interna dell'onere retributivo.

Quanto al locatario, questo è tenuto a svolgere la propria attività rispettando i termini della licenza del locatore. In caso contrario, può costituire un reato penale ai sensi dell'articolo 8 della WTA.

Nel caso in cui un locatario causi, o si lamenti per un'interferenza, è obbligo del licenziatario attivarsi per eliminare eventuali problematiche. Solo in un secondo momento, qualora persista la problematica, OFCOM potrà intervenire⁶³.

Laddove si verificano i presupposti per la revoca⁶⁴ della licenza, (ad esempio per il mancato pagamento del corrispettivo) o sospensione (ad

62 Sono altresì obblighi del licenziatario: la tenuta di un registro degli affittuari ed eventuali sub-affittuari, (qualora sia consentito il sub-*leasing*) e fornire tempestivamente informazioni a richiesta di OFCOM. Anche in questi casi, il licenziatario può essere sanzionato, se inadempiente.

63 Nel caso in cui però emerga che la problematica è stata causata in prima persona dal locatore, ad esempio nella pianificazione dell'uso dello Spettro, vi saranno dei costi da coprire, come anche nel caso in cui risulti che la problematica derivi dall'installazione di apparecchi da parte del denunciante. In tal caso l'OFCOM può sanzionare sia il locatore che il locatario. Se invece emerge che è il locatario ad aver agito intenzionalmente o imprudentemente, in violazione delle condizioni di licenza, oppure causando interferenze dannose, commettendo quindi una violazione del *section 8 WT Act*, si potranno adottare provvedimenti nei suoi confronti.

64 La revoca o la variazione possono verificarsi per vari motivi, anche connessi alla volontà/colpa del titolare della licenza o per volere dell'OFCOM. Si pensi ad esempio alla possibilità che siano intervenuti cambiamenti negli obblighi internazionali o nelle indicazioni del *Secretary of State of Trade and Industry*. Tali eventi non dovrebbero essere frequenti, ma non per questo non vanno considerati. Non a caso, l'OFCOM suggerisce di effettuare sempre una *due diligence* per verificare che i diritti locati rientrano nei termini e nelle condizioni della licenza e che il licenziatario sia effettivamente autorizzato a concedere il *lease*.

esempio, se la gamma di frequenza o l'area di copertura viene ridotta o le condizioni tecniche sono alterate), le autorizzazioni dei locatari cessano e tale evenienza travolge anche l'efficacia dei contratti di locazione, che automaticamente si risolvono. I locatari devono quindi essere consapevoli che la legittimità del loro uso dipende dalla validità della licenza del locatore. Ed ancora, è previsto che nel caso in cui la licenza venga trasferita ad altro soggetto, il vecchio contratto di *lease* si estingue automaticamente e sarà quindi necessario stipularne un nuovo con il nuovo licenziatario. È però data la facoltà alle parti di concordare che il contratto di locazione venga assegnato (trasferito) al nuovo licenziatario quale parte integrante del procedimento di trasferimento.

5 In conclusione: il sistema di vigilanza italiano dello Spettro può dirsi virtuoso?

Per poter fornire una risposta completa all'ultimo quesito individuato, passiamo alla comparazione tra sistema di vigilanza italiano ed inglese.

Abbiamo visto come, in linea generale, l'oggetto sia sempre il medesimo, ovvero le diverse fasi di circolazione delle radiofrequenze. Pertanto l'attenzione si focalizzerà sul confronto tra gli Organismi preposti al controllo del settore e sulle metodologie utilizzate per vigilare sullo Spettro, soprattutto con un occhio di riguardo al caso del *trading*.

5.a. AGCOM Vs OFCOM

Già da un raffronto superficiale è chiaro come l'Autorità inglese, ai sensi dei *Communications Act* del 2003 e *Wireless Telegraphy Act* del 2006, sia dotata di pieni ed autonomi poteri decisionali relativamente alla gestione, regolamentazione, assegnazione⁶⁵ e rilascio delle licenze per l'utilizzo dello Spettro, al punto che è anche il Garante della concorrenza nei settori sottoposti al suo controllo.

Non sussiste quindi alcuna competenza concorrente con altro organismo statale o para-statale. L'unica limitazione è la possibilità, a dir vero molto rara nella pratica, per il *Secretary of State for Culture, Media and Sport* di emanare delle *Directions* a cui l'OFCOM si deve adeguare.

Palese quindi è la distanza con la nostra AGCOM, dotata di un potere decisionale nettamente più limitato, considerato che, come ricordato in

⁶⁵ Ex *section 14* del WTA del 2006, OFCOM disciplina: la regolamentazione delle aste e/o *beauty contest* (compreso il potere di scegliere le tipologie) e relativa procedure; il metodo di pagamento; la scelta circa la necessità di una cauzione e i termini, e le limitazioni a cui le licenze saranno sottoposte.

precedenza, non è ad esempio di sua competenza il rilascio effettivo delle licenze, nè tantomeno l'indizione dei bandi di gara. In sostanza, la sua attività si limita alla scelta della metodologia allocativa più adatta, a seconda delle caratteristiche tecniche delle frequenze da assegnare, nonché alla supervisione della vari fasi della procedura.

Ed ancora, al di là del pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, anche in tema di analisi della concorrenza, abbiamo visto come il potere dell'*Authority* italiana sia assolutamente limitato e comunque sottoposto ad un obbligo di continua cooperazione con AGCM.

Solo OFCOM può quindi essere qualificato come vero organismo indipendente, convergente, autosufficiente e virtuoso come auspicato dal Legislatore Comunitario. Al contrario, AGCOM si trova ancora lontana anni luce dall'idea secondo cui l'operato della Autorità dovrebbe essere svolto in « *piena autonomia e indipendenza di giudizio e valutazione* »⁶⁶ al fine di evitare la subordinazione ai poteri dello Stato.

Pare quindi più che adatta la qualifica di Autorità « *Semi-indipendente* »⁶⁷ riconosciuta ad AGCOM da parte della dottrina italiana, che in più occasioni ha evidenziato la *non* indipendenza di questo organismo, anche in considerazione delle modalità selettive dei suoi componenti⁶⁸.

66 Art. 1, co. 1, l. n. 249/1997. Il testo riproduce la medesima formula di cui all'art. 2, co. 5, l. n. 481/1995. In dottrina, v. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002, p. 104.

67 Cfr. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.

68 Da un punto di vista organizzativo presenta delle peculiarità proprie e diverse rispetto alla gemella inglese. Infatti, è dotata di una struttura unitaria, ed è internamente composta da quattro organi, ciascuno titolare di specifiche competenze (il Presidente; la Commissione per le infrastrutture e le reti; la Commissione per i servizi e i prodotti; il Consiglio). Più nel dettaglio, ciascuna Commissione è organo collegiale costituito dal Presidente dell'Autorità e da due Commissari (in precedenza quattro). Il Consiglio è poi costituito dal Presidente e da tutti i Commissari. L'elezione dei quattro Componenti è prerogativa del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, che ne eleggono due ciascuno, cui poi segue la formale nomina con decreto presidenziale. In concreto, ciascun senatore e ciascun deputato esprime il voto indicando un nominativo per il Consiglio. In caso di morte, di dimissioni o di impedimento di un commissario, il Ramo del Parlamento competente procede all'elezione di un nuovo commissario, che resta in carica fino alla scadenza ordinaria del mandato dei componenti l'Autorità (sette anni). Invece, il Presidente dell'Autorità è nominato, sempre con decreto presidenziale, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con il Ministro delle comunicazioni (oggi MiSE). La designazione del nominativo è previamente sottoposta al parere delle competenti Commissioni parlamentari ai sensi dell'art. 2 della l. 14 novembre 1995, n. 481. Sul punto va infine preso atto che sono i regolamenti parlamentari a disciplinare in concreto le procedure di votazione, prevedendo che questa avvenga a scrutinio segreto, così da non rendere riconducibili le preferenze espresse a favore dei candidati eletti ad alcun parlamentare e ad alcuna forza politica a garanzia, tra l'altro, dell'indipendenza degli eletti. Al contrario, tutti i componenti di OFCOM, compresi il Presidente e Vicepresidenti, sono nominati dal *Secretary of State of Culture, Media and Sport*. Ciò nonostante, OFCOM è sottratta dall'influenza ed dal controllo governativo, dovendo rispondere annualmente del proprio operato solo al Parlamento, il quale effettua nei suoi riguardi anche un controllo di

Inoltre, rispetto all'organizzazione e distribuzione di competenze, il sistema italiano non può sicuramente considerarsi virtuoso poiché, a differenza di quello inglese, si caratterizza per un continuo accavallamento di competenze, che provocano inevitabilmente uno spreco di risorse e un'ingiustificata macchinosità delle procedure di circolazione delle frequenze.

In questo senso quindi sarebbe auspicabile una riforma sistematica di AGCOM al fine di renderla realmente indipendente, in modo da essere l'unico organismo della Convergenza Multimediale e preposto alla Vigilanza dello Spettro in Italia, in conformità a quanto richiesto dal legislatore europeo⁶⁹.

5.b. Osservazioni critiche sulla vigilanza in tema di circolazione delle radiofrequenze

Anche confrontando lo *Spectrum Trading* italiano con quello inglese, non si può che giungere alla medesima conclusione: il nostro sistema non è né virtuoso e né efficiente.

Infatti, senza alcuna reale motivazione, ad oggi non esiste nel nostro ordinamento un regolamento attuativo per il *trading* simile a quello predisposto dall'OFCOM. Questo elemento non può che essere considerato con estremo sfavore se si considera che gli studi condotti in Gran Bretagna⁷⁰ avevano proprio evidenziato come una delle cause ostative alla reale efficacia di questa metodologia andasse ricercata, tra l'altro, nella scarsa disciplina dell'istituto, che creava incertezza e titubanza sia per i venditori che per gli acquirenti, che non avevano alcun punto di riferimento normativo o comunque regolamentare certo. È noto a tutti, infatti, che un mercato non possa funzionare se non se ne conoscono i contenuti e i limiti.

Pertanto, questa scelta di voler rendere completamente incerta ed indefinita la procedura pare non corredata da alcuna motivazione logica condivisibile, se non il fatto che, ancora una volta, la PA italiana manifesta evidenti problemi di efficienza, soprattutto se comparata al sistema inglese.

Ed ancora, è indubitabile come il *trading* italiano si caratterizzi, alla luce delle osservazioni svolte nel paragrafo dedicato, per un'eccessiva macchinosità. Ci si riferisce in particolare alla necessità del nulla osta del MiSE, sentito il parere di AGCOM e del continuo rimpallo di notifiche da parte dei soggetti partecipanti, nonché della necessità del parere di una terza autorità, l'AGCOM appunto.

tipo finanziario. V. *amplius*, in tema di nomina dei componenti dei vari dipartimenti interni ad OFCOM, http://stakeholders.OFCOM.org.uk/binaries/international/OFCOM_intro.pdf.

69 Cfr. RANGONE, *Il codice delle Comunicazioni Elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1173.

70 Cfr. AKALU, *op. cit.*, p. 10 ss.

Anche in questo caso, l’Autorità italiana ha totalmente ignorato l’esperienza decennale della collega inglese che, originariamente, aveva anch’essa previsto il preliminare *consent*.

Fortunatamente, però dopo una prima tendenza negazionista, OFCOM ha preso atto che il *trading*, per com’era stato progettato, non poteva avere successo proprio in ragione dell’eccessiva macchinosità, tanto da spingere ad una semplificazione del previgente *Wireless Telegraphy (Spectrum Trading) Regulations* n. 3154/2004, al fine di invogliare maggiormente gli *users*. Quest’ultimo è stato quindi modificato dal nuovo *Regulations 2185/2012* attraverso cui, in primo luogo, è stato abolito il requisito del *consent* di OFCOM al *transfer*.

Ma non solo: sempre in un’ottica di semplificazione e velocizzazione, sono state rispettivamente eliminate la possibilità di richiedere integrazioni documentali, (*section 8 f*) nonché l’obbligo della preventiva pubblicazione di un avviso di proposta di *transfer* nel TNR a seguito del quale l’OFCOM poteva decidere se autorizzare o meno il *transfer* (*section 8, 3*). Ed ancora, sono state soppresse sia le “ulteriori circostanze” che potevano influenzare il consenso (*ex section 9-Consent by OFCOM*), sia la possibilità di condizionare sospensivamente il *transfer*, (*ex section 10-direction*). Per una maggiore trasparenza, il *Register Regulations* ha ampliato la possibilità per l’OFCOM di pubblicare nel *Wireless Telegraphy Register* certi tipi di informazioni ritenute “fondamentali”, anche in ordine alle nuove licenze trasferibili.

Infine, sempre per ridurre⁷¹ il controllo *ex ante* e quindi facilitare le operazioni, l’*Authority* stessa si è resa disponibile, previa presentazione di un *form*, debitamente compilato e disponibile sul sito web dell’ente, a fornire informazioni riguardo al titolare della licenza, (confermando se il titolo è stato rilasciato al titolare della licenza, o a tutti i titolari di licenze concorrenti), al corrispettivo della licenza ed all’eventuale sussistenza di una notifica al licenziatario di revoca o variazione, ovvero l’eventuale richiesta di revoca o di variazione da parte del titolare, o dei titolari in solido⁷².

Ancora una volta quindi non si è prestata attenzione all’esperienza inglese secondo la quale non è necessario il *Consent*, né tantomeno la preventiva notifica a titolo informativo, con un evidente risparmio in termini di tempo e di denaro per gli operatori di mercato.

Sussiste poi un controsenso logico laddove, pur essendo la procedura

71 Ed ancora, l’ANR fornisce informazioni circa l’autorizzazione o meno riconosciuta al licenziatario di concludere contratti di locazione. Alle medesime conclusioni si deve giungere con riguardo all’affitto.

72 *Schedule 1 paragraph 7* del *Wireless Telegraphy Act 2006*. Infatti, qualora sia stato notificato un avviso, (ad esempio un avviso di revoca o di variazione per motivi di gestione dello Spettro), la licenza è trasferibile fino a quando non venga notificato un formale e definitivo avviso di variazione.

soggetta ad uno stringente controllo da più parti, da un punto di vista pubblicitario, il *Trading* italiano è sicuramente carente rispetto a quello inglese. Si rammenti infatti il dato testuale dell'art 14 *ter* cod.c.e., secondo cui è imposto al cessionario di notificare l'avvenuta operazione nei termini al Ministero; mentre al secondo comma si legge che «*il trasferimento di tali diritti è efficace previo assenso del Ministero ed è reso pubblico*».

Nonostante tali limitazioni, il regolatore italiano non ha fornito alcuna indicazione su cosa sia oggetto di pubblicazione, ma soprattutto quali dovrebbero essere le modalità di tale pubblicità.

Quanto all'oggetto della pubblicità, da una prima lettura, sembrerebbe che sia tale «*l'assenso del Ministero*». Più tuzioristica sembra invece essere la soluzione per cui oggetto di pubblicità siano prima l'assenso e poi il trasferimento, per una questione di esaustività.

Quanto alla metodologia per rendere pubblico l'assenso e il trasferimento vi è incertezza assoluta. Allo stato attuale infatti esistono solo il ROC, il registro degli operatori di comunicazione⁷³ e il Catasto Nazionale delle Radio Frequenze⁷⁴, sezione speciale del ROC, che censisce le infrastrutture di diffusione operanti sul territorio e le classifica in modo da poterne poi valutare gli effetti dal punto di vista del servizio svolto e della situazione interferenziale.

Ma né il ROC e né il Catasto delle Radio Frequenze svolgono una funzione "pubblicitaria" anche solo lontanamente paragonabile al SIS di OFCOM; né tantomeno esiste una sezione simile al TNR, che raccoglie tutti i dati circa lo *status* delle proposte di trasferimento notificate all'OFCEM.

Anche in questo caso quindi il sistema pubblicitario dello Spettro italiano non può che essere ritenuto assolutamente inadeguato, anche in considerazione poi della recente decisione Spettro Radio 2012 (n. 24/2012/UE), ex art. 9, che ha previsto l'istituzione di un Inventario degli usi esistenti dello Spettro a fini sia commerciali che pubblici, ma di cui nel nostro ordinamento non vi è traccia⁷⁵.

73 Riservata esclusivamente alle infrastrutture di diffusione operanti sul territorio nazionale, gestito dalla AGCOM, che ha consentito di completare il primo censimento degli impianti radiotelevisivi finalizzato a pianificare le operazioni di transizione al sistema di trasmissione in tecnica digitale.

74 V. *amplius*: Cosa è il Catasto Nazionale delle Frequenze (CNF)?, in <http://www.agcom.it/default.aspx?message=contenuto&dcid=670>.

75 Si rammenti che la Decisione è un atto obbligatorio e nel caso di specie i destinatari erano tutti gli Stati Membri dell'UE. Sul punto si veda l'art. 9 della Decisione 243/2012/UE, secondo cui «*tale inventario è di competenza della Commissione Europea. Gli obiettivi sono quelli di permettere l'individuazione delle bande di frequenza per le quali l'efficacia degli usi esistenti dello Spettro radio potrebbe essere migliorata; aiutare a individuare le bande di frequenza che potrebbero essere adatte alla riassegnazione e le opportunità di condivisione dello Spettro radio al fine di sostenere le politiche dell'Unione stabilite nella presente decisione, al contempo tenendo conto delle esigenze future di Spettro radio basandosi, tra l'altro, sulla domanda dei*

È quindi innegabile il fatto che in Italia non esista ancora un sistema pubblicitario che si possa anche solo lontanamente paragonare all'esperienza inglese descritta.

A questo punto è compito dell'interprete cercare di colmare tali lacune, tentando di fornire delle soluzioni che permettano di ridurre gli evidenti *gaps*.

Una prima soluzione potrebbe essere l'iscrizione nel Registro delle Imprese *ex art. 2556 c.c.*, ma solo con riferimento alla pubblicità del trasferimento del provvedimento amministrativo (*rectius* licenza) che garantisce l'utilizzo del diritto d'uso. Si dovrebbe perciò aderire alla tesi più tradizionale secondo cui il provvedimento amministrativo può essere trasferito solo mediante cessione d'azienda o ramo d'azienda, ecc. È ben vero però che in tal modo si potrebbero tutelare i terzi ed eventuali conflitti tra più acquirenti, dal momento che l'iscrizione del trasferimento nel Registro delle Imprese è idonea a risolvere i conflitti solo per beni per i quali non sussistono regole specifiche a questo riguardo⁷⁶. Tutto ciò non sembra però sufficiente, soprattutto considerata l'importanza del tema.

La soluzione più semplice potrebbe essere un'integrazione di funzione del ROC, che non dovrebbe perciò limitarsi solo a censire gli impianti esistenti, ma anche ad attestare i vari passaggi dei diritti d'uso con conseguente valore di pubblicità dichiarativa, svolgendo quindi una funzione analoga a quella del PRA, visto che sempre di diritti su beni mobili si tratta.

A tale proposito è opportuno segnalare l'iniziativa di AGCOM di affidare alla Fondazione Bordini (FUB)⁷⁷, tra l'altro, una ricerca volta a realizzare

consumatori e degli operatori e della possibilità di soddisfare tali esigenze; aiutare ad analizzare i vari tipi di uso dello Spettro radio da parte degli utenti del settore pubblico e privato; aiutare a individuare le bande di frequenza che potrebbero essere assegnate o riassegnate per garantirne un uso più efficace, promuovere l'innovazione e rafforzare la concorrenza nel mercato interno, studiare nuove modalità di con divisione dello Spettro radio, nell'interesse degli utenti del settore pubblico e del settore privato, tenendo conto dei potenziali effetti positivi e negativi dell'assegnazione o riassegnazione di tali bande e di bande adiacenti su utenti esistenti. L'introduzione di un inventario degli usi attuali dello Spettro radio, unitamente ad un'analisi delle tendenze tecnologiche, delle esigenze future e della domanda di Spettro radio, in particolare comprese tra 400 MHz e 6 GHz, dovrebbe consentire di individuare le bande di frequenza la cui efficienza potrebbe essere migliorata e opportunità di condivisione dello Spettro radio a vantaggio del settore sia commerciale sia pubblico. La metodologia per l'elaborazione e il mantenimento di un inventario degli usi esistenti dello Spettro radio dovrebbe tenere debito conto degli oneri amministrativi imposti alle amministrazioni e dovrebbe puntare a ridurre al minimo tali oneri.».

⁷⁶ V. *amplius* CIAN M., *Commento sub art. 2556*, in *Commentario breve al codice civile*⁷, a cura di Cian G. e Trabucchi, Padova, 2010; COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto Commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1979, p. 41; MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto Commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2003, p. 74 ss.

⁷⁷ La Fondazione Ugo Bordini, nata nel 1952 in seno al Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni, è un'istituzione di ricerca soggetta alla vigilanza del MiSE e riconosciuta dalla l. n. 3/2003. La l. n. 69/2009 ne ha poi definito l'identità di organismo di diritto pubblico, riconosciuta di recente anche da un parere dell'Avvocatura dello Stato. Il nuovo statuto riba-

un inventario dello Spettro al fine di acquisire il quadro oggettivo del reale utilizzo delle frequenze a livello nazionale.

Come osserva AGCOM, «L'inventario dello Spettro radio può costituire la base per la realizzazione di una piattaforma che operi da repository delle informazioni relative all'utilizzo delle frequenze. Tale piattaforma potrebbe essere opportunamente sviluppata come estensione di basi di dati già esistenti, quali il Catasto nazionale delle frequenze, ai fini dell'ampliamento delle informazioni censite, delle funzionalità implementate e delle finalità perseguite. Le modalità di popolamento delle basi di dati devono essere opportunamente individuate e potranno prevedere anche l'aggiornamento periodico da parte degli operatori di rete. I dati raccolti grazie all'inventario dello Spettro radioelettrico potranno inoltre costituire il fondamento per una successiva e più ampia valutazione dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse frequenziali»⁷⁸.

Al di là però di questa isolata iniziativa, di cui peraltro non sono ancora rinvenibili i risultati, è clamoroso che in Italia non esista ancora un idoneo sistema pubblicitario dello Spettro.

5.c. Ricapitolando...

Rispondendo all'ultimo quesito individuato, ovvero se l'attuale sistema di vigilanza italiano possa considerarsi virtuoso è chiaro che, soprattutto a seguito dalla comparazione effettuata con l'omologo inglese, non si possa che fornire una risposta negativa.

Nonostante sia possibile, per un verso, comprendere la *ratio* di fondo di alcune scelte del nostro Regolatore, nel senso che, volenti o nolenti, si sta regolamentando e commercializzando un bene pubblico di notevole importanza, (e quindi lo Stato ritiene di dover controllare detta operazione), per altro verso, la disciplina attuale non è adeguata soprattutto se la riflessione viene svolta in un'ottica concorrenziale. Come evidenziato più volte, il sistema italiano si caratterizza da una sovrabbondanza di regolamentazione

disce il carattere di terzietà e indipendenza della Fondazione, attribuendole una *governance* pubblica che le consente di esercitare una funzione di supporto e consulenza in favore delle amministrazioni pubbliche e delle autorità indipendenti. FUB è pertanto in grado di coniugare attività di ricerca nel settore ICT e servizi di interesse pubblico, con ricadute nell'ambito della tutela del cittadino. Tra le convenzioni stipulate recentemente si segnalano quelle con il MiSE e con l'AGCOM; quelle con il Ministero della Giustizia, il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, il Ministero dell'ambiente, la Protezione Civile, il CNR, nonché quelle con le imprese a rete (ENI, ENEL, TERNA, Poste Italiane) e con le maggiori Università Italiane. Molti sono, inoltre, i *partner* europei con cui la Fondazione collabora nell'ambito di iniziative promosse dall'UE. Cfr. <http://www.fub.it/content/la-fondazione-ugo-bordoni>.

78 Delibera 707/2011/Cons, in http://www.agcom.it/default.aspx?message=visualizza_documento&DocID=7796, *Allegato C alla delibera n. 707/11/CONS*.

là dove non necessario, si pensi alle continue autorizzazioni richieste in fase di *trading*, e per l'assenza di disciplina dove necessario, in tal senso va intesa l'assenza di qualsivoglia indicazione circa le forme pubblicitarie del *trading* e le metodologie negoziali utilizzabili.

In ragione di ciò si auspica in primo luogo un maggiore confronto con i sistemi utilizzati da altri paesi Europei, in *primis* la GB, da cui trarre spunti propositivi.

In secondo luogo, sarebbe opportuna una profonda e repentina revisione sia rispetto all'attuale assetto di vigilanza e gestione dello Spettro attribuito al nostro paese, sia rispetto agli organismi preposti al controllo del settore, al fine di concentrare il più possibile in un unico organismo para-statale, (AGCOM) il potere di controllo e gestione, evitando continue ed inutili sovrapposizioni di competenze.

Ed ancora, si ritiene imprescindibile da un lato una radicale semplificazione del *trading ex art. 14 ter* cod.c.e., caratterizzato ora dalla presenza di innumerevoli autorizzazioni preliminari e controlli sovrabbondanti, e dall'altro l'istituzione di sistemi pubblicitari, ora inesistenti, ma assolutamente necessari.

Da un punto di vista pratico, perciò, sembrerebbe auspicabile mutuare dall'esperienza inglese l'idea di istituire Registri *ad hoc*, che garantiscano una pubblicità di tutti i diritti d'uso esistenti, nonché dell'esecuzione dei *trades*, il tutto in un'ottica di maggiore trasparenza anche in favore degli *stakeholders*; nonché la predisposizione di linee guida pratiche che possano essere di veloce comprensione per i potenziali cedenti/cessionari.

L'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli arbitri

Riflessioni e prospettive in tema di rinvio pregiudiziale

Marco Gregori

(Dottorando di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The paper investigates the connection between arbitration and preliminary ruling of the European Court of Justice (and relative issues) resulting from the jurisprudence of the Court itself, with the view to identify the critical aspects connected to the current regime, the remedies already suggested as well a possible alternative solution in the light of the contractual theory of arbitration.

Sommario 1. Arbitrato e diritto dell'Unione europea. – 2. Il rinvio diretto da parte degli arbitri nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. – 3. La posizione della Corte di Giustizia in riferimento agli arbitrati non "convenzionali". – 4. Profili problematici conseguenti a un'eventuale facoltà di rinvio da parte degli arbitri. – 5. Rimedi prospettati dalla Corte in ragione del diniego di rinvio pregiudiziale degli arbitri: il ruolo dei tribunali nazionali. – 6. Obbligo per gli arbitri di osservare il diritto dell'Unione. – 7. Una prospettiva alternativa di risoluzione delle incertezze interpretative sul diritto dell'Unione.

1 Arbitrato e diritto dell'Unione europea

L'arbitrato rappresenta uno dei più affermati metodi di risoluzione delle controversie internazionali. La sua rilevanza è ormai riconosciuta dalle legislazioni nazionali dei principali Stati europei che, traendo ispirazione in modo più o meno diretto dalla *Model Law on International Commercial Arbitration* predisposta nel 1985 dall'*United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), hanno munito l'arbitrato dell'opportuno supporto normativo a livello nazionale.

Quantunque la sua importanza sia stata affermata anche dall'Unione Europea¹, non esiste attualmente alcun atto di diritto dell'Unione che lo rego-

1 Nel *Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, 21/4/2009, p. 8, è stato sostenuto che «arbitration is a matter of great importance to international commerce. Arbitration agreements should be given the fullest possible effect and the recognition and enforcement of arbitral awards should be encouraged».

lamenti e finanche l'unica norma che ne faceva menzione, ossia l'originario art. 220 del Trattato di Roma in cui era sancito il dovere degli Stati membri di favorire «la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali», è stato abrogato ad opera del Trattato di Lisbona.

Se da un canto, almeno in apparenza, il legislatore europeo ha manifestato un'"indifferenza" o quantomeno una neutralità nei riguardi della materia arbitrale (si consideri a titolo d'esempio l'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento Roma I [593/2008] sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e del Regolamento 44/01 sulla competenza giurisdizionale)², dall'altro il sempre maggiore intervento normativo dell'Unione nella disciplina legale di vari settori del diritto civile ha fatto sì che gli arbitri, nella risoluzione delle controversie loro affidate, si siano dovuti confrontare in misura crescente con fonti di diritto sovranazionale³.

La circostanza per cui il fenomeno arbitrale non appare regolato da norme europee non implica che tra i due ambiti difettino significative correlazioni giuridiche. Al contrario vi sono molteplici ipotesi in cui il diritto dell'Unione assume diretto rilievo nei procedimenti arbitrali: l'oggetto del presente scritto intende soffermarsi sulle questioni problematiche inerenti al rapporto tra arbitrato e deferimento alla Corte di Giustizia di quesiti concernenti l'interpretazione e validità del diritto dell'Unione attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, muovendo dall'analisi della giurisprudenza della Corte medesima onde identificare i profili critici dell'attuale sistema, i rimedi già proposti dalla dottrina e prospettare infine possibili soluzioni alternative basate su un'interpretazione contrattualista dell'arbitrato.

2 Il rapporto Jenard (1968), redatto in occasione dell'approvazione della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, già rimarcava come l'arbitrato fosse disciplinato da convenzioni internazionali di cui gli Stati europei erano parte tra cui, in particolare, la Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere e la Convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale, cosicché una disciplina comunitaria avrebbe causato una stratificazione normativa eccessiva. Più recentemente, la proposta contenuta nel c.d. rapporto Heidelberg (*Report on the Application of Regulation Brussels in the Member States*) e la proposta della Commissione, contenuta nel già citato *Green Paper del 2009* (p. 8 ss.), di riconsiderare l'esclusione della materia arbitrale dal Regolamento 44/01 ha incontrato l'ostilità del Parlamento europeo, di molti Stati nazionali (*in primis* del Regno Unito) nonché quella di alcune associazioni arbitrali (tra cui l'*International Chamber of Commerce*). Il nuovo Regolamento sulla competenza giurisdizionale 1215/2012, entrata in vigore il 10 gennaio 2015, ha riconfermato l'esclusione dell'arbitrato dal suo campo d'applicazione.

3 LANDOLT, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, The Hague, 2006, *passim*; LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, p. 475.

2 Il rinvio diretto da parte degli arbitri nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

Al fine di garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, gli organi giudiziari di uno Stato membro ai sensi dell'art. 267 TFUE hanno facoltà e, in taluni casi, l'obbligo, di formulare un quesito acciocché la Corte di Giustizia si pronunci sull'interpretazione o sulla validità di una norma dell'Unione, qualora ciò sia essenziale per la risoluzione della controversia *a quo*.

Il Trattato tuttavia precisa che tale rinvio pregiudiziale (*preliminary ruling*), in ragione dei suoi caratteri eminentemente "pubblicistici", può essere operato unicamente da un «organo giurisdizionale di uno degli Stati membri»⁴; posto che la lettera della norma non consente di intendere univocamente la volontà del legislatore sul punto, la Corte di Giustizia, non senza suscitare un certo dibattito dottrinale, ha elaborato già a partire dalla sentenza Vaassen-Göbbels (1966) una definizione comunitaria di "giurisdizione" in cui sono ricompresi esclusivamente gli organi che posseggano i seguenti elementi qualificanti: (i) costituzione in conformità a norme legali, (ii) stabilità, (iii) giurisdizione obbligatoria, (iv) applicazione del diritto, (v) indipendenza e terzietà⁵.

Anche l'arbitrato, dunque, per essere ritenuto una "giurisdizione" ai sensi del diritto dell'Unione deve possedere cumulativamente le sopra menzionate caratteristiche, onde l'organismo arbitrale deve essere permanente e avere origine legale e non convenzionale, il procedimento deve essere deferito agli arbitri sulla base di un obbligo di legge, l'arbitro deve pronunciarsi sulla base di norme di legge, il lodo deve avere efficacia di *res iudicata* e deve essere riconoscibile da parte dei tribunali nazionali⁶.

Appare percepibile *ictu oculi* come più d'uno dei predetti requisiti non siano propri dei procedimenti arbitrali volontari (o "convenzionali") largamente prevalenti nell'ambito del commercio internazionale, donde la preclusione alla proposizione del rinvio pregiudiziale sancita da consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nel caso Nordsee (1982)⁷ la Corte, adita per la prima volta nel corso di

4 Nel testo inglese l'espressione utilizzata è «any court or tribunal of a Member State».

5 *Vaassen-Göbbels v. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, C-61/65, sent. 30 giugno 1966, in *Raccolta*, 1966, p. I-424.

6 In materia di rinvio pregiudiziale si rinvia per una trattazione istituzionale a ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*³, Torino, 2014, p. 327 ss.; TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁷, Padova, 2012, p. 290 ss.; CONDINANZI, MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 186 ss.; MENGOZZI, MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Padova 2014, p. 229 ss.; DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*⁵, Milano, 2014, p. 369 ss.

7 *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG*, C-102/81, sent. 23 marzo 1982, in *Raccolta*, 1982, p. I-1095 ss., con il commento

un arbitrato “volontario” e “privato”, sancì come, per certi versi, l’attività arbitrale sia raffrontabile con quella giudiziaria giacché «in quanto l’arbitrato si svolge nell’ambito della legge, l’arbitro deve decidere secondo il diritto e il suo lodo avrà, nei confronti delle parti, efficacia di cosa giudicata, potendo costituire titolo esecutivo una volta ottenuto l’*exequatur*»⁸.

Pur ammettendo come, nel caso di specie, l’arbitrato si svolgesse secondo diritto per cui il relativo lodo sarebbe stato suscettibile di riconoscimento ed esecuzione una volta ottenuto l’*exequatur*, la Corte non ritenne di conferire al collegio arbitrale lo *status* di “giurisdizione di uno Stato membro” per due ragioni: *in primis* l’arbitrato difettava del requisito dell’obbligatorietà, giacché al momento della conclusione dell’accordo «i contraenti erano liberi di affidare la soluzione delle loro eventuali controversie al giudice ordinario o di scegliere la via dell’arbitrato inserendo nel contratto una clausola in tal senso» non sussistendo pertanto «alcun obbligo, né giuridico, né di fatto, di risolvere le loro liti mediante arbitrato»⁹; la seconda ragione è conseguente all’origine convenzionale e non legale del tribunale arbitrale per cui le autorità tedesche «non sono implicate nella scelta della via dell’arbitrato e non possono intervenire d’ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all’arbitro», difettando dunque un collegamento con gli organi cui è demandata istituzionalmente l’amministrazione della giustizia¹⁰.

La Corte convenne dunque circa la natura eminentemente contrattuale dell’arbitrato, il cui carattere privato e volontario si manifesta sia con riferimento all’estraneità degli arbitri rispetto all’organizzazione istituzionale degli Stati (e, come si dirà in seguito, rispetto ai doveri di questi ultimi nei confronti dell’Unione e alla riconducibilità della responsabilità del loro operato in capo agli Stati medesimi), sia con riguardo alle modalità di

di TIZZANO, *Arbitrato privato e competenza pregiudiziale della Corte comunitaria*, in *Rassegna dell’arbitrato*, 1983, p. 153 ss. La causa Nordsee trovò la sua origine “in fatto” dall’accordo di alcune imprese armatoriali tedesche per la ripartizione in parti uguali le somme degli aiuti finanziari ottenuti dal Fondo europeo agricolo d’orientamento e di garanzia (FEAOG) in riferimento al progetto comune di costruzione di tredici navi attrezzate per la lavorazione ittica. A seguito del conseguimento di un finanziamento parziale e del relativo conflitto tra le imprese partecipanti al progetto sulla ripartizione dello stesso, si originò una controversia che venne deferita ad arbitrato in forza della clausola compromissoria contenuta nel contratto. L’arbitro unico Richter (Presidente dello Hanseatisches Oberlandesgericht di Brema), dovendo pronunciarsi su norme di diritto comunitario, sollevava innanzi alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali chiedendo, *inter alia*, «se un tribunale arbitrale tedesco, che deve risolvere una controversia non già secondo equità, ma applicando la legge e il cui lodo nei confronti delle parti ha valore di sentenza pronunciata da un giudice ordinario (c.p.c. ted. 1040) possa rivolgersi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in via pregiudiziale a norma dell’art. 177 co. 2, del trattato CEE (ora art. 267 TFUE)» (punto 8).

8 *Ibidem*, punto 10.

9 *Ibidem*, punto 11.

10 *Ibidem*, punto 12.

svolgimento della loro funzione, che non partecipa direttamente ad alcuna funzione pubblica (a differenza delle magistrature nazionali)¹¹.

Ciò posto, la Corte, aderendo alla tesi c.d. "istituzionalista" e, non senza soppesare anche problemi di carattere pratico che la prospettiva della legittimazione al rinvio avrebbe comportato (come il possibile abuso dell'istituto da parte degli arbitri e il conseguente accrescimento del proprio carico di contenzioso), concluse per l'inammissibilità del rinvio pregiudiziale, omettendo peraltro di verificare la sussistenza degli ulteriori requisiti enucleati nella sentenza Vaassen-Göbbels, quali ad esempio il carattere di stabilità dell'organo giudicante (peraltro anch'esso insussistente nel caso di specie).

In assenza di pronunce successive di senso contrario e stante l'efficacia vincolante *ultra vires* del precedente giurisprudenziale della Corte¹², l'esclusione degli arbitri dai soggetti legittimati ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte costituisce un dato acquisito e l'ormai risalente pronuncia Nordsee del 1982 rappresenta ancor oggi il *leading case* giurisprudenziale in materia di rapporto tra arbitrato e rinvio pregiudiziale¹³.

L'orientamento negativo ha peraltro conferma in pronunce successive della Corte, tra cui quella resa nel caso Denuit¹⁴, in cui il *Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages*, tribunale arbitrale belga con il compito di dirimere controversie in materia di viaggi organizzati, non fu ritenuto una "giurisdizione" ai sensi del diritto dell'Unione, difettando del (solo) requisito dell'obbligatorietà della giurisdizione: fu infatti accertato che per le parti non vi era «alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato», posto che «la normativa belga

11 RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 91.

12 Come è noto l'efficacia delle sentenze interpretative rese dalla Corte di Giustizia nell'ambito del procedimento di rinvio pregiudiziale si «impone con effetti *erga omnes*, nel senso che la disposizione in causa deve essere da chiunque interpretata ed applicata così come indicato dalla Corte» (ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 354) rendendo superflua la proposizione di un nuovo rinvio sulle medesime questioni da parte del giudice nazionale in casi analoghi.

13 A titolo di paragone si può menzionare l'opposta giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana che, nella sua pronuncia n. 376 del 28 novembre 2001, ha considerato l'arbitro espressione di un'attività giurisdizionale in merito alla possibilità da parte dello stesso di sollevare questione di costituzionalità della legge applicabile; per la Corte infatti «l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria». Sussiste pertanto l'esercizio di «funzioni giudicanti» anche da parte degli arbitri, che «pure estranei all'organizzazione della giurisdizione» sono «posti in posizione *super partes*», per cui agli effetti della sussistenza di un giudizio *a quo* «il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione».

14 *Guy Denuit v. Betty Cordenier*, C-125/04, sent. 27 gennaio 2005, in *Raccolta*, 2005, p. I-925 ss.

non impone il ricorso a tale collegio arbitrale come solo mezzo di composizione di una controversia tra un privato e un intermediario di viaggi» e dunque «le autorità pubbliche dello Stato membro non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato né sono chiamate a intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro»¹⁵.

3 La posizione della Corte di Giustizia in riferimento agli arbitrati non “convenzionali”

La Corte ritiene ammissibile il rinvio pregiudiziale da parte di organismi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione statale che, sebbene qualificati nominalmente come “arbitrati”, non sono assimilabili ai tribunali arbitrali “convenzionali” la cui competenza è stabilita da un accordo tra privati, senza coinvolgimento del potere pubblico.

Si tratta di organi costituiti e regolati nel loro funzionamento in forza di norme aventi natura pubblicistica o comunque sottoposti a controllo pubblico il cui procedimento di risoluzione delle controversie, lungi dall'originarsi dalla libera espressione dell'autonomia negoziale delle parti (a differenza di quanto avviene nell'arbitrato “convenzionale”), rappresenta l'esito vincolato di una prescrizione normativa cui i litiganti sono tenuti a conformarsi a prescindere dalla propria effettiva volontà. Essi recano pertanto caratteri necessari alla definizione comunitaria di “giurisdizione” ma atipici per un tribunale arbitrale quali l'origine legale, l'obbligatorietà e la permanenza, nonché la partecipazione dei poteri statali nella composizione e nel funzionamento (c.d. *compulsory arbitration* o *statutory arbitration*).

Nel già citato caso *Vaassen-Göbbles*¹⁶ la Corte qualificò quale giurisdizione lo *Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf* (tribunale arbitrale della cassa degli impiegati delle miniere), organo olandese istituito da un regolamento del Fondo dei lavoratori del settore minerario dei Paesi Bassi (e non in base a un contratto tra le parti) approvato a livello ministeriale (e dunque emanazione del potere dello Stato), dotato di carattere permanente e, infine, provvisto di giurisdizione obbligatoria in relazione alle controversie previdenziali.

Parimenti nella sentenza *Danfoss*¹⁷ il tribunale arbitrale danese competente a dirimere le controversie in materia di contratti collettivi di lavoro è stato ritenuto una giurisdizione a causa dell'origine legislativa, della giurisdizione obbligatoria non dipendente dall'accordo delle parti nonché

15 *Ibidem*, punti 15 e 16.

16 *Vaassen-Goebbels v. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, cit., p. I-410 ss.

17 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, che agisce per conto della Danfoss*, C-109/88, sent. 17 ottobre 1989 in *Raccolta*, 1989, p. I-3220 ss.

della composizione non rimessa alla libera determinazione dei contraenti.

Allo stesso modo, più recentemente, anche il *Tribunal Arbitral Tributário* portoghese, avente giurisdizione in materia fiscale¹⁸ e il *Tribunal Arbitral necessário* portoghese in materia di controversie sui diritti di proprietà industriale dei farmaci¹⁹, sono stati ritenuti “giurisdizione” ai sensi dell’art. 267 TFUE in quanto provvisti di ciascuno dei requisiti enunciati dalla Corte tra cui, in particolare, l’istituzione tramite atto legislativo, il carattere permanente e l’obbligatorietà della rispettiva giurisdizione²⁰.

4 Profili problematici conseguenti a un’eventuale facoltà di rinvio da parte degli arbitri

L’interpretazione restrittiva della Corte di Giustizia circa l’ammissibilità del rinvio pregiudiziale nei procedimenti arbitrali convenzionali è stata oggetto di vive critiche in dottrina²¹ da parte di quanti a vario titolo sosten-

18 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributária e Aduaneira*, C-377/13, sent. 12 giugno 2014, consultabile al sito internet http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?j_sessionid=9ea7d2dc30d56c12af899cb64b21bcb2e73ca3167033.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbNn0?text=&docid=153582&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307348 (2014-06-26).

19 *Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd (e altri)*, C-555/13, ord. 13 febbraio 2014, consultabile al sito internet <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148021&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307642> (2014-06-26).

20 Tra i requisiti prescritti dalla Corte quello della “permanenza” dell’organo arbitrale è quello la cui valutazione nel corso del tempo è stata meno rigorosa: la costituzione volta per volta di un collegio arbitrale di categoria non è stata infatti considerata ostativa a integrare la nozione di “giurisdizione”, purché conseguente all’elemento fondante dell’origine normativa dell’organo medesimo e quindi, alla stabilità della giurisdizione arbitrale nel suo complesso.

21 Benedettelli afferma che «privare gli arbitri della funzione di nomofilachia assicurata dalla Corte attraverso l’art. 234 CE significa interpretare tale norma in contrasto con il suo obbiettivo ultimo» (BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in *Verso un “ordine comunitario” del processo civile: pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, a cura di Boschiero, Bertoli, Napoli, 2008, p. 111 ss.); secondo Biavati «la limitazione proposta dalla Corte (divieto di rinvio pregiudiziale per gli arbitri, ma riconoscimento di tale facoltà ai giudici ordinari di impugnazione) costituisce un’inammissibile restrizione del principio [...] del sistema comunitario, che postula l’interpretazione uniforme del diritto delle Comunità e, quindi, la facoltà più ampia possibile di rinvio interpretativo alla Corte» (BIAVATI, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 432); Briguglio sostiene parimenti che «tutte le volte che il lodo arbitrale, secondo l’ordinamento di uno Stato membro, si inserisca nella realtà di quell’ordinamento alla stregua di una decisione giurisdizionale, siccome emanata da terzo imparziale previo accertamento di fatto ed applicazione di norme, se del caso anche comunitarie, per la soluzione di una controversia, e siccome dispiegante nel futuro della esperienza giuridica effetti sostanzialmente equivalenti a quelli di una sentenza del giudice statale, compresa la idoneità al giudicato, va affermata anche in capo agli arbitri privati la legittimazione al rinvio» (BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 786 ss.).

gono la c.d. tesi “funzionalista”, secondo cui, ritenuto lo spirito e la finalità della norma che regola il procedimento di rinvio (garantire l’uniformità di interpretazione e applicazione del diritto dell’Unione), la nozione di giurisdizione dovrebbe essere intesa estensivamente come comprensiva di tutti gli organi che esercitano funzioni giurisdizionali, ivi compresi gli arbitri²².

Nonostante il diffuso auspicio per una revisione della posizione della Corte, estendere agli arbitri il potere di proposizione di rinvio pregiudiziale comporterebbe criticità difficilmente risolvibili in quanto connesse allo stesso strumento di interpretazione pregiudiziale come regolato dall’art. 267 TFUE.

In primo luogo conseguenze affatto differenti deriverebbero dalla qualificazione del rinvio da parte dell’arbitro quale obbligatorio ovvero, al contrario, quale meramente facoltativo.

La tesi dell’obbligatorietà si fonda sull’assimilazione dell’arbitrato al giudice di ultima istanza in ragione del carattere sostanzialmente definitivo del lodo, conseguente alla tendenziale limitazione dei mezzi di gravame ammessi dalle legislazioni nazionali.

Il vincolo al rinvio implicherebbe tuttavia rigidità procedurali incompatibili con la vocazione del procedimento arbitrale, privandolo dei suoi caratteri più incentivanti: da un lato il tempo necessario all’ottenimento di una pronuncia da parte della Corte di Giustizia inciderebbe sulla rapidità della procedura, inducendo i contraenti a sostituire l’arbitrato con strumenti alternativi di risoluzione delle controversie ovvero ad abbandonare quei centri europei che oggi maggiormente attraggono gli arbitrati commerciali o marittimi a carattere internazionale (Parigi, Londra) per ricorrere tribunali arbitrali localizzati al di fuori dell’Unione europea²³, in quanto non soggetti all’obbligo di rinvio²⁴.

In aggiunta il ricorso alla Corte comporterebbe *per se* la pubblicazione degli atti in ossequio alla funzione nomofilattica della Corte, privando i contraenti di quel potere di controllo sulla riservatezza del procedimento grazie al quale senza il consenso delle parti il lodo non può essere pubblicato e la stessa esistenza del procedimento rimane celata ai terzi.

Diversamente, la ricostruzione del potere di rinvio in termini facoltativi avrebbe il pregio di salvaguardare la centralità del ruolo della volontà delle parti: gli arbitri avrebbero il potere di determinare, secondo le circostanze del caso concreto, se la sospensione del procedimento in attesa del giudizio

22 TIZZANO, *Arbitrato privato e competenza pregiudiziale della Corte comunitaria*, cit., p. 158.

23 Peraltro va precisato che se l’arbitro avente la propria sede in uno Stato non appartenente all’UE non avrebbe l’obbligo né la facoltà di interrogare la Corte di Giustizia, d’altro canto il relativo lodo non sfuggirebbe al sindacato di compatibilità con il diritto dell’Unione qualora fosse messo in esecuzione in un Paese membro dell’Unione.

24 SCHERMERS, WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, 2001, p. 262.

della Corte sia in effetti essenziale per la risoluzione del caso e corrispondente all'interesse dei contraenti di evitare future impugnazioni del lodo per violazione di diritto, ovvero se debba essere privilegiata la celerità della decisione a detrimento dell'interpretazione certa del diritto dell'Unione²⁵.

A seguito di un'eventuale pronuncia nel merito da parte della Corte si porrebbe poi l'ulteriore problema di stabilire se possa configurarsi un obbligo da parte dell'arbitro di conformarsi e quali siano le conseguenze in capo alle parti in caso di inosservanza (possibile diniego di riconoscimento del lodo) e in capo allo Stato (eventuale responsabilità per violazione del Trattato) ovvero se essa sentenza debba essere ritenuta null'altro che un "parere" non vincolante.

5 Rimedi prospettati dalla Corte in ragione del diniego di rinvio pregiudiziale degli arbitri: il ruolo dei tribunali nazionali

Affermato il principio di diniego del potere di rinvio per gli organi arbitrali, la Corte ha tentato di attenuarne le implicazioni negative (irrisoluzione delle questioni interpretative insorte nel procedimento arbitrale e implicito incentivo all'inosservanza del diritto dell'Unione), precisando nella pronuncia *Ecoswiss* che «l'ordinamento giuridico comunitario ha manifestamente interesse, per evitare future divergenze di interpretazione, a che sia garantita un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate»²⁶. In forza di tale principio la Corte ipotizza che l'arbitro sopperisca al proprio difetto di legittimazione attiva rivolgendosi al giudice statale affinché quest'ultimo, sussistendone i presupposti, sottoponga a propria volta alla Corte il quesito di diritto se, valutata l'opportunità e la rilevanza del rinvio, ritenga l'interpretazione del diritto europeo decisiva per la soluzione del caso²⁷.

Siffatto "rinvio indiretto" si colloca «vuoi nell'ambito del contributo che [i giudici nazionali] offrono agli organi arbitrali, in particolare assistendoli in taluni atti processuali o nell'interpretare il diritto da applicare, vuoi nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda

25 Il potere dell'arbitro andrebbe tuttavia escluso qualora nella convenzione arbitrale le parti avessero ritenuto di inserire una clausola di divieto espresso di rinvio pregiudiziale.

26 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, C-126/97, sent. 1 giugno 1999, in *Raccolta*, 1999, p. I-3093, punto 40. Sulla sentenza, *ex multis*, D'ALESSANDRO, *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 1903 ss.; FERRANTE, *Validità del lodo ed inderogabilità delle norme antitrust*, in *Dir. ind.*, 2000, p. 52 ss.; KOMNINOS, *Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. V. Benetton International NV*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 459 ss.; RADICATI DI BRONZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Rivista arb.*, 1999, p. 665 ss.

27 BEBR, *Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1985, p. 500.

dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di *exequatur*, o di qualsiasi altra impugnazione contemplata dalla normativa nazionale di cui trattasi»²⁸.

Va rilevato anzitutto come il sindacato giurisdizionale sul lodo si espliciti avanti alla magistratura degli Stati membri con modalità assai differenziate a seconda delle norme procedurali nazionali di volta in volta applicabili: in taluni casi l'esame può essere limitato a un controllo sulla mera regolarità formale del provvedimento, altre volte è ammissibile un riesame sul merito della pronuncia arbitrale. Inoltre affinché il giudice nazionale possa rivolgere alla Corte di Giustizia un quesito di interpretazione o di validità, l'impugnazione del lodo deve avere ad oggetto un'inosservanza del diritto europeo la quale, a sua volta, potrebbe esser ricompresa nella categoria della violazione di legge, ovvero essere qualificata quale violazione dell'ordine pubblico, con esiti alquanto diversi: infatti se tutti gli ordinamenti nazionali ammettono la censura del lodo per contrasto con norme di ordine pubblico, non così per quanto riguarda l'inosservanza di legge *lato sensu*²⁹.

Con riferimento all'impugnazione del lodo la legislazione italiana, che riconosce motivi di impugnazione sovente più estesi di quelli riscontrabili in altri ordinamenti, ammette il gravame per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia in varie ipotesi: se vi è stato un accordo tra le parti in tal senso, se vi sia una disposizione di legge che ciò preveda, se si tratta di una violazione di norme di ordine pubblico, se la causa abbia ad oggetto controversie individuali di lavoro o, ancora, se la violazione delle regole di diritto concerna la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato (art. 829 co. 3 e 4, c.p.c.). Tra le normative straniere, anche l'*Arbitration Act* britannico ammette in determinati casi l'impugnazione per violazione di legge sostanziale qualora vi sia l'accordo tra le parti o l'autorizzazione della Corte³⁰. Al contrario, diverse normative che hanno recepito o si sono ispirate alla *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* non attribuiscono alcun rilievo all'errore di diritto (es. Austria, Germania, Irlanda)³¹.

Va tuttavia rimarcato come il sindacato del lodo arbitrale da parte del giudice nazionale a seguito di impugnazione sia meramente eventuale in quanto rimesso alla volontà delle parti, nonché alla sussistenza di validi motivi di impugnazione.

28 *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG*, cit., p. I-1411, punto 14.

29 RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 85 ss.

30 CRIFÒ, *L'impugnazione del lodo nell'Arbitration Act inglese del 1996*, in *Rivista arb.*, 2001, p. 127 ss.

31 MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma: motivi ed esito*, Milano, 2009, *passim*.

Con riferimento al diverso caso di un eventuale rinvio pregiudiziale conseguente all'intervento dell'autorità nazionale volto a ottenere il riconoscimento o la messa in esecuzione del lodo, l'ordinamento italiano prevede all'art. 825 c.p.c. che l'esecutività del lodo interno sia subordinata a un mero controllo di regolarità formale del medesimo, il che escluderebbe la possibilità di un vaglio di legittimità da parte del giudice, mentre l'art. 839 c.p.c. stabilisce che, in presenza di un lodo straniero, l'autorità giudiziaria possa sindacarne la contrarietà a norme di ordine pubblico.

Quanto all'"assistenza" delle magistrature nazionali, essa è volta a operare in via suppletiva allorché il collegio arbitrale risulti privo dei poteri necessari: si tratta generalmente di intervento in materie quali nomina, sostituzione degli arbitri, acquisizione di prove (es. verifica dell'autenticità di scritture, prelievo di campioni, accesso alla proprietà di terzi), unificazione di procedimenti nonché emanazione di procedimenti cautelari o conservativi (es. prestazioni di garanzia, conservazione dello stato dei luoghi o delle cose)³².

A tal riguardo la Corte di Giustizia auspica che, mediante norme di procedura elaborate all'uopo, gli Stati prevedano strumenti giuridici volti ad assicurare agli arbitri un sostegno nell'applicazione del diritto dell'Unione, consentendo alle parti di rivolgersi ai tribunali nazionali al preciso scopo di indirizzare alla Corte un quesito di diritto; tuttavia ad oggi sono ancora pochi gli Stati membri che si sono dotati di una normativa in tal senso.

Tra le legislazioni nazionali che sembrano consentire un ricorso "indiretto" vi è l'art. 1050 della *Zivilprozessordnung* tedesca (ZPO) la quale prevede che l'arbitro, o una parte con il suo consenso, possa richiedere al tribunale statale assistenza per il compimento di atti che egli non ha il potere di compiere autonomamente³³; quantunque vi sia chi ritenga che la portata di tale norma debba essere limitata alle richieste istruttorie, la dottrina prevalente reputa che il predetto istituto possa essere utilmente adoperato anche per sollecitare il tribunale alla proposizione di una questione pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia³⁴.

Parimenti, con riferimento all'ordinamento olandese, parte della dottrina ritiene che la richiesta arbitrale di rinvio pregiudiziale possa essere

32 BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2008, p. 176 ss.

33 La Section 1050 del *German Arbitration Act*, rubricata nella traduzione inglese «Court assistance in taking evidence and other judicial acts», sancisce che «*The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a court assistance in taking evidence or performance of other judicial acts which the arbitral tribunal is not empowered to carry out. Unless it regards the application as inadmissible, the court shall execute the request according to its rules on taking evidence or other judicial acts. The arbitrators are entitled to participate in any judicial taking of evidence and to ask questions*».

34 WOLFF, *Judicial Assistance by German Courts in Aid of International Arbitration*, in *The American Review of International Arbitration*, 2008, p. 157.

fondata sull'art. 1044 del Codice di procedura civile che consente agli arbitri la richiesta di assistenza al Presidente del Tribunale Distrettuale de L'Aja per l'individuazione del diritto straniero in forza della Convenzione europea nel campo dell'informazione sul diritto estero, conclusa a Londra il 7 giugno 1968 ed entrata in vigore il 17/12/1969³⁵; non vi è tuttavia unanimità circa la possibilità di estendere l'applicazione di tale norma all'accertamento del contenuto di una norma di diritto dell'Unione: se vi è chi ritiene che un'applicazione analogica sia possibile, altri negano tale possibilità per la semplice circostanza che, allo stato, l'Unione europea non è parte dalla Convenzione di Londra³⁶.

L'unico ordinamento in cui pare effettivamente pacifica la possibilità da parte degli arbitri di ricorrere al giudice nazionale in relazione al rinvio pregiudiziale è quello britannico: la *section 45* dell'*Arbitration Act* (1996) d'Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord prevede infatti che, ricorrendo determinate condizioni, una questione di diritto possa essere riferita dall'arbitro a un tribunale nazionale al fine di una pronuncia preliminare³⁷: si

35 L'articolo 1044 del *Code of Civil Procedure*, rubricato nella traduzione inglese «*Request for Information on Foreign Law*», stabilisce che: «1. *The arbitral tribunal may, through the intervention of the President of the District Court at The Hague, ask for information as mentioned in article 3 of the European Convention on Information on Foreign Law, concluded at London, 7 June 1968. The President shall, unless he considers the request to be without merit, send the request without delay to the agency mentioned in article 2 of said Convention and notify the arbitral tribunal thereof.* 2. *The arbitral tribunal may suspend the proceedings until the day on which it has received the answer to its request for information*».

36 In favore SHELKOPLYAS, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Groningen, 2003, p. 422; *contra* KESSEDJIAN, *Determination and Application of Relevant National and International Law and Rules*, in MISTELIS, LEW, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2006, *passim*.

37 La *Section 45* dell'*Arbitration Act* (1996), rubricata «*Determination of preliminary point of law*», dispone che «(1) *Unless otherwise agreed by the parties, the court may on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties) determine any question of law arising in the course of the proceedings which the court is satisfied substantially affects the rights of one or more of the parties. An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the court's jurisdiction under this section.* (2) *An application under this section shall not be considered unless (a) it is made with the agreement of all the other parties to the proceedings, or (b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied (i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs, and (ii) that the application was made without delay.* (3) *The application shall identify the question of law to be determined and, unless made with the agreement of all the other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the question should be decided by the court.* (4) *Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending.* (5) *Unless the court gives leave, no appeal lies from a decision of the court whether the conditions specified in subsection (2) are met.* (6) *The decision of the court on the question of law shall be treated as a judgment of the court for the purposes of an appeal. But no appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question is one of general importance, or is one which for some other special reason should*

tratta di un meccanismo utilizzabile dall'arbitro anche per richiedere al tribunale di rimettere una questione rilevante per la soluzione della controversia alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE³⁸.

Nei rimanenti Paesi membri, tra cui l'Italia, non vi è un procedimento analogo per cui ancor oggi l'unica opportunità appare quella di "suggerire" il rinvio pregiudiziale nell'ambito del ricorso al tribunale nazionale in funzione di assistenza su una questione (es. concessione di misure cautelari) che a sua volta presupponga una pronuncia preliminare da parte della Corte di Giustizia.

Si osserva tuttavia come l'utilizzo "mediato" delle magistrature nazionali origini una complessità aggiuntiva determinata dall'intromissione di un terzo soggetto (il giudice nazionale stesso), chiamato a compiere un ulteriore sindacato sulla rilevanza della questione prospettata dagli arbitri, dovendo escludersi che egli abbia l'obbligo di indirizzare alla Corte qualsivoglia questione senza previa valutazione propria³⁹.

6 Obbligo per gli arbitri di osservare il diritto dell'Unione

La Corte di Giustizia nella sentenza Nordsee ha affermato l'importanza che «il diritto comunitario sia interamente osservato nel territorio di tutti gli stati membri» per cui «le parti di un contratto non hanno [...] la facoltà di derogarvi»⁴⁰.

Per i motivi che si andranno ad esporre non pare tuttavia configurabile in capo all'arbitro un dovere generale di applicazione del diritto dell'Unione assimilabile a quello gravante sulle magistrature nazionali.

Anzitutto giova rammentare che l'obbligo di cooperazione con le istituzioni europee è posto dal Trattato unicamente a carico degli Stati membri (art. 4, par. 3, TUE⁴¹): se dunque i tribunali nazionali, in qualità di organi dello Stato, debbono ottemperare agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, ivi incluso l'obbligo di ricorrere alla Corte nei casi prescritti dai

be considered by the Court of Appeal».

38 LEW, MISTELIS, KRÖLL, *op. cit.*, p. 481.

39 BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 810.

40 *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG*, cit., p. I-1411, punto 14.

41 Il Trattato sull'Unione europea, all'art. 4, par. 3, sancisce infatti che «in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

Trattati, gli arbitri rappresentano un consesso privato che è espressione della volontà negoziale delle parti e dunque privo di doveri diretti nei confronti delle istituzioni europee⁴²: i loro poteri sono conferiti dalle parti e la decisione è pronunciata per conto di queste in forza dell'inserimento nel contratto di una clausola compromissoria con cui, nell'esercizio della libera autonomia privata, i contraenti hanno ritenuto di derogare alla giurisdizione nazionale.

Quantunque indubbiamente l'arbitrato assuma una rilevanza pubblicistica, la sua natura contrattuale non va dimenticata⁴³. Sull'arbitro non può dunque gravare un obbligo generale di far ricorso al diritto dell'Unione se non quando almeno una delle parti ne abbia richiesto espressamente l'applicazione ovvero l'arbitro stesso l'abbia giudicata rilevante per la soluzione del caso in ragione delle circostanze del caso concreto.

Ne consegue logicamente come, in assenza di un intervento pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia e limitatamente alle questioni insorte nel corso del procedimento, gli arbitri abbiano il potere (o l'onere) di interpretare *incidenter tantum* il diritto dell'Unione secondo il proprio apprezzamento ovvero quello di disapplicare (*rectius*, di non applicare) le norme di diritto dell'Unione la cui validità appaia loro dubbia.

Ciò comporta senz'altro la possibilità che si formino interpretazioni del diritto dell'Unione non conformi ai dettami giurisprudenziali della Corte di Giustizia, considerato altresì che l'arbitro ha la possibilità di applicare e interpretare il diritto (ivi compreso quello dell'Unione) in modo più flessibile rispetto al giudice statale, fatti salvi i limiti di cui si dirà, ricorrendo, in funzione integrativa o ermeneutica, ai principi generali di diritto, agli usi del commercio e ai precedenti arbitrali, ossia a quei principi che sono stati ricondotti sotto la definizione di nuova *lex mercatoria*⁴⁴.

42 La stessa Corte di Giustizia, nella sentenza Nordsee e, successivamente, in quella Ecoswiss ha qualificato le decisioni dei tribunali arbitrali come sostanzialmente esterne al sistema istituzionale dell'Unione: il punto di congiunzione è dato proprio dal ruolo dei tribunali nazionali eventualmente chiamati a intervenire in funzioni ausiliarie (per questioni procedurali o, come si dirà, per indirizzare l'interpretazione della legge applicabile) o di controllo *ex post* sul lodo (c.d. teoria del *second look*); *contra* Biavati, secondo cui «dopo Maastricht, il sistema comunitario deve essere interpretato, ogniquale volta sia possibile, in modo da riconoscere un rapporto diretto fra gli organi delle Comunità e i cittadini, attribuendo anche a questi ultimi il compito di garantire l'attuazione dell'ordinamento comunitario» (BIAVATI, *op. cit.*, p. 435).

43 Secondo la tesi contrattuale l'arbitrato rappresenta una delle massime espressioni di autonomia privata: il suo elemento caratterizzante è dato dall'accordo delle parti che si manifesta attraverso la stipulazione della clausola compromissoria o del compromesso. A questa si contrappone la teoria giurisdizionale che valorizza il carattere pubblicistico dell'arbitrato e la sua funzione sostitutiva della giurisdizione del giudice ordinario che costituirebbe una sorta di "delegazione di potere" da parte dello Stato, per cui la competenza giurisdizionale dell'arbitro trarrebbe origine dall'ordinamento giuridico nazionale che lo istituisce e che consente a che gli arbitri rendano giustizia, risolvendo la disputa con effetti assimilabili a quelli di una sentenza giudiziale.

44 Per un'analisi approfondita del rapporto tra *lex mercatoria* e arbitrato si rimanda a MAR-

D'altro canto, aderendo alla teoria contrattuale dell'arbitrato, l'applicazione *ex officio* del diritto dell'Unione al di fuori o contro la volontà positivamente manifestata dalle parti potrebbe costituire finanche vizio di ultrapetizione e comportare la nullità del lodo, specialmente laddove il giudizio debba avvenire secondo equità.

La Corte di Giustizia nella sentenza *Ecoswiss* ha peraltro precisato che «le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali»⁴⁵: circostanze che dunque ricomprendono non già la violazione di qualsivoglia norma di diritto dell'Unione, ma unicamente i principi inderogabili del cosiddetto "ordine pubblico comunitario"⁴⁶. Quest'ultimo è costituito da quei principi e valori ascrivibili all'ordinamento dell'Unione «indispensabili per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità», ossia volti ad assicurare la protezione di interessi fondamentali relativi al sistema giuridico europeo⁴⁷ e ricomprende sia il cosiddetto "ordine pubblico economico", (composto dalle norme in materia di concorrenza e di libera circolazione), sia i principi fondamentali di carattere generale che hanno ispirato il Trattato (principi di libertà e diritti fondamentali della persona umana).

Il compito dell'arbitro di applicare le norme qualificate come inderogabili dall'ordinamento che governa l'arbitrato, ivi comprese le norme cosiddette di "ordine pubblico comunitario", non deriva come per il giudice dal principio di leale collaborazione (art. 4 TUE), ma dal dovere di rendere un lodo "utile", che espliciti i propri effetti senza il rischio di annullamenti e dinieghi di *exequatur* cagionati dalla mancata o erronea applicazione di una regola imperativa.

Pur considerando che sovente la decisione arbitrale è eseguita volontariamente dalle parti, è ben possibile che ove sia ammessa l'impugnazione per violazione di legge sostanziale il soccombente faccia valere tale motivo di nullità⁴⁸ per cui eventuali interpretazioni "non ortodosse" saranno rettificate dal giudice nazionale, se necessario con l'ausilio esegetico della Corte di Giustizia⁴⁹. Quest'ultima ha infatti più volte osservato come, considerata

RELLA, *La nuova Lex Mercatoria - Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003.

45 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, cit., p. I-3092, punto 35.

46 FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, *passim*.

47 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, cit., p. I-3093, punto 36.

48 Giova ricordare in proposito che l'art. 5 della Convenzione di New York del 1958 ricomprende la contrarietà all'ordine pubblico tra i motivi che possono giustificare il rifiuto di esecuzione.

49 L'impossibilità per gli arbitri di operare il rinvio pregiudiziale non osta a che il tribunale

l'impossibilità per gli arbitri di avvalersi del rinvio pregiudiziale, i tribunali nazionali, ogni qual volta siano chiamati a intervenire nella procedura arbitrale (ausilio nella procedura, richiesta di riconoscimento o esecuzione, impugnazione del lodo) abbiano l'obbligo di verificare che le norme inderogabili dell'Unione siano correttamente applicate, sanzionando con la nullità decisioni difformi⁵⁰.

Va tuttavia rimarcato come la possibilità che il giudice statale controlli la corretta applicazione del diritto dell'Unione da parte degli arbitri appaia del tutto eventuale in quanto rimessa al contegno processuale delle parti nonché limitata ai casi cui il diritto nazionale ammette tale controllo di merito, con il rischio del formarsi di un giudicato che incorpori una vulnerezza del diritto dell'Unione⁵¹.

7 Una prospettiva alternativa di risoluzione delle incertezze interpretative sul diritto dell'Unione

Come già anticipato, una verosimile contraddizione dell'attuale sistema è rappresentata dalla circostanza per cui, pur essendo gli arbitri privi del principale strumento procedurale atto ad assicurare la corretta interpretazione del diritto dell'Unione, si stia affermando la tesi per cui essi arbitri sarebbero tenuti a dare sempre e comunque applicazione del diritto dell'Unione alla stregua del giudice nazionale⁵².

statale adito in fase di impugnazione del lodo possa avanzare alla Corte un quesito al fine di risolvere la controversia. Si consideri ad esempio il caso *Bulk Oil (Zug) AG v. Sun International Limited e Sun Oil Trading Company* (C-174/84, sent. 18 febbraio 1986 in *Raccolta*, 1986, p. I-576 ss.) in cui la Commercial Court della Queen's Bench Division, avanti alla quale era stato impugnato un lodo arbitrale, sottoponeva un rinvio pregiudiziale alla Corte richiedendo l'interpretazione dell'accordo del 1975 tra la Comunità economica europea e lo Stato d'Israele.

50 Nella sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Comune di Almelo e altri v. Energiebedrijf Ijsselmij NV* (C-393/92, sent. 27 aprile 1994, in *Raccolta*, 1994, p. I-1508 ss.), la stessa ha precisato che «un organo giurisdizionale nazionale, che decide, in un caso previsto dalla legge, su un gravame avverso un lodo arbitrale [...] è pur sempre tenuto, in base ai principi della preminenza e dell'uniforme applicazione del diritto comunitario, combinati con l'art. 5 del Trattato, a rispettare le norme comunitarie, in particolare quelle in materia di concorrenza». Non pare esservi, al contrario, alcun obbligo in capo agli Stati di prevedere che le magistrature nazionali estendano il proprio controllo su ogni violazione dell'ordinamento dell'Unione causata da errata applicazione delle relative norme, indipendentemente dalla loro riconducibilità all'ordine pubblico.

51 BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favore, ostilità o indifferenza?*, cit., p. 111 ss.

52 Oltre al già citato punto 14 della sentenza Nordsee, in dottrina: LEW, MISTELIS, KRÖLL, *op. cit.*, p. 476; RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, *passim.*; STORM, *The Precarious Relationship between the Court of Justice of the European Communities and Arbitration, in Essays on International & Comparative Law in honour of Judge Erades*, The Hague, 1983, p. 146 ss.

Anche a voler considerare il ruolo progressivamente accresciuto dei soggetti privati nell'applicazione del diritto dell'Unione, una prospettiva siffatta, propria della concezione processualista dell'arbitrato che si fonda sull'equiparabilità tra arbitri e giudici togati per analogia funzionale tra le rispettive attività, presuppone necessariamente che l'arbitro sia dotato di idonei strumenti giuridici per interpellare la Corte di Giustizia in condizioni non dissimili a quelle delle magistrature nazionali. Il che tuttavia non corrisponde allo stato del diritto.

Peraltro, ci si permette di dubitare che l'attribuzione di maggiori poteri agli arbitri possa costituire un rimedio potenzialmente efficace: omologare l'arbitro al giudice statale al solo scopo di salvaguardare l'uniforme interpretazione del diritto svilirebbe la natura giuridica dell'istituto arbitrale che è e deve permanere quella, privatistica, dell'espressione della *voluntas partium*.

Ciò considerato, pare dunque opportuno immaginare un metodo alternativo di perseguimento dell'uniformità del diritto dell'Unione, non fondato sul coinvolgimento diretto delle magistrature nazionali o della Corte di Giustizia UE.

Nell'intento di evitare l'implicazione di poteri e autorità pubbliche, le necessità interpretative eventualmente sorte nel procedimento arbitrale, al pari di casi simili in cui si richiedono competenze specifiche di cui gli arbitri non sono provvisti, potrebbero essere ben assolte da consulenti giuridici specializzati. Tali soggetti privati (in ipotesi accademici e professionisti qualificati del settore), in virtù delle proprie competenze specialistiche, sarebbero nelle condizioni di offrire un parere motivato in risposta al quesito commissionato dall'arbitro "indirizzando" l'interpretazione del diritto dell'Unione nel senso auspicato dalla Corte di Giustizia senza tuttavia incorrere nelle implicazioni negative che il ricorso alla magistratura importerebbe; il che garantirebbe speditezza (che l'intervento del giudice nazionale e della Corte non potrebbe assicurare) assicurando nel contempo il permanere della garanzia di riservatezza del procedimento che sarebbe altrimenti pregiudicata.

D'altro canto un meccanismo siffatto comporterebbe il rischio di alimentare interpretazioni tra di loro divergenti in relazione alle difformi opinioni e tradizioni giuridiche dei singoli individui.

Al fine di conseguire una maggior uniformità potrebbe invero essere ipotizzabile l'istituzione di un vero e proprio organo consultivo transnazionale che raggruppi accademici, esperti, arbitri, giuristi provenienti dai diversi Stati membri al fine di dibattere e, su richiesta dei collegi arbitrali, rendere opinioni su questioni dubbie o controverse, promuovendo un'interpretazione del diritto europeo realmente omogenea.

L'arbitro che avesse dubbi di interpretazione o validità in riferimento a una norma di diritto dell'Unione potrebbe dunque indirizzare la propria istanza direttamente al predetto organo, i cui pareri andrebbero resi di-

sponibili mediante pubblicazione onde creare una vera e propria raccolta di precedenti utili alla pronta risoluzione di casi analoghi.

Si tratterebbe per tutta evidenza di un'istituzione avente funzioni meramente consultive, le cui pronunce costituirebbero *soft law* e, come tali, non sarebbero vincolanti per l'arbitro *a quo*; ad ogni buon conto l'autorevolezza dei suoi componenti potrebbe conferire all'organo una certa qual "autorità" inducendo gli arbitri a conformarvisi *sua sponte*: la struttura collegiale sarebbe infatti provvista di un'influenza ben maggiore di quella dei singoli componenti individualmente considerati sia in relazione alla qualità dell'interpretazione che nella sua persuasività, allo stesso modo in cui precedenti giurisprudenziali e dottrina, se autorevoli e concordi, sono suscettibili di influire maggiormente sulle future decisioni dei giudici.

Inoltre la composizione transazionale garantirebbe all'organismo di essere franco da influenze puramente domestiche, impedendo applicazioni differenti a livello regionale le quali, al contrario, sono più probabili nell'azione di singoli individui, di per sé maggiormente influenzabili da tradizioni e sistemi giuridici di provenienza.

In definitiva, sia che si propenda per un'interpretazione demandata ai singoli individui, sia che si prediliga l'istituzione di un organo collegiale, si tratterebbe di soluzioni eminentemente "private" che valorizzerebbero l'origine contrattuale dell'arbitrato, consentendo un congruo compromesso tra un miglior governo delle questioni interpretative di diritto dell'Unione eventualmente insorte nel procedimento arbitrale e la salvaguardia di quei caratteri peculiari che rendono ancor oggi l'arbitrato uno dei mezzi più apprezzati di risoluzione delle controversie commerciali internazionali.

Osservatorio

TRIBUNALE ORDINARIO DI TREVISO,
Sezione Seconda – 5 novembre 2012, n. 1739
Profazio, Giudice monocratico

Conclusione del contratto – Forma scritta - Assenza di sottoscrizione di una parte – Contratti bancari
(Art.117 t.u.b.)

MOTIVI DELLA DECISIONE - Estratto

[...] Ad ogni buon conto, anche a voler aderire alla tesi dell’opponente per cui la previsione della clausola di pagamento a prima richiesta e la volontà negoziale, emergente dalle clausole della fideiussione nel loro complesso, di tenere comunque indenne la banca dagli effetti dell’eventuale declaratoria di invalidità del rapporto principale non siano idonee a recidere il rapporto di accessorietà tra la garanzia fideiussoria e il contratto di mutuo chirografario, l’opposizione non potrebbe ugualmente trovare accoglimento.

b) Non appaiono infatti fondate le censure sollevate dall’opponente in ordine all’inesistenza e, comunque, alla nullità del rapporto garantito, per i profili specificamente dedotti.

3.3.1. Quanto al primo di essi, quello relativo all’asserita nullità per difetto della forma scritta e per la mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca, deve evidenziarsi come i principi affermati dai precedenti giurisprudenziali, anche recenti, cui l’opponente si richiama, non possano ritenersi assolutamente condivisibili.

L’art. 117 t.u.b., infatti, si limita a prescrivere che i contratti bancari siano “redatti per iscritto” e che un esemplare sia consegnato al cliente, ma non richiede che la conclusione del contratto e, quindi, le dichiarazioni delle parti della propria comune volontà negoziale debbano necessariamente essere trasfuse nel medesimo supporto documentale.

Pretendere la necessità che il consenso dei contraenti sia racchiuso nel medesimo documento, ovvero che le reciproche dichiarazioni abbiano entrambe la forma scritta significa travalicare la portata precettiva dell’art. 117 t.u.b.

Inoltre, detta tesi non tiene in debito conto la natura peculiare della nullità prevista dall’art. 117 cit.

Si tratta, come è noto, di una ipotesi riconducibile alle c.d. nullità di

protezione di derivazione comunitaria, le quali, per la peculiarità della disciplina che le caratterizza, non appaiono in alcun modo sovrapponibili alla nullità codicistica, tradizionalmente intesa come quella patologia di gravità tale da rendere il negozio radicalmente improduttivo di effetti ed insuscettibile di sanatoria.

La forma scritta prescritta a pena di nullità dall'art. 117 t.u.b., nella logica di questo che è stato definito in dottrina come "neoformalismo comunitario", assolve essenzialmente alla funzione di colmare il divario informativo esistente in determinati settori tra i soggetti che vi operano professionalmente ed il contraente debole.

Ne consegue che la forma prescritta dall'art. 117 t.u.b. non appare integrare un elemento costitutivo e strutturale del contratto, imposto, come nella tradizione romanistica, allo scopo di richiamare il contraente sull'importanza del negozio che si accinge a compiere, ma appare un adempimento imposto al contraente forte e strumentale ai doveri di correttezza, buona fede e trasparenza contrattuale necessari a colmare l'iniziale e fisiologico *deficit* informativo tra le parti.

Tale nullità, atteso il suo carattere "relativo" e la finalità protettiva degli interessi particolari del contraente debole, può apprezzarsi, ad avviso dello scrivente, solo se vi sia stata in concreto una lesione dell'interesse protetto, lesione che, è di palmare evidenza, non può sussistere per la mera mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca contraente, atteso che il cliente, ricevendo il contratto redatto per iscritto, è stato pienamente messo in grado di conoscere e di comprendere ogni clausola contrattuale.

In altri termini, con la nullità atipica di cui all'art. 117 t.u.b. il legislatore ha recepito il principio comunitario che impone, in casi di asimmetria informativa tra le parti, l'obbligo di *clare loqui*, affinché il cliente sia quanto più possibile reso edotto dei diritti e obblighi connessi ai contratti relativi ai rapporti bancari e all'erogazione del credito.

La violazione della prescrizione formale non può quindi determinare l'inidoneità genetica del negozio a spiegare gli effetti suoi propri, atteso che lo stesso resta invece pienamente operativo e vincolante se il cliente della banca non lo eccepisca.

Essa non è neppure rilevabile d'ufficio, in quanto la sanzione è posta a presidio del solo interesse particolare di uno dei contraenti e non dell'interesse pubblicistico e superindividuale posto alla base della nullità codicistica, concepita dal legislatore del 1942 come la più grave forma di invalidità negoziale.

La persistente efficacia del negozio porta dunque a ritenere che rispetto a tale forma di invalidità non possa trovare applicazione la disciplina prevista dagli art. 1418 e ss cc (l'imprescrittibilità dell'azione di nullità; la rilevabilità d'ufficio; la legittimazione a far valere il vizio a chiunque vi abbia interesse; l'impossibilità della convalida del negozio nullo).

Ricostruita tale nullità in termini di una peculiare forma di tutela del

contraente debole, ne consegue come la stessa non possa ritenersi sussistente qualora il contratto (*rectius*: il documento che raccoglie le clausole contrattuali) sia effettivamente redatto per iscritto e consegnato alla parte, laddove venga dedotto soltanto il difetto di forma dell'accettazione da parte della Banca.

Inoltre, ulteriore precipitato del carattere non strutturale della suddetta nullità di protezione è che il perfezionamento dell'accordo possa essere dimostrato anche dalla dichiarazione confessoria della parte controinteressata contenuta nella copia dalla stessa sottoscritta, nonché risultare raggiunto attraverso schemi negoziali diversi dalla classica ipotesi dello scambio di proposta ed accettazione conforme, ivi compresa la conclusione nelle forme del contratto per adesione o per *facta concludentia*.

Per le ragioni esposte, il contratto di finanziamento garantito dall'A. non può ritenersi nullo per difetto di forma, né tantomeno inesistente per mancanza del requisito dell'accordo, essendovi peraltro nella epigrafe della copia sottoscritta dal l.r. della Archiutti Line Srl la dichiarazione della parte mutuataria «*Facciamo riferimento alla Vostra odierna sotto riportata, contenente le condizioni alle quali siete disponibili a concedersi un mutuo dell'importo di complessivi Euro 150.000,00 da destinarsi ad investimenti produttivi per dichiararvi la nostra piena ed incondizionata accettazione delle medesime*», nonché l'ulteriore dichiarazione in calce secondo cui «*un esemplare del presente contratto composto di 03 pagine ci è stato da Voi consegnato insieme con il relativo documento di sintesi che ne costituisce frontespizio*».

Tali dichiarazioni, che non potrebbero sostituire la manifestazione per iscritto delle dichiarazioni negoziali di proposta e accettazione nel caso in cui tale forma sia richiesta ex art. 1350 cc a pena di nullità "assoluta", appaiono pienamente idonee, nella logica della nullità di protezione, a provare l'esistenza della copia sottoscritta dalla banca e a ritenere comunque soddisfatte le prescrizioni formali dell'art. 117 t.u.b. (il quale, ricordiamo, si limita a richiedere che il contratto sia *redatto* - e non concluso - per iscritto e che un esemplare dello stesso sia consegnato al cliente).

Le considerazioni di cui sopra consentono, infine, di ritenere assorbite le questioni attinenti alla possibilità di convalida per *facta concludentia* del contratto, nonché agli effetti della produzione in giudizio della copia non sottoscritta.

[...]

La forma scritta priva di sottoscrizione alla prova della nullità di cui all'art. 117 t.u.b.

Annarita Freda

(Dottoranda di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia e nell'Università di Salisburgo)

Abstract The explanation of the decision of the Court of Treviso is focused on the requirement of written form without the element of the signature of one of the parties contracting. It address the general theme of the conclusion of the contract and clarify the nature of the penalty provided by Art.117 paragraph 3 of the Banking Act.

Sommario 1. La questione nodale. – 2. La forma scritta e la sottoscrizione. – 3. La crisi della sottoscrizione ed il formalismo negoziale. – 4. La nullità dell'art. 117 t.u.b.

1 La questione centrale

La controversia, che trae origine dall'atto di citazione con il quale A. L. Srl e il sig. A. P. hanno proposto opposizione avverso il decreto recante l'ingiunzione di pagamento nei confronti della società (dichiarata fallita nel 2010) a fronte del saldo passivo di due conti correnti bancari e di due mutui chirografari accessi nel 2007, e nei confronti del sig. A. P. in ragione della garanzia personale prestata in favore della società con riferimento ad uno dei mutui chirografari, offre l'occasione per ritornare sul tema generale e molto discusso del requisito della forma scritta priva della sottoscrizione di una delle parti, quindi sulla conclusione del contratto.

Gli opposenti, infatti, eccepivano principalmente la nullità, l'inesistenza e comunque l'inefficacia di tutti i contratti bancari intercorsi tra le parti e della fideiussione del sig. A. P. agli stessi collegata, in quanto privi del requisito della forma scritta prescritto dall'art. 117 d.lgs. n. 385/1993 e, comunque, della sottoscrizione della Banca. Quest'ultima evidenziava, invece: la natura relativa o "di protezione" della sanzione prevista dall'art. 117, co. 3, t.u.b., con la conseguente possibilità di convalida o sanatoria del vizio per effetto della pacifica attuazione del rapporto contrattuale e di comportamenti concludenti del cliente stesso; l'avvenuto perfezionamento del vincolo contrattuale nel rispetto del requisito formale, risultante dalla dichiarazione del cliente in ordine alla previa ricezione da parte sua di un esemplare del contratto debitamente sottoscritto; in ogni caso, l'efficacia della produzione in giudizio dei documenti in questione, quale valido equipollente della sottoscrizione mancante.

2 La forma scritta e la sottoscrizione

Il tema della forma costituisce uno degli aspetti cardine della teoria del contratto¹.

Le principali funzioni assolte dalla forma possono ravvisarsi²: nel favorire un'adeguata ponderazione del contratto ad opera delle parti; nel salvaguardare la certezza del rapporto tra i contraenti; nel garantire certezza nei rapporti con i terzi; nel fornire protezione ad una delle parti³. Nella visione dello sviluppo di quest'ultimo modello di funzione, per esempio, l'adozione della forma scritta meglio garantisce l'identificazione dell'oggetto del contratto ovvero di eventuali elementi accidentali che le parti vi hanno inserito, lascia meno margine di imprecisione circa gli obblighi assunti ed i diritti acquistati dalle parti⁴.

«La forma, in quanto elemento strutturale della fattispecie, deve sussistere nel momento in cui l'atto è compiuto, e non può essere surrogata da posteriori dichiarazioni ricognitive, ancorché formali»⁵. La mancanza della forma *ad substantiam* «produce l'assoluta invalidità e l'irrelevanza giuridica dell'atto»⁶, inibendone alle parti l'esecuzione, la conferma o l'accettazione⁷.

«Nel nostro sistema vige un principio di stretta correlazione fra la forma di un atto e la natura dei suoi effetti, per cui solo i negozi giuridici diretti a realizzare determinati effetti sono soggetti all'onere della forma solenne»⁸.

«Il requisito di forma si ritiene soddisfatto solo se il documento costituisce l'estrinsecazione diretta della volontà negoziale senza possibilità di atti ripetitivi o ricognitivi: in virtù del nesso normativo di corrispondenza che sussiste tra fattispecie ed effetto, la forma non può essere concepita che

1 M. MESSINA, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2004; E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, rist., Napoli, 1994, p. 126 s.; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 7.

2 U. SALVESTRONI, *Spunti sul vecchio e nuovo formalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 426 ss.

3 Un'efficace sintesi delle diverse funzioni che il rigore formale è chiamato ad assolvere si trova in V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 219 ss.

4 D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori, contratti d'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 657 ss. e G. STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 199 ss.

5 L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto, dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 27.

6 M. GIORGIANNI, *Forma degli atti* (voce), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 997.

7 M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 994, citato da L. MODICA, *op. cit.*, p. 28.

8 V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 384.

come requisito strutturale del contratto, del quale determina pertanto la venuta ad esistenza, in quanto fatto corrispondente allo schema legale, iniziando alle parti di eseguirlo, confermarlo o accettarlo successivamente»⁹.

L'assenza della forma prescritta a fini costitutivi non sempre, però, è reputata tanto grave da non consentire la sopravvivenza dell'atto¹⁰.

Esempio rappresentativo è quello della formazione giudiziale del documento¹¹, che si sintetizza nella regola secondo cui la produzione in giudizio, operata dalla parte che non l'aveva sottoscritta, di una scrittura privata perfeziona, sul piano sostanziale/probatorio, il contratto in essa contenuto, a condizione che la controparte del giudizio sia la stessa che aveva già sottoscritto il contratto e non abbia revocato, prima della produzione, il consenso prestato¹². La giurisprudenza usa spesso questo meccanismo¹³.

Una simile soluzione apre questioni difficilmente superabili: «l'efficacia sanante della produzione in giudizio non solo annulla la regola che vuole, per la conclusione di un contratto formale, che formali siano *ab initio* la proposta e l'accettazione, ma si spinge fino a rompere la corrispondenza fra i due atti negoziali, ammettendo che l'accettazione possa intervenire dopo un larghissimo lasso di tempo dall'invio della proposta»¹⁴.

Nel momento in cui la giurisprudenza tiene conto che il consenso di una parte possa essere stato revocato, chiaramente considera il contratto non

9 L. MODICA, *op. cit.*, p. 55.

10 L. MODICA, *op. cit.*, p. 68.

11 Cass., 12 giugno 2006, n. 13548. Il tema viene approfondito da L. MODICA, *op. cit.*, in maniera scrupolosa ed esauriente da p. 68; e da C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina*, IV, Milano, 2009, p. 601.

12 Cass., 11 marzo 2000, n. 2826, in *Contratti*, 2000, p. 1093, con nota di V. TIMPANO, *La produzione in giudizio come equipollente della sottoscrizione*. Non dissimile appare, dal profilo qui considerato, l'orientamento per cui «il contraente la cui sottoscrizione sia stata apposta apocriefamente nel documento rappresentativo di un contratto, per il quale sia richiesta dalla legge la forma scritta, può validamente perfezionarlo, al fine di farne valere gli effetti con l'altro contraente sottoscrittore, producendolo in giudizio o manifestando alla controparte, con un proprio atto scritto stragiudiziale, la volontà di avvalersi del contratto». Sempre che, precisa la Corte, «la conferma del contraente non sottoscrittore non sopraggiunga dopo che la controparte abbia già revocato il proprio assenso, ciò rendendo impossibile la formazione dell'accordo contrattuale» Cass., 14 aprile 2004, n. 7075, in *Mass. giust. civ.*, 2004, p. 875.

13 Per un indirizzo giurisprudenziale consolidato, la produzione in giudizio di un documento sottoscritto soltanto dall'altro contraente vale a sanare il difetto di sottoscrizione di colui che produce l'atto, in quanto configura una inequivoca espressione della volontà di avvalersi del negozio documentato dalla scrittura incompleta; viceversa, risulta inutilizzabile la scrittura ad opera della parte che, avendola sottoscritta, la produca in giudizio nei confronti dell'altra che non vi ha apposto la sottoscrizione. Tale indirizzo giurisprudenziale è ricordato anche da E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, p. 19.

14 L. MODICA, *op. cit.*, p. 69 s., che a sua volta cita R. SACCO, *La forma*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 301.

ancora concluso, con conseguente efficacia *ex nunc* della sanatoria¹⁵. Ma l'attribuzione alla produzione in giudizio del potere di attrarre nell'area della validità il contratto difettoso avrebbe senso solo se sottointendesse che la proposta sia stata opportunamente accettata, con conseguente efficacia costitutiva *ex tunc* della produzione in giudizio¹⁶.

Il requisito formale viene sottratto, in presenza di un comportamento inequivocabilmente volto alla riconduzione a sé del testo negoziale, dalla sua consueta cornice teorica: siamo di fronte alla scomposizione di due elementi, testo scritto e sottoscrizione, richiesti per la formazione di una scrittura privata¹⁷.

Solo il testo scritto, secondo i giudici, è veramente imprescindibile al fine di soddisfare la prescrizione di forma, mentre la sottoscrizione, concepita come un fattore accessorio rispetto al documento, può anche mancare, se surrogata da un comportamento che fissi la provenienza di quel documento¹⁸.

Quando si stipula per iscritto un contratto, invece, deve assumere carattere essenziale la sottoscrizione ad opera dei contraenti (art. 2702 c.c.), la quale svolge la duplice funzione di individuare gli autori della scrittura, cioè le parti, e di attestare circa l'assunzione degli impegni risultanti dal testo scritto¹⁹.

La sottoscrizione è, infatti, il momento finale della sequenza perfezionativa del contratto formale e la sua mancanza impedisce che l'accordo possa ritenersi raggiunto (quante volte la forma scritta è richiesta *ad substantiam*) ovvero possa essere provato (se tale forma è richiesta *ad probationem*)²⁰.

15 M.C. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 2000, p. 288; M. ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997, p. 392.

16 L. MODICA, *op. cit.*, p. 70, che a sua volta cita R. SACCO, *op. cit.*, p. 301, nt. 16. Nello stesso senso S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, Art. 1350, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, p. 88.

17 E. FAZIO, *op. cit.*, ripreso anche da L. MODICA, *op. cit.* già più volte cit.

18 P. RESCIGNO, in *Presentazione* a A. NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*¹², Napoli, 1981.

19 Sulla sottoscrizione quale combinazione di segni grafici che, secondo una data chiave di decifrazione linguistica, acquista un significato corrispondente al nome e cognome del soggetto che assume la paternità del documento in calce al quale è apposta, v. S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 58; sulla funzione della sottoscrizione esclusivamente attributiva della paternità dell'atto e su quella dichiarativa della stessa, cioè espressiva della volontà di assumere gli effetti dell'atto, v. ID., *op. cit.*, p. 64 s., come riportato anche da E. FAZIO, *op. cit.*, p. 18, nt. 37.

20 L. METELLI, *Esibizione in giudizio di proposta unilateralmente sottoscritta e conclusione del contratto per fatto concludente*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 430 ss.; R. CLARIZIA, *La libertà di forma in Civil law ed in Common law. Il contratto telematico*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 186, si chiede «che senso ha parlare di "libertà di forma" se l'atto giuridico deve avere necessariamente un *vestimentum* affinché sia intelligibile una volta uscito dalla sfera del dichiarante»; S. LANDINI, *op. cit.*, p. 58 e p. 64 ss. Di formazione giudiziale dei contratti solenni scrive S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, CXVI, 2004, I, p. 142, v. anche A. LISERRE, *La forma*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, t. III, Torino, 1999, p. 451 ss.

Spesso la scrittura privata viene formata in tante copie quante sono le parti del contratto, sottoscrivendo poi ciascuna parte le copie che restano in possesso delle altre²¹. L'assenza di sottoscrizione dovrebbe impedire di per sé la conclusione del contratto, cosicché il soggetto che produce in giudizio una copia del contratto non sottoscritta da tutte le parti, in buona sostanza, esibisce una proposta contrattuale non accettata²².

L'accettazione, nell'opinione dottrinale, non ammette equipollenti in caso di forma *ad substantiam*, cosicché appunto l'esibizione in giudizio collegata alla domanda di esecuzione potrà avere solo valore confessorio con riguardo all'esistenza e al contenuto del contratto ma non varrà a dar vita, in favore della parte, ad un titolo suscettibile di esecuzione²³.

La giurisprudenza, come anticipato, ritiene invece che l'equipollenza possa essere ammessa se la parte che non ha sottoscritto chiede l'esecuzione²⁴, sia perché in linea di principio le sottoscrizioni non debbono necessariamente essere contestuali, sia perché equivarrebbe a sottoscrizione l'inequivocabile manifestazione di volontà di avvalersi del negozio documentato dalla scrittura incompleta, sia infine perché varrebbe la sottoscrizione della procura processuale rilasciata al difensore essendo la domanda giudiziale inscindibilmente legata e dipendente dalla scrittura prodotta.

Esistono tendenzialmente, anche per la giurisprudenza, alcuni limiti a tale equipollenza. Innanzitutto, l'esibizione deve avvenire nei confronti di chi ha sottoscritto ad opera della parte che non ha sottoscritto; in secondo luogo, la produzione non vale accettazione quando la controparte abbia nel frattempo manifestato in modo non equivoco la volontà di non eseguire il contratto, ma non se ne abbia eccepito la nullità - abbia cioè revocato il proprio consenso, atteso che il contratto non sottoscritto da una parte equivale a proposta dell'altra, sempre revocabile *ex art. 1328 c.c.*

L'orientamento giurisprudenziale non considera affatto che l'accettazio-

21 F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di Diritto Civile*², Milano, 2010, p. 167 ss.

22 F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*¹⁶, Napoli, 2013, p. 294 ss.

23 Questo è quanto si intende anche dai ragionamenti di L. MODICA, *op. cit.*, p. 191 ss.

24 Cass., 5 novembre 1998, n. 11145, in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, il contraente che non abbia materialmente sottoscritto l'atto negoziale può validamente perfezionarlo producendolo in corso di giudizio al fine di farne valere gli effetti nei confronti dell'altro contraente, a condizione che, *medio tempore*, quest'ultima, pur avendo validamente sottoscritto l'atto, non abbia poi revocato il proprio consenso prima della presentazione della domanda giudiziale. La produzione in giudizio, viene precisato, rileva in quanto attesti l'inequivoca manifestazione di volontà della parte di far proprio il contratto. In altre massime si fa riferimento all'atto di citazione, *cfr.* Cass., 23 aprile 1981, n. 2415, nella quale l'atto di citazione, ove contenga la manifestazione di volontà di valersi della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta, realizza un valido equivalente della sottoscrizione mancante, data la natura della citazione di atto unilaterale recettizio, idoneo a determinare effetti sostanziali per l'attore che, con il rilascio della procura in calce o a margine della stessa, ne fa proprio il contenuto.

ne deve intervenire nel termine previsto dall'art. 1326, co. 2, c.c., sicché la produzione in giudizio sarebbe comunque tardiva. Senza contare, inoltre, che sembra più corretto fissare la conclusione del contratto al momento non già dell'esibizione ma della stipulazione²⁵.

3 La crisi della sottoscrizione ed il formalismo negoziale

Gli oneri formali, che in passato riguardavano prevalentemente i contratti relativi a beni immobili, gli atti a titolo gratuito o i negozi destinati al soddisfacimento di interessi pubblici, appaiono ora rivolti a tutelare in modo più pregnante il consumatore o l'investitore²⁶.

Nel nuovo diritto dei contratti il termine "forma" registra, secondo la ricostruzione di Pagliantini²⁷, diversi significati: sinonimo di requisito strutturale del contratto, prescritto a pena di nullità, forma quindi come *vestmentum*, nei casi nei quali si materializza una forma *ad substantiam* di protezione seriale; forma come *quid* nel quale si sostanzia una modalità formale necessaria della stipulazione, la forma come documento o prospetto informativo *standard* che idealmente scaccia e mette fuori gioco l'endemica asimmetria informativa del consumatore, ovvero forma come *modulo*, involucro di obblighi informativi, imputati al professionista, consustanziali ad ogni contratto asimmetrico.

La finalità informativa²⁸ si collega appunto al connubio della forma con

25 Siccome la stipulazione si perfeziona in tale momento, non può parlarsi di efficacia retroattiva del contratto, la produzione in giudizio del documento supplisce solamente alla mancanza della sottoscrizione della parte con effetti retroagenti al momento della stipulazione.

26 U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, Milano, 2006, p. 503; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 22 ss. La forma nel codice civile è strettamente legata all'oggetto del contratto, ove la disposizione dell'art. 1350 c.c. concerne gli atti di disposizione su beni immobili. Il formalismo del diritto speciale, invece, riflette il rapporto che avvolge gli interessi di determinate categorie di soggetti, dai consumatori agli inquilini, dagli utenti dei servizi bancari e finanziari. Forma diretta a rafforzare la conoscibilità, la trasparenza, la certezza, la comprensibilità anche nelle fasi precedenti e susseguenti la formazione del contratto. Una nuova forma, unidirezionale a protezione di uno dei soggetti del rapporto ed altresì polivalente che, per alcuni studiosi, è «veicolo necessario di informazioni necessarie» che ha poco a che fare con la forma quale elemento strutturale della fattispecie contrattuale.

27 S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale* (voce), in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2011, p. 772 ss. e già prima, pur se in un diverso contesto, P. SPADA, *La fase costitutiva dell'impresa*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, IV, Milano, 1990, p. 13 ss.

28 A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 69 «è una forma che consiste nel variegato catalogo di informazioni documentali obbligatorie, ancillari ad un contratto *in itinere*, che può essere, a sua volta, scritto o amorfo. La documentalità è dell'informazione, rilevando come supporto necessario di regole contrattuali (formalismo *standard*)».

gli obblighi legali di informazione²⁹ e determina una reviviscenza dei vincoli formali (il c.d. neoformalismo di protezione). In questo scenario la forma assume, in altre parole, il duplice ruolo di strumento di documentazione delle informazioni rilevanti per favorire il compimento di scelte consapevoli da parte del consumatore, secondo un modello anticipatorio di tutela del contraente debole³⁰, e di strumento che consente al consumatore la cono-

29 Gli obblighi di informazione investono non solo la fase precedente la conclusione del contratto ma anche il perfezionamento dell'accordo e la successiva esecuzione del rapporto contrattuale, essendo funzionali ad entrambi gli aspetti della consapevole formazione del consenso e della corretta gestione per l'appunto del rapporto contrattuale. La debolezza del consumatore si risolve, infatti, essenzialmente nell'asimmetria informativa (S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, in *La didattica del diritto civile*, a cura di S. Mazzamuto e E. Moscati, Torino, 2012, p. 210 ss.). L'espansione degli interventi normativi sul fronte delle informazioni è abbinata al carattere imperativo delle disposizioni che ne impongono la comunicazione alla parte sprovvista e, dunque, contrattualmente più debole. Il connotato imperativo degli obblighi di *disclosure* ha indotto una parte della dottrina e alcuni filoni giurisprudenziali a ritenere che la loro violazione comporti la nullità del contratto alla cui origine si pone la carenza di informazioni, invocando la c.d. nullità virtuale di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., che più correttamente andrebbe etichettata come nullità per violazione di norme imperative. La replica si è incentrata sulla natura di regole di condotta degli obblighi informativi che dovrebbe suggerire l'esclusione del ricorso alla nullità, la quale scatta quando il contrasto insorge tra la norma imperativa e la regola negoziale consacrata nella *lex contractus* e non anche tra la prima e l'atto o il comportamento materiale compiuto in sede di esecuzione del contratto (G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto, dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 367 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 147 ss. e p. 239 ss.; A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1284 ss.). La contropartita ha fatto leva sull'attitudine degli obblighi informativi di origine comunitaria ad incidere sulla struttura del contratto (V. ROPPO, *Il contratto del duemila*³, Torino, 2005, p. 50 ss.): una caratteristica questa che colora le norme imperative che sanciscono tali obblighi di un significato ulteriore rispetto a quello di mero indirizzo del comportamento dei contraenti, tanto in fase precontrattuale quanto in fase di esecuzione dell'accordo, caricandole anche della funzione di parziale predeterminazione del contenuto del contratto, secondo una traiettoria operativa che ricalca il classico schema dell'integrazione del regolamento contrattuale. Il dibattito interseca il tema della c.d. giustizia contrattuale ossia del presunto principio di equilibrio economico del contratto secondo una misura che non è quella della giustizia puramente commutativa: un principio che legittimerebbe l'intervento giudiziale sul contenuto del contratto per reagire alle gravi iniquità dei termini economici dello scambio e ciò, a seconda delle letture, a prescindere da una qualche anomalia nel processo decisionale che ha condotto al contratto e quale che sia la condizione dei contraenti (F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 185 ss.; G. GUIZZI, *Congruietà dello scambio e contratti di credito, ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto*, in *Squilibri e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 437 ss.) oppure soltanto in presenza di una situazione di disparità per così dire macroeconomica tra le parti e, dunque, al cospetto di un condizionamento del processo di autodeterminazione del contraente meno forte (E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 413 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; A. D'ANGELO, *La buona fede, Il contratto in generale*⁴, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2004, p. 155 ss., in part. p. 255 ss.).

30 S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 45 ss.

scienza immediata del contenuto di un contratto che egli non ha contribuito a predisporre³¹.

Uno degli ambiti normativi che maggiormente hanno contribuito ad una innovazione della disciplina della forma e della conseguente rimeditazione della figura, è costituito, senza dubbio, dalla materia dei contratti bancari.

Gli interventi legislativi in questo settore si sono susseguiti lungo tutto l'arco degli anni '90, sulla spinta di sollecitazioni provenienti da diversi contesti, al fine di ridimensionare lo squilibrio tra banca e cliente nei suoi molteplici aspetti e fondamenti.

Una delle principali ragioni di tale sbilanciamento risiede nello iato di conoscenza, competenza e preparazione nel settore, che di regola sussiste tra banca e cliente³². L'apparato di informazioni, di tecniche, la preparazione e la competenza che possono vantare le banche nel relativo settore è, di norma, di macroscopica sproporzione rispetto al cliente. Tuttavia, la materia bancaria, forse anche più di altri ambiti, costituisce riprova di quanto sia riduttivo ed inesatto discorrere di un'unica figura di consumatore³³.

Tra le modalità ritenute proficue per attutire siffatto sbilanciamento, il legislatore ha individuato i principi della trasparenza e dell'informazione, quali criteri che debbono ispirare l'insieme dei rapporti col cliente, e non soltanto su specifici momenti e/o aspetti.

L'art. 117 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, invocato nella controversia di cui si tratta, sancisce l'obbligo di concludere il contratto che intercorra tra banca o intermediario finanziario da un lato, e cliente dall'altro, di qualsiasi tipo esso sia, con la forma scritta, a pena di nullità.

L'art. 117 nel suo primo comma impone il requisito della forma scritta per tutti i contratti conclusi dalle banche con la propria clientela nell'esercizio dell'impresa, salva diversa previsione da parte del CICR ed aggiunge che «un esemplare è consegnato ai clienti». *Ratio* della disciplina è quella di assicurare maggiore certezza nei rapporti della banca col cliente, maggiore conoscibilità e consequenziale consapevolezza di quest'ultimo circa la regolamentazione effettiva del rapporto³⁴.

31 A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 296 ss.; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, p. 38 ss.

32 A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993, p. 10.

33 Consumatore e cliente sono figure che vengono accomunate nell'intento di soddisfare una pretesa comune esigenza del contraente giuridicamente debole al cospetto della forza dell'ente bancario o creditizio, eppure sarebbero ben distinte e solo occasionalmente coincidenti. Sulla necessità di declinare al plurale la figura del consumatore, P. STANZIONE, *Contratti dei consumatori e responsabilità dei produttori*, in *Diritto comparato, comunitario e transnazionale, Lezioni per un master*, a cura di G. Autorino, Salerno, 2000, II, p. 189 ss.

34 V. ALLEGRI, *Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell'ottica della tutela del contraente debole*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 50; nella stessa rivista,

Dispone il terzo comma che l'obbligo di forma scritta è previsto a pena di nullità. La sanzione che il comma 3 contempla è quella della c.d. nullità relativa, atteso che l'invalidità può essere fatta valere soltanto dal cliente, non anche dalla banca. Diverso regime sanzionatorio è previsto in caso di violazione dell'obbligo previsto dal comma 1, ostano infatti all'applicazione della conseguenza della nullità sia il dato positivo (il comma 3 dell'art. 117 prevede la nullità soltanto per l'inosservanza della forma scritta del contratto), sia la *ratio* della disciplina, che intende fornire chiarezza e trasparenza per una determinazione della libertà negoziale che sia il più possibile consapevole e cosciente. Una volta che il contratto è concluso, il cliente potrà sempre chiederne una copia, ma è da interrogarsi, piuttosto, se in tale fase, ossia fino a quando il cliente non abbia ricevuto un esemplare del contratto, la banca possa far valere, nei riguardi di questo, le condizioni a lui sfavorevoli³⁵. In ogni caso la consegna dell'esemplare costituisce l'ulteriore previsione, da parte del legislatore, di un adempimento di tipo formale, in funzione di garanzia del cliente (in quanto assolvimento delle esigenze di trasparenza ed informazione) e della banca (dal momento che assicura il regolare svolgimento del rapporto e così l'efficienza della propria attività).

Il Tribunale di Parma, proprio in relazione ai contratti bancari³⁶, ma tale principio è applicabile a tutti i contratti per i quali sia prevista una forma scritta, con sentenza 4 maggio 2011³⁷, ha stabilito che «Non può ritenersi validamente concluso il contratto per il quale sia prevista la forma scritta a pena di nullità in presenza della dichiarazione di volontà sottoscritta da una sola parte, seppur accompagnata dalla sua dichiarazione confessoria di aver ricevuto copia del contratto sottoscritto anche dall'altra». La forma scritta richiesta a pena di validità nei contratti bancari comporterebbe necessariamente la produzione in giudizio di un atto sottoscritto non solo dal cliente, ma anche dalla banca³⁸.

«Trattandosi di nullità, non può essere utilizzato l'interesse che si assume sotteso alla norma per escludere che il cliente abbia subito da tale

G. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti dei consumatori)*, 1997, I, p. 100.

35 F. MACARIO, Sub art. 124, in *Commento alle norme di attuazione delle direttive comunitarie in materia di credito al consumo (artt. 121-126 d.leg. n. 385/93, t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia)*, a cura di N. Lipari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 813.

36 A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1966, p. 386; A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 289 ss.; G. FAUCEGLIA, *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 423; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 287 ss.

37 M. TICOZZI, nota a Trib. Parma, 4 maggio 2011, *Il contratto con forma scritta: la mancanza di sottoscrizione di una parte e la confessione dell'altra. Sentenze di merito contro una inedita sentenza della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 315 ss.

38 Così, tra le molte, Trib. Torino, 5 febbraio 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2334 ss.

profilo un pregiudizio»³⁹: «se di nullità si discute, l'interesse non è solo quello della parte, che potrebbe in tesi utilizzare opportunisticamente la previsione che imponga una forma, ma è anche quello della collettività, ed allora non dovrebbe sussistere alcuna possibilità di convalida»⁴⁰. L'inerzia del cliente che accetti la situazione senza sollevare contestazioni dovrebbe restare irrilevante⁴¹.

Appaiono poco sostenibili le tesi proposte dalla maggior parte dei giudici di merito che sembrano, invece, esprimere un "disagio"⁴² nell'accogliere le azioni "formalistiche" dei clienti⁴³. «L'azione è di nullità e non può essere

39 M. TICOZZI, *op. cit.*, p. 317, che a sua volta cita C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 278, il quale Autore sottolinea proprio come «occorre comunque tener presente che la considerazione degli interessi perseguiti generalmente dalla norma impositrice di un onere formale non può dispensare l'applicazione nelle singole fattispecie. Il contratto privo della forma necessaria deve pertanto considerarsi nullo anche se le parti avessero espresso un consenso consapevole e certo». In senso parzialmente diverso, P. PERLINGERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Milano, 1987, p. 120, evidenzia come «la violazione di norme inderogabili non comporta necessariamente la nullità dell'atto e l'irrelevanza dei suoi effetti; la nullità non rappresenta una costante dell'inderogabilità, né l'inderogabilità è una costante delle norme sulle forme legali dell'attività negoziale, e comunque non si desume dal tenore imperativo della proposizione legislativa ma si configura quale risultato di una complessa operazione ermeneutica».

40 M. TICOZZI, *op. cit.*, prosecuzione del discorso di p. 317.

41 Ovviamente, a seconda dei casi, l'interesse sotteso alla previsione dell'obbligo di forma può avere finalità plurime, che comunque non si limitano a proteggere la sola parte del contratto. In generale sul tema si veda V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 220 s.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 2010, p. 246 ove si mettono in luce alcune delle diverse funzioni della forma, tenuto conto dei diversi obblighi imposti; L. MODICA, *op. cit.*, p. 37 s., la quale evidenzia come la prescrizione dell'obbligo di forma non si limiti a tutelare interessi di parte ma anche interessi di natura pubblica, sociale o statale; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 278, indica come accanto alla funzione della responsabilizzazione del consenso vi sia quantomeno anche quella di certezza dell'atto.

42 Espressione ripresa dalle parole di M. TICOZZI, *op. cit.*, prosecuzione del discorso di p. 317.

43 Cass., 2 ottobre 1996, n. 8620, in *Mass. giust. civ.*, 1996, p. 1356, secondo cui le scritture private prive di sottoscrizione non possono rientrare nel novero delle scritture private aventi valore giuridico formale neppure quando non ne sia stata impugnata la provenienza dalla parte a cui vengono opposte. *Contra* Cass., 4 giugno 1993, n. 6232; Cass., 15 dicembre 1997, n. 12673; Cass., 28 maggio 1997, n. 4709; Cass., 18 giugno 2003, n. 9697; e Cass., 7 aprile 2005, n. 7274. Sebbene riconosca che in questa maniera si pongano oggettivamente a rischio di invalidità una larga parte di rapporti bancari, R. MARAGNO, *Trib. Torino, 5 gennaio 2010*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 926 ss., sostiene che, contrariamente argomentando, si finirebbe in ultima analisi per considerare concluso un contratto sulla base della semplice volontaria esecuzione dello stesso. L'autore rammenta, criticandoli, anche casi in cui le Corti di merito hanno ritenuto di respingere le domande di nullità formulate in giudizio dagli investitori delusi sulla base della valutazione degli interessi sottesi alla nullità relativa. In particolare, quelle nelle quali si è ritenuto che la prescrizione di forma prevista non riguarderebbe la sottoscrizione dell'intermediario, ma solo quella del cliente, in virtù del fatto che l'intermediario non potrebbe mai eccepire al cliente la nullità del rapporto e perciò si dovrebbe ritenere *a fortiori* che il cliente non possa eccepire alla controparte la mancanza nel contratto quadro della sua sottoscrizione. V. anche Trib. Novara, 2 novembre 2009, in <http://www.consultalex.it>, dove si è ritenuto del tutto estranea allo scopo della prescrizione formale la sottoscrizione

convalidata perché anche la nullità di protezione, seppure la parte non tutelata difetti di legittimazione alla relativa eccezione, resta un rimedio diretto a proteggere un interesse di carattere generale; il cliente ha poi un evidente interesse alla dichiarazione di nullità del contratto, perché a questa consegue il suo diritto a vedersi restituiti gli interessi e gli altri oneri che non siano dovuti»⁴⁴.

La pratica quotidiana dimostra che molto spesso il contraente professionale omette la propria sottoscrizione, limitandosi il più delle volte a sottoporre al cliente un modulo da firmare e di cui poi consegna un esemplare, senza che alla sottoscrizione dell'aderente si accompagni la firma del predisponente. Il codice civile non offre alcuna definizione né di sottoscrizione né di scrittura privata, eppure, è opinione diffusa, argomentata a partire dalle norme che regolano le prove documentali⁴⁵, che «il requisito di forma imposto a fini costitutivi è soddisfatto quando le parti redigano un documento corredato dalla sottoscrizione di ciascuna»⁴⁶.

Considerato il crescente fenomeno di separazione del rapporto tra firma autografa e testo scritto⁴⁷, nonché la mancanza di una definizione legale, bisogna comprendere se la sottoscrizione sia indissociabilmente legata alla nozione di scrittura privata, il che comporterebbe altrettanti vizi formali tutte le volte in cui il professionista non apponga in calce al documento contrattuale la propria firma, oppure sia una fra le possibili tecniche di imputazione del documento, come tale surrogabile in presenza di altri e diversi indici di riconducibilità dello scritto al suo autore⁴⁸.

La lista degli equivalenti della sottoscrizione che la giurisprudenza ha elaborato farebbe propendere per un approccio non formalistico al tema, ma la dottrina, come già ricordato, intende contenere l'equiparazione tra sottoscrizione e altri criteri di imputazione al piano della sola efficacia probatoria, negando che detta equivalenza possa tradursi sul piano sostanziale⁴⁹.

dell'intermediario, il quale, peraltro, non potrà mai dedurre la nullità del contratto ai sensi dell'art. 23 t.u.f., neppure per la mancanza della sua firma.

44 M. TICOZZI, *op. cit.*, sempre p. 317. In senso opposto Trib. Arezzo, 23 dicembre 2010, per la quale «la forma scritta, imposta dall'art. 23 t.u. n. 58/1998, per la stipula del contratto quadro, assolve ad una funzione informativa più che a quella di tradizionale avvertenza dell'importanza dell'atto e, pertanto, affinché possa ritenersi adempiuto l'onere formale è sufficiente che il cliente abbia ricevuto un esemplare dell'atto da lui sottoscritto».

45 Artt. 2702-2720 c.c.

46 L. MODICA, *op. cit.*, p. 193, la quale cita a sua volta B. CARPINO, *Scrittura privata* (voce), in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 805.

47 N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 25.

48 Questo è l'obiettivo che si pone L. MODICA, *op. cit.*, p. 193.

49 Prosegue l'Autrice qualche riga più in basso.

«Nell'ipotesi di formazione giudiziale di un negozio solenne la manifestazione della volontà resa in giudizio di far propri gli effetti del contratto ad opera di colui che non l'ha sottoscritto infrange il collegamento tra scrittura privata e firma autografa e soppianta il criterio della sottoscrizione nel processo di riconduzione a sé del documento, di fatto sanando il vizio formale. Muovendo da una nozione di scrittura privata connotata indissociabilmente dalla sottoscrizione, le critiche della dottrina appaiono del tutto condivisibili»⁵⁰. La giurisprudenza invece, spesso, ed anche nel caso trevigiano dal quale si sono prese le mosse, decide di preferire il rispetto dell'impegno assunto dai contraenti al rigido formalismo, «appellandosi ad una sorta di *fictio iuris* che, pur non trovando espliciti appigli nel diritto positivo, consente una inequivoca determinazione della paternità del documento»⁵¹.

La presenza della sottoscrizione del contraente professionista non aggiungerebbe nulla sotto il profilo informativo ove la provenienza dell'offerta sia comunque certa⁵². Accedendo ad una nozione di scrittura privata intesa non più soltanto quale documento sottoscritto ma documento di cui si possa con certezza verificare la paternità, nell'ambito della contrattazione consumeristica, dove l'esigenza è essenzialmente quella di individuare criteri che consentano di rintracciare la provenienza dell'offerta in modo inequivoco, l'impiego del criterio della consegna, cui lo stesso legislatore mostra di accordare favore, bene può assolvere a tale funzione⁵³.

In questa maniera si sposta il momento di rilevanza della forma dal tradizionale piano della documentazione a quello del possesso del documento⁵⁴.

In questa direzione, il fenomeno della crisi della sottoscrizione fa venire meno, in presenza di certe condizioni entro le quali il contratto si colloca, la necessità della sottoscrizione da parte del contraente professionale. Ne esce ridimensionata l'idea della forma quale requisito strutturale dell'accordo e quindi di ciascuna delle dichiarazioni che in esso si fondono⁵⁵.

50 L. MODICA, *op. cit.*, p. 194.

51 Ed anche in questo il riferimento è alle parole di L. MODICA, *op. cit.*, p. 194.

52 R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 22.

53 Al riguardo si veda R. ALESSI, V. MANNINO, *Profili del neoformalismo negoziale*, Napoli, 2013.

54 Questo è quanto fatto notare da R. ALESSI durante una lezione dal titolo "Forma. Informazione e Formulari. Declino del formalismo?", tenutasi il giorno 4 dicembre 2013 presso l'Università Ca' Foscari Venezia nel piano del Progetto dottorale di Alta Formazione, Dottorato in Diritto, Mercato e Persona.

55 V. ancora le acute riflessioni di L. MODICA, *op. cit.*, p. 191 ss. e le parole della Prof.ssa Alessi nella lezione ricordata.

4 La nullità dell'art. 117 t.u.b.

Il quadro normativo di matrice consumeristica ci rimanda ad un uso abbondante del formalismo negoziale⁵⁶, il quale talora si presenta nella normale veste di prescrizione espressamente *ad substantiam*, talaltra invece sembra ridimensionare il suo legame inscindibile con l'architettura dell'atto di autonomia privata (la struttura), come nel caso della vendita di pacchetti turistici (ove è affidata ad una norma imperativa⁵⁷) o della subfornitura ove appare per legge soddisfatto anche dall'iniziativa di esecuzione del destinatario della proposta⁵⁸.

Il Tribunale di Torino, con sentenza 23 novembre 2009⁵⁹, ha ritenuto soddisfatto il requisito della forma scritta previsto per il contratto relativo alla prestazione di servizi finanziari in quanto esibito in giudizio dall'intermediario, ancorché lo stesso non l'avesse sottoscritto. Come più volte ripetuto, la giurisprudenza, piuttosto univocamente, afferma la possibilità di sanare giudizialmente la nullità del contratto privo della forma richiesta *ad validitatem* ammettendo che il contraente che non abbia sottoscritto possa comunque perfezionare l'atto mediante la sua produzione in giudizio

56 Il riferimento è sempre alle parole di R. ALESSI, tanto quelle pronunciate nella lezione sopra indicata quanto quelle dell'opera *Profili del neoformalismo, supra cit.* Dalla medesima Autrice sono ripresi anche i riferimenti giurisprudenziali di seguito commentati.

57 L'art. 35 cod. tur. prevede che il contratto sia redatto in forma scritta, ma nulla aggiunge circa le conseguenze della violazione del precetto di forma. Siamo di fronte ad una forma prescritta a fini di validità dell'atto ma l'effetto invalidante della violazione della forma prescritta discenderebbe dalla natura imperativa della norma. Dunque la nullità per vizio di forma esce dall'ambito naturale della c.d. nullità strutturale del co. 2 dell'art. 1418 c.c. (mancanza dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.) o testuale (ultimo comma dell'art. 1418 c.c.) in ragione della necessaria presenza di una prescrizione di invalidità che accompagna il precetto di forma secondo l'art. 1325, n. 4, e si colloca, invece, nella c.d. nullità virtuale, per violazione di norme imperative ex art. 1418, co. 1, c.c. Esito che ha ricevuto l'avallo della Cass., 3 novembre 2008, n. 26422, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 902. Su tale questione v. R. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 236.

58 Nell'art. 2, l. 18 giugno 1998, n. 192 si profila l'ammissibilità di una conclusione del contratto mediante esecuzione ai sensi dell'art. 1327 c.c. La forma scritta *ad substantiam* trova un surrogato nell'esecuzione, seppur parziale perché il richiamo all'art. 1341 c.c. rimanda comunque ad un vincolo di sottoscrizione a parte delle clausole vessatorie. Ma si tratta, chiaramente, di un ulteriore esempio di destrutturazione del vincolo di forma. È evidente, infatti, che con tale deroga il legislatore ha inteso adattare il requisito della forma scritta alle specifiche esigenze inerenti l'attività oggetto di disciplina. La prescrizione citata può inquadrarsi nel fenomeno definito come "crisi della sottoscrizione", relativo alla tendenza del legislatore ad introdurre nel nostro ordinamento fattispecie formalmente diverse dalla tradizionale sottoscrizione autografa, in conseguenza dell'esigenza di adattare le forme di espressione della volontà giuridica, ed in generale la disciplina documentale, al continuo evolversi dei mezzi di comunicazione. Al riguardo v. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 135, ma anche B. DEL VECCHIO, *Riflessioni sul valore giuridico della sottoscrizione elettronica*, in *Riv. not.*, 1991, p. 977.

59 In *Giur. it.*, 2010, p. 604.

al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente. Sennonché, nel caso di specie, ad esibire il documento sottoscritto solo dalla controparte non era l'attore ma l'intermediario convenuto, il quale, per difendersi, opponeva il documento firmato dal cliente. Con ciò sovvertendo la regola giurisprudenziale che risulta così applicata a parti invertite⁶⁰.

Il rovesciamento è permesso dalla circostanza che nella citazione e nella procura che l'accompagna, e dunque in atti propri dell'attore, si rintracerebbe la manifestazione di volontà idonea al perfezionamento formale dell'accordo: la volontà di concludere il contratto sarebbe così manifestata mediante un documento preparato a fini processuali e redatto da un difensore munito di procura. Così decidendo il Tribunale va in contrasto con il ricorrente *dictum* della Cassazione, secondo cui impedisce la formazione giudiziale del documento la circostanza che l'altra parte abbia revocato il proprio consenso⁶¹.

Nel medesimo periodo, il Tribunale di Novara⁶² riteneva che il requisito della forma scritta previsto dall'art. 23 t.u.f., a pena di nullità del contratto quadro per la prestazione di servizi di investimento, è soddisfatto anche se il modulo contrattuale è firmato dal solo cliente e non dalla banca, e motivava la scelta avendo riguardo alla peculiare funzione che il requisito di forma sarebbe chiamato a svolgere nella commercializzazione di strumenti finanziari «la funzione di dare certezza, nel preminente interesse del cliente, dell'autorizzazione data alla banca a svolgere un determinato servizio di investimento e, altresì, del tipo di servizio di investimento che la banca si impegna ad offrire e delle informazioni di base sul servizio e sui suoi costi». Continua la sentenza «la forma scritta si pone come veicolo certo di un flusso di informazioni dall'intermediaria al cliente e dal cliente all'intermediaria, del mandato del cliente alla banca di eseguire dietro suoi ordini investimenti in strumenti finanziari». In ciò la peculiarità del vincolo di cui all'art. 23 t.u.f. che, in quanto di protezione per il cliente «si discosta dalla tradizionale distinzione di forma scritta *ad substantiam o ad probationem*».

60 R. ALESSI, nel riportare tale caso giurisprudenziale nella lezione del 4 dicembre 2013, meglio e già dettagliata nella nt. 54.

61 Cass., 8 marzo 2006, n. 4921, in *Giur. it.*, 2006, p. 2292, con nota di D'AURIA, *Sul rapporto tra fiducia e dichiarazioni ricognitive*. Sulla base di tale argomento, lo stesso Tribunale di Torino un anno dopo giunge ad una conclusione opposta, sent. 5 febbraio 2010, in <http://www.ilcaso.it>, doc. n. 2193/2010: la mancanza di forma scritta non può essere in alcun modo emendata o sanata dalla produzione in giudizio da parte della banca convenuta del contratto quadro di negoziazione, posto che l'incontro delle volontà può dirsi perfezionato solo se la parte del processo che ha sottoscritto il contratto al momento della produzione non abbia già manifestato la revoca del proprio consenso, volontà di revoca che deve essere individuata nella domanda con la quale l'investitore deduca appunto la nullità del contratto per mancanza della forma di cui si discute.

62 Sent. 2 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 606 ss.

Più che la mera riproposizione del procedimento di c.d. formazione giudiziale del documento, ciò cui si “appellano”⁶³ questi giudici è l’adattamento delle norme alla complessiva situazione di interessi, come ulteriormente dimostrato dalla circostanza che, ai fini della decisione, viene considerato determinante che l’intermediario, dopo il contratto, con il suo comportamento abbia dimostrato di avervi aderito⁶⁴.

Secondo questo orientamento giurisprudenziale, se è la trasmissione di informazioni chiare e complete a contare davvero, la sola assenza della firma, che nel sistema delineato dal codice soddisfa il requisito imposto a fini costitutivi fondando la presunzione *juris tantum* di consenso del sottoscrittore al contenuto del documento, non osta alla realizzazione di siffatta funzione. La prescrizione di forma si presenterebbe, così, in una luce nuova quando l’essenziale è che il contratto contenga e diffonda nel mercato una serie predeterminata di informazioni. Rispetto a tale necessità la sottoscrizione dell’impresa non aggiunge nulla all’obiettivo informativo ove la provenienza dell’offerta sia comunque certa⁶⁵.

Anche nel caso affrontato dalla decisione in commento, il problema consisteva nel valutare a quali condizioni fosse rispettato il requisito della forma scritta e, se fosse necessaria o meno come regola generale, la produzione in giudizio di un contratto recante entrambe le sottoscrizioni delle parti.

La soluzione, come visto, è inscindibilmente connessa all’indagine sulla funzione⁶⁶ della forma, da condurre per stabilire se alla richiesta da parte del legislatore di una mera forma scritta, corrisponda in realtà una vera e propria scrittura privata (completa, per definizione, di sottoscrizione) o, invece, un mero documento cartaceo privo di sottoscrizione.

Infatti, per quanto riguarda il profilo relativo all’asserita nullità per difetto della forma scritta e per la mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca, il Tribunale trevigiano ritiene che l’art. 117 t.u.b. si limiti a prescrivere che i contratti bancari siano redatti per iscritto e che un esemplare sia consegnato al cliente, ma non richieda che la conclusione del contratto e, quindi, le dichiarazioni delle parti della propria comune volontà negoziale debbano necessariamente essere trasfuse nel medesimo supporto documentale.

L’art. 117 t.u.b. sarebbe una ipotesi riconducibile alle c.d. nullità di pro-

63 Espressione ripresa proprio dalle parole della Prof.ssa ALESSI nel suo intervento al Dottorato veneziano.

64 Questa la conclusione a cui giungeva la Prof.ssa ALESSI alla fine del suo intervento al Dottorato veneziano.

65 Questo è lo sviluppo del pensiero di R. ALESSI riportato nella lezione di cui alla nt. 54.

66 Per la tendenza a ricorrere alla funzione piuttosto che alla struttura e per i risultati applicativi dell’analisi dal punto di vista della funzione, si consigliano: P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 43 e 54 ss. ed R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, che non sembra dare al fenomeno una connotazione positiva.

tezione di derivazione comunitaria, che nella logica del c.d. neoformalismo comunitario assolve essenzialmente alla funzione di colmare il divario informativo esistente in determinati settori tra i soggetti che vi operano professionalmente ed il contraente debole. Pertanto, la violazione della forma scritta, non potrebbe determinare l'inidoneità genetica del negozio a spiegare gli effetti suoi propri, né potrebbe essere rilevabile d'ufficio e rispetto ad essa non troverebbe applicazione neppure la disciplina prevista dagli artt. 1418 ss. c.c.

Tale nullità, allora, potrebbe apprezzarsi solo se vi fosse stata in concreto la lesione di un interesse protetto, lesione che non può sussistere per la mera mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca contraente, atteso che il cliente, ricevendo il contratto redatto per iscritto, è stato pienamente messo in grado di conoscere e di comprendere ogni clausola contrattuale.

Inoltre, considerato il carattere non strutturale della suddetta nullità di protezione, il perfezionamento dell'accordo potrebbe essere dimostrato, secondo le parole del Giudice, anche dalla dichiarazione confessoria della parte controinteressata contenuta nella copia dalla stessa sottoscritta, nonché risultare raggiunto attraverso lo schema negoziale del contratto per adesione o per *facta concludentia*.

La prescrizione di forma scritta di cui si discute rappresenta, a parere di chi scrive, al contrario, l'esito di quell'irrigidimento del rapporto tra informazione, legislazione e contratto che porta alcuni autorevoli studiosi⁶⁷ a ritenere che il formalismo comunitario non riguardi più tecnicamente solo l'informazione e la trasparenza, ma attenga alla comunicazione del contenuto dell'assetto contrattuale⁶⁸. Sarebbe inaccettabile quale criterio ermeneutico, perciò, anche quello della valutazione del comportamento complessivo delle parti posteriormente alla stipula di un contratto formale⁶⁹.

67 Tra questi, recentemente R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo, uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 ss., per la quale, nella versione europea, gli obblighi di informazione ed il diritto all'informazione sembrano profilarsi come parte della disciplina generale del contratto di consumo.

68 A tal proposito si consiglia la lettura di R. ALESSI, V. MANNINO, *op. cit.*

69 Cass., 22 giugno 2006, n. 14444, *Contratto* (voce), in *Rep. Foro it.*, 2007; Trib. Padova, 22 dicembre 2009, per il quale non è ravvisabile la mancanza di un contratto quadro per difetto di sottoscrizione della banca: «la circostanza dipende probabilmente da un difetto di produzione attorea essendo del tutto verosimile che la filiale della convenuta, preso atto della sottoscrizione dei clienti, abbia aderito a sua volta come è rivelato dalla pluriennale esecuzione del contratto. Non si può pertanto scindere la validità/nullità del contratto a seconda della prospettazioni difensive, anche se ciò è in linea con la legittimazione relativa dell'eccezione di nullità ex art. 23 t.u.f., senza dover riconoscere che il sistema attuale avrebbe anche derogato al principio per cui non si può trarre dal fatto proprio (ovvero dal mancato rilievo della nullità anche per gli acquisti favorevoli)». Sull'equiparazione, quanto agli effetti, tra formalismo legale e formalismo volontario, v. App. Brescia, 15 giugno 2013, con nota di P. PAULON, in *Foro pad.*, 2014, I, p. 59 ss., secondo cui «Qualora le parti adottino la forma scritta per la stipula di

L'informazione si è tramutata, anche alla luce della nuova Direttiva in materia di diritti dei consumatori (Direttiva 2011/83 UE) in «comunicazione e/o consegna di formulari a contenuto legalmente predeterminato, lungo un percorso di progressiva standardizzazione delle condotte, specie della parte professionale, e delle relative tutele»⁷⁰, ed il governo delle modalità dell'interlocuzione tra le parti è destinato così a svilupparsi entro binari rigidi e normativamente segnati.

L'accordo è correttamente formato sol che la comunicazione tra le parti abbia rispettato le scadenze e formalità predefinite. «Sicché, sempre meno misurata in rapporto alla capacità di intercettare le differenti caratteristiche dei destinatari e di raggiungere il suo obiettivo, vale a dire la formazione di una volontà compiuta, l'efficacia del regime degli obblighi di informazione si affida piuttosto al rispetto di più stringenti prescrizioni di forma»⁷¹.

In questo modo, la validità del contratto non può che rimanere legata al rispetto delle prescrizioni di forma, alla conformità del modo di esecuzione alla prescrizione di legge.

L'elemento formale, in conclusione, penetra all'interno dell'atto e diviene modulo contenutistico, procedimentale e comportamentale. Nel neoformalismo di stampo comunitario esso assume una peculiare pregnanza significativa⁷², che sembra convertirlo addirittura in un requisito di sostanza⁷³.

Le previsioni di forma rispondono, infatti, alla logica di elevare lo *standard* comportamentale dei professionisti o delle imprese impegnati nelle contrattazioni di mercato⁷⁴. L'art. 117 t.u.b. costituisce, come detto, proprio espressione di questa legislazione funzionale⁷⁵.

Per tali ragioni non appare condivisibile la soluzione adottata dal Giudice di prime cure.

un contratto, anche ove non obbligatoria, ne consegue l'obbligo di forma scritta anche per la cessione del contratto e fatti concludenti, quali la fatturazione e il pagamento, non superano tale obbligo», essendo la manifestazione di fatti concludenti inidonea a superare la necessità, in concreto, di un negozio da predisporre doverosamente in forma scritta.

70 R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione*, cit., p. 312.

71 Ancora R. ALESSI, *op. ult. cit.*, p. 319.

72 S. MASUCCI, *La forma del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003, p. 199 e G. D'AMICO, *Formazione del contratto* (voce), in *Enc. dir.*, *Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, p. 580 ss.; L. MODICA, *op. cit.*, p. 119 ss.

73 R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Catanzaro, 1999, p. 24. L'Autore riporta, quali esempi di prescrizioni di forma procedimentale, le disposizioni degli artt. 117, co. 1, e 121, co. 4, lett. b), t.u.b. in materia di contratti bancari, che prevedono oltre alla redazione del contratto per iscritto, la consegna di un esemplare ai clienti. V. anche S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 44, secondo il quale la forma scritta si configura come manifestazione sensibile di un contenuto e insieme contenuto essa stessa.

74 Su questo aspetto si veda E. FAZIO, *op. cit.*, p. 73 ss.

75 Sul tema si legga E. MORELATO, *op. cit.*, p. 74 ss.

Il contratto bancario è soggetto a forma scritta vincolata e il documento deve ospitare determinati elementi, tra cui la sottoscrizione di entrambe le parti. Solo in questo modo, nell'ottica comunitaria, la forma assicura un certo contenuto inderogabile del contratto in guisa esplicativa⁷⁶, come strumento di contrasto all'asimmetria informativa⁷⁷.

Seguendo questa strada, nel caso in esame, il garante correttamente avrebbe potuto opporre al beneficiario dell'accordo la nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative, quale quella fondata sulla violazione dell'art. 117, d.lgs. n. 385/1993 (t.u.b.), per difetto di forma scritta dovuta alla mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca⁷⁸.

⁷⁶ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 281.

⁷⁷ S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la dir. 2011/83 UE: una nozione (già) vielle renouvelee*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, II, p. 341.

⁷⁸ Così si è pronunciato anche Trib. Lamezia Terme, ord. 8 novembre 2012, in *Corr. mer.*, 2013, p. 247: «In caso di fideiussione “a prima richiesta” il fideiussore rinuncia ad opporre al creditore garantito eccezioni inerenti il rapporto principale, ma conserva la facoltà di opporre l'eccezione di nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative, come quella fondata sulla violazione dell'art. 117 d.lgs. n. 385/1993 (t.u.b.) che impone la forma scritta per i contratti bancari».

TRIBUNALE DI BARI, Sezione feriale in funzione di sezione specializzata in materia d'impresa – 8 agosto 2014 (ord.) – Cassano, Giudice designato

Banche – Banche di credito cooperativo – Amministrazione straordinaria – Convocazione dell'assemblea da parte dell'amministratore straordinario – Ricostituzione dell'organo amministrativo – Indicazione di requisiti di professionalità più rigidi per gli amministratori – Preventiva autorizzazione della Banca d'Italia – Sospensione della convocazione, inibizione e impedimento dell'assemblea – Inammissibilità.

D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario), artt. 70, 72, 74, 75.

Banche – Banche di credito cooperativo – Amministrazione straordinaria – Convocazione dell'assemblea da parte dell'amministratore straordinario – Ricostituzione dell'organo amministrativo – Indicazione dei requisiti di professionalità più rigidi per gli amministratori – Inibizione e impedimento dell'assemblea – Requisiti per l'ammissibilità – Pregiudizio imminente ed irreparabile – Inesistenza.

Codice civile, artt. 2318 e 2519; Codice di procedura civile, art. 700; d.m. (tesoro) 18 marzo 1998, n. 161.

Per la convocazione dell'assemblea di una banca di credito cooperativo in amministrazione straordinaria effettuata dal commissario straordinario non è consentita la richiesta di alcuna azione cautelare di sospensione una volta avvenuto il rilascio della preventiva autorizzazione da parte della Banca d'Italia a detta convocazione viepiù lì dove quest'ultima sia stata finalizzata alla ricostituzione degli organi dell'amministrazione ordinaria, adempimento finale obbligatorio ex art. 75, co. 3 al termine dell'anno di durata dell'amministrazione straordinaria.

L'adozione da parte del commissario straordinario di criteri di selezione dei candidati agli organi amministrativi più stringenti di quelli (verosimilmente minimali) previsti dai regolamenti di settore e quindi, sostanzialmente, la scelta di persone dotate di maggiore capacità rispetto a quella ordinariamente richiesta, non fa intravedere alcuna irragionevolezza nella scelta dell'organo di amministrazione straordinaria, e soprattutto, non può da essa derivare alcun danno alla società odierna resistente, ancor meno un pregiudizio imminente ed irreparabile tale da giustificare l'emissione del provvedimento cautelare di sospensione della convocazione dell'assemblea nella quale si deve procedere ad eleggere i nuovi organi amministrativi.

(Omissis)

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato *ante causam* il giorno 24.7.2014, i sig.ri F.T. e A.P. richiedevano a questo Tribunale, con decreto emesso *inaudita altera parte* o all'esito del contraddittorio, di:

“1) ordinare la sospensione della convocazione dell'assemblea dei soci della BCC di (...), indetta per li 25.7.2014, in prima convocazione, e per il 27.7.2014, in seconda convocazione, per l'illegittimità del relativo avviso di convocazione, e comunque per le ragioni esposte in narrativa;

2) e comunque inibire e impedire che l'assemblea dei soci di cui al n. 1 delle presenti conclusioni si svolga, e ordinare che essa non si tenga, per le ragioni suesposte, dettando al fine ogni provvedimento reputato utile o necessario;

3) condannare controparte alla rifusione delle spese, diritti e competenze di lite.”

A fondamento della richiesta i ricorrenti, nella qualità di soci della BCC di (...), evidenziavano la difformità tra i criteri indicati nel regolamento sociale per l'elezione degli organi sociali (recentemente approvato dalla maggioranza dei soci, su proposta del commissario straordinario della banca, all'assemblea del 8.6.2014) e quelli in ragione dei quali i soci venivano chiamati ad esprimersi per l'assemblea indetta per il 25/27 luglio 2014 al fine di nominare il Presidente della banca ed i componenti del Consiglio di Amministrazione. In particolare lamentavano che i requisiti di cui si richiedeva il possesso da parte dei candidati alle predette cariche - indicati nell'avviso diramato dal commissario ai soci il 25.6.2014 - erano in evidente distonia e difformità rispetto a quanto previsto dalle disposizioni della Banca d'Italia in materia di organizzazione e governo societario delle banche rese in data 4.3.2008 e, sulla scorta di queste, nelle disposizioni statutarie e regolamentari approvate dal soci (art. 16, co. 1, lett. a) del regolamento sociale) in quanto, mentre l'avviso di sollecitazione alla presentazione delle candidature predisposto dall'organo gestorio prevedeva criteri più rigidi di selezione (il possesso di una esperienza di almeno 5 anni per i candidati alla presidenza e di 3 anni per i candidati al CdA e solo quale esponente aziendale presso istituti di credito), la normativa della Bd'I ne prevedeva di meno stringenti ma più orientati alle esigenze di un istituto di credito (un'esperienza pregressa di 1 solo anno e di averla maturata anche con compiti di amministrazione e controllo presso imprese private o presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza col settore creditizio o anche non attinenti, ma che comportino però la gestione di risorse finanziarie).

Lamentavano che le denunciate difformità ledevano le prerogative dei ricorrenti e di tutti i socie della BCC In quanto veniva sacrificata la prerogativa dei soci di scegliere I componenti degli organi sociali e si elideva il diritto dei soci a candidarsi alle cariche In parola.

Prospettavano, quanto al successivo giudizio di merito, l'instaurazione di un giudizio “*avente ad oggetto l'accertamento della invalidità della*

convocazione dell'assemblea dei soci della BGC di (...) nonché del relativo avviso, e la conseguente declaratoria di nullità e/o invalidità tanto della suddetta convocazione quanto del relativo avviso".

Concessa la sospensione della convocazione dell'assemblea dei soci con decreto del 24.7.2014 e fissata l'udienza del 5.8.2014 per la decisione In contraddittorio sulla convalida conferma o revoca, il giudice designato riservava la decisione all'esito della discussione della causa.

Il ricorso, teso alla sospensione o inibizione della convocazione della assemblea dei soci della BCC di (...), indetta dal commissario straordinario per il 25/27 luglio 2014, all'esito dell'instaurazione del contraddittorio va respinto siccome inammissibile e, conseguentemente, il provvedimento emesso *inaudita altera parte* deve essere revocato.

Premesso che la BCC di (...) è banca sottoposta alla procedura di amministrazione straordinaria di cui agli artt. 70 ss. del Testo Unico Bancario (TUB) e che la convocazione dell'assemblea impugnata per invalidità è stata disposta dal commissario straordinario nominato dalla Banca d'Italia previa autorizzazione della medesima, va rilevato che secondo il disposto dell'art. 72, primo comma, 4° periodo, TUB *"in caso di impugnazione delle decisioni dei commissari i soci non possono richiedere al tribunale la sospensione dell'esecuzione delle decisioni dei commissari soggette ad autorizzazione o comunque attuative dei provvedimenti della Banca d'Italia"*. Il comma 6 dello stesso articolo prevede, per l'appunto, che i commissari possono convocare le assemblee *"previa autorizzazione della Banca d'Italia... L'ordine del giorno è stabilito in via esclusiva dai commissari e non è modificabile dall'organo convocato"*.

Essendosi, quindi, regolarmente verificata la circostanza della preventiva autorizzazione della Bd'I alla decisione del commissario di convocazione dell'assemblea, alcuna azione cautelare di sospensione in via cautelare è consentita per esclusione di legge, viepiù ove si consideri che tale convocazione d'assemblea era quella finalizzata alla ricostituzione degli organi dell'amministrazione ordinaria, adempimento finale obbligatorio ex art. 75, co. 3, TUB al termine dell'anno di durata dell'amministrazione straordinaria (in dottrina si è, per l'appunto, sottolineato come la non sospensibilità dipenderebbe dal fatto che gli atti del commissario sono atti dovuti o comunque sottoposti a forme di controllo pubblico).

Peraltro che la convocazione di assemblea sia un provvedimento con contenuto decisionale, e non, come ritenuto da parte ricorrente, di mero atto dovuto d'impulso procedimentale «funzionale alla conclusione della procedura di amministrazione straordinaria», è confermato proprio dalle contestazioni relative al «concreto atteggiarsi dell'assemblea» (v. verb. ud. 5.8.2014) che, coi propri deliberati, avrebbe determinato il commissario.

Si tratta di limitazione al controllo della attività degli organi di gestione straordinaria che, come le altre simili previste dal Testo unico bancario sia in ambito giurisdizionale (v. l'art. 72, co. 9, il quale prevede la sottoposizione dell'esercizio delle azioni civili contro i commissari e i membri del comitato di sorveglianza, per atti compiuti nell'espletamento dell'incarico, alla previa autorizzazione della Banca d'Italia; l'art. 74, co. 2, che dispone l'esclusione dell'esercizio di azioni esecutive o cautelari nel caso venga disposta dai commissari la sospensione dei pagamenti) che in ambito endosocietario (v. art. 72, primo comma, 3° periodo, TUB secondo cui *“Le disposizioni del codice civile, statutarie o convenzionali relative ai poteri di controllo dei titolari di partecipazioni non si applicano agli atti dei commissari”* l'immodificabilità dell'ordine del giorno dell'assemblea previsto dal comma 6 del medesimo art. 72), è giustificata dalla funzione di garanzia svolta dagli organi di amministrazione straordinaria.

Questi, per tale ragione, sono espressamente muniti della qualifica di pubblici ufficiali (art. 72, primo comma, ultimo periodo, TUB), e quindi di soggetti (distinti dagli organi della banca) che svolgono una pubblica funzione *“rivolta alla tutela degli interessi generali (tutela dei depositanti; stabilità del sistema creditizio) che non si esauriscono in quelli riconducibili alla società o a specifici finanziatori della stessa”* (così la rel. governativa al TUB), e la loro opera di risanamento, che si compie in una situazione di vita sociale che ha evidentemente assunto aspetti patologici, deve essere opportunamente protetta rispetto ad iniziative, se non pretestuose o ritorsive, che ne possano comunque per qualsiasi finalità (anche assuntamente positiva), improvvidamente ostacolare il compimento.

Restano di conseguenza esclusi, come già ripetutamente detto in passato dalla giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, i sospetti di illegittimità costituzionale, rispetto a tali limitazioni di tutela, avanzati dai ricorrenti sotto il profilo della violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. siccome manifestamente infondati in quanto l'azione del commissario straordinario risponde a esigenze pubblicistiche di tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.

Per la sua evidenza occorre dire di un ulteriore aspetto inammissibilità del ricorso.

I ricorrenti T. e P. hanno chiesto di sospendere la convocazione dell'assemblea disposta dal commissario straordinario, e comunque di inibire lo svolgimento dell'assemblea stessa, all'evidente fine di impedire che vengano adottate deliberazioni che temono invalide perché lesive delle prerogative dei soci in tema di scelta dei componenti degli organi sociali e del diritto dei soci stessi a candidarsi alle cariche in parola.

Ebbene, prevedendosi per l'impugnazione di delibera assembleare un tipico mezzo di tutela cautelare nell'art. 2378 co. 3 cod. civ. - richiamato per le società cooperative dall'art. 2519 co. 1 cod. civ. - che è esperibile (secondo unanime giurisprudenza cui da sempre si allinea questo tribunale) solo in corso di causa, si deve escludere la proponibilità del ricorso *ante*

causam ex art. 700 cpc per la sospensione o inibitoria dello svolgimento dell'assemblea societaria, seppure nei casi in cui fosse adombrato che la convocazione dell'assemblea risultasse già di per sé lesiva dei diritti del socio, per mancanza del requisito della residualità che deve sempre fondare il ricorso alla cautela innominata (v. trib. Roma 2.11.1999; trib. Brescia 24.4.2002; trib. Bologna 25.2.2005; trib. Bari 3.4.2014).

È necessario, perché si possa ricorrere al giudice, che la temuta distorsione del processo decisionale, dovuta anche alla fase preparatoria dell'assemblea, si sia già in concreto manifestata. Solo allora il giudice può intervenire e valutare la correttezza dell'iter decisionale e la sua conformità all'archetipo legislativo, anche con riferimento); diversamente ritenendo l'intervento giudiziario sulla vita sociale, e sullo stesso "diritto alla decisione assembleare" (costituzionalmente tutelato v. artt. 17 e 41 Cost.), sarebbe inutilmente troppo anticipato rispetto al rischio di danno grave e irreparabile paventato.

Principio, questo, che a maggior ragione deve essere affermato ove si consideri che il soggetto che nel caso di specie è legittimato alla convocazione (il commissario straordinario) opera nell'ambito di uno speciale regime giuridico - prima delineato - di protezione (che non significa esenzione) rispetto alle azioni giudiziarie che tendono ad inibire o comunque ad incidere sulla gestione che, nell'interesse pubblico, gli è stata demandata dall'organo di vigilanza sulla attività creditizia.

Seppure, a questo punto, ogni altra questione resti assorbita non può omettersi di rilevare, quanto al merito, che i ricorrenti lamentano l'adozione, da parte del commissario straordinario, di criteri di selezione dei candidati agli organi amministrativi più stringenti di quelli (verosimilmente minimali) previsti dai regolamenti del settore e quindi, sostanzialmente, la scelta di persone dotate di maggiore capacità rispetto a quella ordinariamente richiesta, circostanza dalla quale alcuna irragionevolezza nella scelta dell'organo di amministrazione straordinaria si intravede, e soprattutto, alcun danno alla società odierna resistente sembra poter derivare, ancora meno un "*pregiudizio imminente ed irreparabile*" tale da giustificare l'emissione del provvedimento cautelare invocato

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il giudice designato del Tribunale di Bari - sezione feriale in funzione di sezione specializzata in materia d'impresa -, così decide:

dichiara inammissibile il ricorso e revoca il provvedimento emesso *inaudita altera parte* il 24.7.2014; .. ,,

condanna F.T. e A.P. in solido, al pagamento delle spese di lite in favore della BCC di (...), in persona del lrpt, che liquida in euro (...), oltre 15% rsf, Iva e cap.

Sui poteri del commissario straordinario nell'amministrazione straordinaria delle banche di fissare requisiti di professionalità più rigidi per gli esponenti aziendali

Ciro Gennaro Corvese

(Professore associato di Diritto commerciale nell'Università di Siena)

Abstract The author comments on a decision of the Court of Bari concerning the powers of the extraordinary administrator to set professional requirements, for the board of directors of a cooperative bank, more stringent than those laid down in legislation.

Sommario 1. Il fatto. – 2. Premessa: la disciplina dei requisiti degli esponenti aziendali di bcc con particolare attenzione alla professionalità: le deroghe e la finalità del loro inserimento. – 3. I motivi: premessa. – 4. (*Primo motivo*) Gli atti compiuti dal commissario (l'art. 72, co. 1, t.u.b.) con particolare attenzione all'obbligo di convocazione dell'assemblea per la ricostituzione degli organi dell'amministrazione ordinaria (art. 75, ult. co., t.u.b.): finalità, contenuto ed efficacia. – 5. (*Secondo motivo*) L'esercizio del potere da parte del commissario straordinario circa la determinazione di requisiti per gli esponenti aziendali più rigidi di quelli previsti dalla disciplina amministrativa e la circostanza che tale esercizio possa configurare un pregiudizio imminente ed irreparabile tale da giustificare l'emissione del provvedimento cautelare di sospensione della convocazione dell'assemblea. – 6. Osservazioni conclusive.

1 Il fatto

L'ordinanza del Tribunale di Bari che si commenta ha ad oggetto una questione connessa alla determinazione da parte del commissario straordinario dei requisiti di professionalità dell'organo gestorio da eleggere in assemblea al termine dell'amministrazione straordinaria di una bcc.

Nel caso di specie il commissario straordinario ha fissato requisiti di professionalità più rigidi di quelli fissati dalle autorità di vigilanza e dall'atto costitutivo della banca ed in particolare il possesso di un'esperienza di almeno cinque anni per i candidati alla presidenza e di tre anni per i candidati al consiglio di amministrazione e soltanto come esponente aziendale presso altre banche.

Alla decisione del commissario straordinario hanno proposto ricorso alcuni soci della bcc lamentando che le suddette difformità hanno leso le prerogative dei ricorrenti e di tutti i soci della bcc in quanto era stata sacrificata la prerogativa dei soci di scegliere in componenti degli organi sociali ed era stato leso il diritto dei soci a candidarsi. Per tali motivi i ricorrenti hanno richiesto al Tribunale di ordinare la sospensione della convocazione dell'assemblea per l'illegittimità del relativo avviso di convocazione e comunque di inibire e impedire che l'assemblea dei soci.

Non constano precedenti in termini.

2 Premessa: la disciplina dei requisiti degli esponenti aziendali di bcc con particolare attenzione alla professionalità: le deroghe e la finalità del loro inserimento

Prima di analizzare i motivi con i quali il Tribunale di Bari ha rigettato il ricorso, occorre ripercorrere, seppur brevemente, la disciplina dei requisiti degli esponenti aziendali della banche, in generale, e delle banche di credito cooperativo, in particolare, con precipua attenzione al requisito di professionalità al fine specifico di verificare se all'interno di detta disciplina l'indicazione dei requisiti citati risulti rigida o, invece, lasci margini di manovra ai soci per prevederne di diversi, magari di più rigidi.

La normativa che fa riferimento ai requisiti di professionalità è sia primaria che secondaria. Per quanto riguarda la prima, occorre riferirsi all'art. 26 t.u.b. che impone ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo il rispetto di requisiti non solo di professionalità, che qui interessano maggiormente, ma anche di onorabilità ed indipendenza; relativamente alla normativa secondaria, si devono considerare: il d.m. (tesoro) 18 marzo 1998, n. 161 e le Disposizioni di vigilanza per le banche della Banca d'Italia ed, in particolare, la Sezione IV, Parte I della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013. Si deve precisare che, come scritto nell'ordinanza che si commenta, le Disposizioni di vigilanza prese in esame, per ovvie ragioni temporali, non sono quelle appena citate ma quelle aggiornate al 4 marzo 2008; possiamo tuttavia fin da ora dire che le nuove istruzioni non hanno apportato modifiche sostanziali nella parte che qui interessa.

L'art. 26 t.u.b., dopo aver elencato i requisiti (professionalità, onorabilità ed indipendenza) che devono essere posseduti dai soggetti sopraccitati, rinvia ad un regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze (in precedenza Ministro del tesoro) la loro declinazione.

Ai sensi del d.m. n. 161/1998, i membri dei consigli di amministrazione devono essere scelti secondo criteri di professionalità fra persone che abbiano maturato una esperienza complessiva (anche se non continuativa) per almeno un triennio attraverso l'esercizio di:

- a) attività di amministrazione, direzione e controllo in imprese operanti in qualsiasi settore (non più soltanto, come in precedenza, in imprese del settore creditizio, finanziario ed assicurativo);
- b) attività professionali inerenti al settore creditizio, assicurativo, finanziario o mobiliare, o comunque funzionali all'attività della banca;
- c) attività di insegnamento universitario in materie giuridiche o economiche;
- d) funzioni amministrative o dirigenziali, nella pubblica amministrazione o presso enti pubblici, purché attinenti al settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo o, comunque, implicanti la gestione di risorse economicofinanziarie.

Al presidente del consiglio di amministrazione è richiesto un periodo di maturazione delle suddette esperienze di almeno un quinquennio; per l'amministratore delegato e per il direttore generale è richiesto il possesso di una competenza specifica in materia creditizia, finanziaria, mobiliare o assicurativa maturata attraverso esperienze di lavoro in posizione di adeguata responsabilità per un periodo di almeno cinque anni.

Con specifico riguardo alle banche di credito cooperativo, il regolamento limita l'obbligo dei requisiti di professionalità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione e direzione in dette banche¹ soltanto alle cariche di presidente del consiglio di amministrazione e di direttore generale, consentendo, altresì, che la prima carica possa essere assunta anche da chi abbia svolto per *un periodo non inferiore ad un anno* le attività sopra indicate o attività di insegnamento in materie attinenti al settore creditizio, finanziario, assicurativo o mobiliare, nonché attività di amministrazione, direzione o controllo nel settore cooperativistico o in enti mutualistici, e la seconda carica possa essere assunta anche da chi abbia acquisito un'adeguata esperienza di lavoro in materia creditizia, finanziaria o assicurativa per *un periodo di almeno due anni*. L'art. 2, co. 3, del regolamento investe, poi, il consiglio di amministrazione del compito di verificare, ai sensi del co. 2 dell'articolo in esame, la sussistenza di detti requisiti, valutando l'esperienza anche in relazione alle esigenze gestionali della banca ed indicando nel verbale della riunione le valutazioni effettuate.

Fermo restando il possesso dei requisiti previsti dal regolamento ministeriale, rilevanti sono anche le indicazioni fornite in merito dalle *Disposizioni di vigilanza* del 4 marzo 2008 – ma il discorso non muta nelle nuove *Disposizioni* del 2013² – dove è prescritto che, sotto il profilo qualitativo, i componenti degli organi amministrativi devono «*assicurare un livello di professionalità adeguato alla complessità operativa e dimensionale della banca [...] e dedicare tempo e risorse idonei per l'assolvimento dell'incarico*».

Tale ultima prescrizione potrebbe anche essere interpretata come incentivo nei confronti di una prassi statutaria che privilegi l'ampliamento dei requisiti di idoneità personale degli amministratori; ampliamento che è reso possibile anche alla luce della disciplina di diritto comune, posto

1 Cfr. FAUCEGLIA, *I requisiti di professionalità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle banche di credito cooperativo*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1998, I, p. 547 ss., spec. p. 549.

2 Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, 4 marzo 2008, par. 3, spec. p. 12 poi ripreso anche nelle *Disposizioni di vigilanza per le banche*, Circolare n.285 del 17dicembre2013, Parte Prima, IV.1.15. Sul punto v. DE LILLO, *Commento sub art. 26*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, diretto da Capriglione, t. I, Padova, 2012, p. 321 ss. spec. p. 322.

che l'art. 2387 c.c. stabilisce che gli statuti possono subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di specifici requisiti³.

In conclusione, se, da un lato, le Disposizioni della Banca d'Italia, lasciano all'autonomia statutaria la possibilità di stabilire requisiti più rigidi, dall'altro, non si può certo negare il potere della stessa Vigilanza, da esercitare in determinate situazioni (come nell'ipotesi della sottoposizione della banca ad amministrazione straordinaria), di fissare direttamente o indirettamente, per il tramite, ad esempio, di commissari straordinari, requisiti di professionalità più rigidi. Queste ultime considerazioni meritano però un approfondimento nei prossimi paragrafi ponendo l'attenzione soprattutto sul rapporto esistente fra commissario straordinario e Autorità di vigilanza.

3 I motivi: premessa

Il ricorso proposto per richiedere la sospensione della convocazione dell'assemblea è stato ritenuto inammissibile dal giudice per due motivi: il primo tiene conto principalmente della disciplina del testo unico bancario con particolare attenzione alle norme che regolano i poteri dei commissari straordinari ed i rapporti di questi con la Vigilanza; il secondo motivo, invece, coinvolge considerazioni più generali che attengono anche alla tutela degli interessi del socio, soprattutto in ipotesi di sottoposizione della banca ad amministrazione straordinaria, ed ai rimedi ammissibili.

4 (*Primo motivo*) Gli atti compiuti dal commissario (l'art. 72, co. 1, t.u.b.) con particolare attenzione all'obbligo di convocazione dell'assemblea per la ricostituzione degli organi dell'amministrazione ordinaria (art. 75, ult. co, t.u.b.): finalità, contenuto ed efficacia

Il primo motivo con il quale il giudice dichiara inammissibile il ricorso si basa principalmente sulla disciplina dettata dal Testo unico in materia di amministrazione straordinaria con specifico riferimento agli artt. 72 e 75 t.u.b.

3 V. in tal senso MAZZINI, *Commento sub art. 26, in Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina e Santoro, Milano, 2010, p. 256-257. L'interpretazione indicata nel testo è avvalorata anche dalle indicazioni presenti nelle nuove *Disposizioni di vigilanza* della Banca d'Italia dove, dopo la prescrizione citata, è stato aggiunto un ulteriore paragrafo nel quale si legge: «Il processo di nomina, che vede coinvolti più organi e funzioni (comitato nomine, ove presente; consiglio; assemblea), è volto ad assicurare che negli organi di amministrazione e controllo siano presenti soggetti idonei a svolgere in modo efficace il ruolo loro attribuito. Ciò richiede che le professionalità necessarie a realizzare questo risultato siano chiaramente definite *ex ante*, ed eventualmente riviste nel tempo per tenere conto delle *criticità emerse*, e che il processo di selezione e di nomina dei candidati tenga conto di tali indicazioni» (*Disposizioni di vigilanza per le banche*, Circolare n.285 del 17dicembre2013, Parte Prima, IV.1.16).

Il giudice, dopo aver ricordato che la convocazione dell'assemblea, impugnata per invalidità, è stata disposta dal commissario straordinario nominato dalla Banca d'Italia previa autorizzazione della stessa Autorità di vigilanza, premette alle motivazioni il disposto dei commi primo e sesto dell'art. 72 t.u.b.: 1) secondo la prima norma «*in caso di impugnazione delle decisioni dei commissari, i soci non possono richiedere al tribunale la sospensione dell'esecuzione delle decisioni dei commissari soggette ad autorizzazione o comunque attuative del provvedimento di Banca d'Italia*»; 2) in base alla seconda disposizione, i commissari possono convocare l'assemblea previa autorizzazione della Banca d'Italia e l'ordine del giorno è stabilito in via esclusiva dai commissari e non è modificabile dall'organo convocato.

A detta del giudice, una volta che si è verificata regolarmente la circostanza della preventiva autorizzazione della Banca d'Italia alla decisione del commissario di convocare l'assemblea, non è consentita alcuna azione cautelare "per esclusione di legge" e ciò per quattro ordini di motivi:

- 1) in primo luogo, la ricostituzione degli organi dell'amministrazione ordinaria, oggetto principale dell'assemblea, è adempimento finale obbligatorio ex art. 75 t.u.b. al termine dell'anno di durata dell'amministrazione straordinaria;
- 2) in secondo luogo, la convocazione dell'assemblea è un provvedimento con contenuto decisionale e non un mero atto dovuto d'impulso procedimentale funzionale alla conclusione della procedura;
- 3) in terzo luogo, il legislatore speciale ha inteso limitare il controllo sull'attività dei commissari straordinari sia in ambito giurisdizionale che in ambito societario proprio in ragione della funzione di garanzia che detti organo svolgono;
- 4) infine, è proprio per questa funzione assolta dagli organi di amministrazione straordinaria che ad essi è attribuita la qualifica di pubblico ufficiale e quindi di soggetti che svolgono una pubblica funzione rivolta alla tutela di interessi generali (tutela dei depositanti e stabilità del sistema creditizio) che non si esauriscono in quelli riconducibili alla società o a specifici finanziatori della stessa e la loro opera di risanamento deve essere opportunamente protetto rispetto ad iniziative che ne possano ostacolare il compimento.

In estrema sintesi, la motivazione può essere così riassunta: l'inammissibilità della richiesta di un'azione cautelare contro un provvedimento del commissario straordinario di convocazione dell'assemblea per la ricostituzione degli organi dell'amministrazione ordinaria si fonda soprattutto sulla funzione assolta dai commissari straordinari ed è proprio per assolvere a tale funzione che il legislatore ha introdotto norme che limitano il controllo sull'attività di detti organi viepiù lì dove il provvedimento emesso dal commissario abbia ottenuto il benessere dell'Autorità di vigilanza. Per tali

motivi ben avrebbe potuto il commissario straordinario fissare requisiti per gli esponenti aziendali più rigidi di quelli previsti dai provvedimenti amministrativi della Vigilanza e dall'atto costitutivo della banca.

Le conclusioni del giudice sono condivisibili.

L'art. 72, co. 1, quarto periodo, t.u.b. così come inserito dal d.lgs. n. 37/2004, prevede espressamente che «*in caso di impugnazione delle decisioni dei commissari, i soci non possono richiedere al tribunale la sospensione dell'esecuzione delle decisioni dei commissari soggette ad autorizzazione o comunque attuative dei provvedimenti della Banca d'Italia*».

In dottrina è stato correttamente osservato che «questa previsione (...) da un lato, amplia gli spazi di tutela dei soci, attribuendo loro una possibilità di reazione che, in mancanza della norma, avrebbe potuto considerarsi tutt'altro che sicura; dall'altro, tale possibilità di reazione fortemente depotenzia, all'evidente scopo di evitare che l'azione dei commissari, ove sorretta da determinazioni anche della Banca d'Italia, possa essere in linea di fatto "intralciata" da iniziative magari pretestuose dei soci»⁴.

Perché si verifichi l'inammissibilità della proposta, secondo la norma riportata, è necessario che la decisione del commissario sia soggetta ad autorizzazione o comunque serva a dare attuazione a provvedimenti della Vigilanza.

Nel caso preso in esame dal Tribunale di Bari ricorre la prima delle citate condizioni: il commissario straordinario aveva convocato l'assemblea, ai sensi dell'art. 75, co. 3, t.u.b., al fine di ricostituire l'organo di amministrazione ordinaria e, per tale convocazione, come richiesto dall'art. 72, co. 6, t.u.b. (che richiama l'art. 70, co. 2, t.u.b.), i commissari devono richiedere la preventiva autorizzazione della Banca d'Italia.

Rimane da verificare quale possa essere l'ampiezza del contenuto degli atti (nel caso di specie della convocazione dell'assemblea) realizzato dal commissario straordinario; in altre parole si deve verificare se la legge attribuisce ai commissari il potere di determinare il contenuto dell'ordine del giorno anche in difformità da quanto previsto da regolamenti ministeriali o da provvedimenti dell'Autorità di vigilanza come nell'ipotesi della determinazione dei requisiti degli esponenti bancari richiesti alla fine dell'amministrazione straordinaria.

Per risolvere la questione occorre all'uopo considerare quale sia la qualificazione del rapporto fra commissario straordinario e Vigilanza e a tal proposito è stato correttamente osservato in dottrina che «i c.d. organi straordinari non (sono) altro che "proiezioni" della stessa autorità di vigilanza, dalla quale (...) non solo sono nominati (e, ove necessario, revocati), ma anche ripetono direttamente i loro poteri ed ai cui controlli o

4 A. NIGRO, *Commento sub art. 72 t.u.b.*, in *Testo unico bancario. Commentario*, cit., p. 644 cui *adde* CAPOLINO, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti, Padova, 2008, p. 893.

direttive sono altrettanto direttamente assoggettati; ed alla quale quindi, nella sostanza, va ricondotta l'amministrazione straordinaria, oltre che nel momento genetico, anche nel suo svolgersi»⁵. La dottrina di cui si cita il pensiero conclude affermando che «*il rapporto che intercorre fra commissari straordinari e componenti del comitato di sorveglianza, da un lato, e Banca d'Italia, dall'altro, appare assumere contorni assai vicini a quelli di un vero e proprio rapporto organico, anche se non formalmente qualificabile come tale, stante l'estraneità dei componenti degli organi straordinari alla organizzazione amministrativa della Banca d'Italia*»⁶.

Aderendo a tale conclusione e considerando il caso preso in esame dal Tribunale, si potrebbe dire che la richiesta di prevedere requisiti più rigidi per gli esponenti aziendali nell'assemblea avente all'ordine del giorno la ricostituzione degli organi della bcc o è venuta direttamente dai commissari ma poi, comunque, ha avuto il benestare della Banca d'Italia oppure è stata direttamente quest'ultima ad impartire l'ordine di prevedere requisiti calibrati sulla situazione della banca⁷.

Il commissario straordinario alla fine del suo mandato può chiedere ai soci, in sede di ricostituzione dell'organo amministrativo, di nominare persone con requisiti di professionalità più rigidi in virtù della sua (discrezionale) valutazione in base alla quale la bcc risanata debba necessariamente essere gestita da soggetti altamente capaci da un punto di vista professionale soprattutto da un punto di vista qualitativo, come richiede la Banca d'Italia nelle Disposizioni di vigilanza, in modo che la banca non ricada nella situazione di mala gestio precedente. Tuttavia, se ciò non fosse sufficiente, si deve considerare che la scelta del commissario è stata inserita nella convocazione dell'assemblea che ha ottenuto l'autorizzazione dalla Vigilanza e ciò impedisce, ai sensi dell'art. 72, co. 1, t.u.b., la possibilità che i titolari di partecipazione legittimati possano richiederne la sospensione.

5 A. NIGRO, *Commento sub art. 72 t.u.b.*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli ed altri, Bologna, 2003, p. 1190 s.

6 A. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 1191.

7 Sui rapporti fra commissari straordinari e Vigilanza si rinvia a CAPRIGLIONE, *Commento sub art. 72*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, p. 886 ss.

5 (Secondo motivo) L'esercizio del potere da parte del commissario straordinario circa la determinazione di requisiti per gli esponenti aziendali più rigidi di quelli previsti dalla disciplina amministrativa e la circostanza che tale esercizio possa configurare un pregiudizio imminente ed irreparabile tale da giustificare l'emissione del provvedimento cautelare di sospensione della convocazione dell'assemblea.

Le considerazioni appena svolte rimangono valide, almeno in parte, anche per il secondo motivo.

I ricorrenti hanno richiesto la sospensione della convocazione dell'assemblea e, comunque, di inibire lo svolgimento della medesima, al fine di impedire che venissero adottate deliberazioni invalide in quanto lesive delle prerogative dei soci in materia di scelta dei componenti degli organi societari e del diritto dei soci stessi a candidarsi alle cariche in parola.

Il Tribunale addivene correttamente alla conclusione che l'adozione da parte del commissario straordinario di criteri di selezione dei candidati agli organi amministrativi più stringenti di quelli (verosimilmente minimali) previsti dai regolamenti di settore e quindi, sostanzialmente, la scelta di persone dotate di maggiore capacità rispetto a quella ordinariamente richiesta, non fa intravedere alcuna irragionevolezza nella scelta dell'organo di amministrazione straordinaria, e soprattutto, non può da essa derivare alcun danno alla società odierna resistente, ancor meno un pregiudizio imminente ed irreparabile tale da giustificare l'emissione del provvedimento cautelare di sospensione della convocazione dell'assemblea nella quale si deve procedere ad eleggere i nuovi organi amministrativi.

Liter argomentativo seguito dal Tribunale si fonda sulla affermazione che si deve escludere la proponibilità del ricorso *ante causam* ex art. 700 c.p.c. per la suddetta sospensione o inibizione per mancanza del requisito della residualità che deve sempre fondare il ricorso alla cautela innominata.

Secondo il Tribunale, perché si possa ricorrere al giudice è necessario che la temuta distorsione del processo decisionale, dovuta anche alla fase preparatoria dell'assemblea, si sia già concretamente manifestata. Situazione che nel caso di specie non è possibile verificare posto che, come già detto, la mera richiesta di requisiti per gli esponenti aziendali non determina l'insorgere di un concreto pregiudizio imminente ed irreparabile.

La conclusione è condivisibile anche alla luce delle considerazioni svolte precedentemente.

A sostegno di tale conclusione, è forse possibile aggiungere che, ai sensi dell'art. 72, co. 1, t.u.b., la finalità del compito svolto dal commissario straordinario è, fra l'altro, quella di promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti. L'interesse dei depositanti e, di conseguenza, l'interesse della stabilità dell'intero sistema bancario è finalità che viene prima della tutela dei titolari di partecipazioni, anzi è proprio per evitare che questi

facciano valere le loro ragioni prima delle altre che il legislatore pone un freno, come abbiamo già visto, alle azioni che possono essere esperite contro gli organi di amministrazione straordinaria.

6 Osservazioni conclusive

Un'ultima osservazione.

Come è noto, alle banche, e quindi anche alle bcc, non si applica l'art. 2409 c.c. per la motivazione, dai più condivisa, che le banche sono soggette al penetrante controllo della Banca d'Italia e, quindi, l'amministrazione straordinaria si pone come procedura alternativa dell'art. 2409 c.c.

Ciò posto, in questa sede ci si potrebbe interrogare se le soluzioni fornite dall'ordinanza in commento possano essere estese anche a situazioni analoghe, come, ad esempio, proprio alla procedura di cui all'art. 2409 c.c. In altre parole, ci si chiede se la soluzione fornita dall'ordinanza in commento possa trovare applicazione anche nella gestione straordinaria giudiziale delle società e cioè se, nello specifico, l'amministratore giudiziario, al pari del commissario straordinario, possa fissare requisiti di professionalità più rigidi in sede di ricostituzione degli organi societari (v. art. 2409, co. 6, c.c.).

La risposta è affermativa e ciò in ragione, innanzitutto, della considerazione che come i commissari straordinari sono proiezioni della Banca d'Italia così proiezione dell'autorità giudiziaria è da ritenere che sia l'amministratore giudiziario nella gestione *ex art.* 2409 c.c.⁸ e, per le considerazioni svolte precedentemente, anche quest'ultimo ha il potere di fissare requisiti di professionalità più rigidi.

La conclusione è avvalorata anche dalla previsione di cui all'art. 2409, co. 3, c.c. nella quale è prevista che «*il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità...*». Il riferimento all'adeguatezza (riferimento che si trova, con riferimento alle banche, anche nelle Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia) fa presumere che il Tribunale possa imporre che i nuovi amministratori debbano rispettare requisiti di professionalità non come previsti dallo statuto della società ma requisiti tagliati ad hoc per evitare che la società ricada nella situazione prima del risanamento. Se tale richiesta può provenire dal Tribunale, potrà provenire anche dall'amministratore giudiziario che, come detto, del Tribunale è una proiezione.

8 A. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 1190, nt. 97.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Prima Sezione – 19 giugno 2014

Tizzano, Relatore e Presidente di Sezione

Rinvio pregiudiziale – Articolo 45 TFUE – Direttiva 2004/38/CE – Articolo 7 – Nozione di “lavoratore” – Cittadina dell’Unione europea che ha rinunciato a lavorare a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo successivo al parto

L’articolo 45 TFUE deve essere interpretato nel senso che una donna, che smetta di lavorare o di cercare un impiego a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo successivo al parto, conserva la qualità di «lavoratore» ai sensi di tale articolo, purché essa riprenda il suo lavoro o trovi un altro impiego entro un ragionevole periodo di tempo dopo la nascita di suo figlio.

Nella causa C-507/12, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla Supreme Court of the United Kingdom (Regno Unito), con decisione del 31 ottobre 2012, pervenuta in cancelleria l’8 novembre 2012, nel procedimento

Jessy Saint Prix

contro

Secretary of State for Work and Pensions,

con l’intervento di:

AIRE Centre,

LA CORTE (Prima Sezione),
(*omissis*)

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione della nozione di «lavoratore» ai sensi dell’articolo 45 TFUE e dell’articolo 7 della direttiva n. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati mem-

bri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU L 158, pag. 77, e rettifiche GU L 229, pag. 35, e GU 2005, L 197, pag. 34).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone la sig.ra Saint Prix al Secretary of State for Work and Pensions (in prosieguo: il «Secretary of State») in merito al rifiuto di quest'ultimo di concederle un'indennità integrativa del reddito.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 I considerando da 2 a 4 e 31 della direttiva n. 2004/38 prevedono quanto segue:

«(2) La libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali nel mercato interno che comprende uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata tale libertà secondo le disposizioni del trattato [CE].

(3) La cittadinanza dell'Unione dovrebbe costituire lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri quando essi esercitano il loro diritto di libera circolazione e di soggiorno. È pertanto necessario codificare e rivedere gli strumenti comunitari esistenti che trattano separatamente di lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, studenti ed altre persone inattive al fine di semplificare e rafforzare il diritto di libera circolazione e soggiorno di tutti i cittadini dell'Unione.

(4) Per superare tale carattere settoriale e frammentario delle norme concernenti il diritto di libera circolazione e soggiorno e allo scopo di facilitare l'esercizio di tale diritto, occorre elaborare uno strumento legislativo unico per modificare parzialmente il regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità [(GU L 257, pag. 2), come modificato dal regolamento (CEE) n. 2434/92 del Consiglio, del 27 luglio 1992 (GU L 245, pag. 1)] e per abrogare i seguenti testi legislativi: la direttiva n. 68/360/CEE del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità [(GU L 257, pag. 13)]; la direttiva n. 73/148/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli

Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi [(GU L 172, pag. 14)]; la direttiva n. 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno [(GU L 180, pag. 26)]; la direttiva n. 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale [(GU L 180, pag. 28)] e la direttiva n. 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti [(GU L 317, pag. 59)].

(...)

(31) La presente direttiva rispetta i diritti e le libertà fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; in conformità con il divieto di discriminazione contemplato nella Carta gli Stati membri dovrebbero dare attuazione alla presente direttiva senza operare tra i beneficiari della stessa alcuna discriminazione fondata su motivazioni quali sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza ad una minoranza etnica, patrimonio, nascita, handicap, età o tendenze sessuali».

4 Ai sensi dell'articolo 1, lettera a), della direttiva n. 2004/38:

«La presente direttiva determina:

a) le modalità d'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari».

5 L'articolo 7 della suddetta direttiva, intitolato «Diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi», prevede, ai suoi paragrafi 1 e 3, quanto segue:

«1. Ciascun cittadino dell'Unione ha il diritto di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro, a condizione:

a) di essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante (...)

(...).

3. Ai sensi del par. 1, lettera a), il cittadino dell'Unione che abbia cessato di essere un lavoratore subordinato o autonomo conserva la qualità di

lavoratore subordinato o autonomo nei seguenti casi:

- a) l'interessato è temporaneamente inabile al lavoro a seguito di una malattia o di un infortunio;
- b) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata dopo aver esercitato un'attività per oltre un anno, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro;
- c) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata al termine di un contratto di lavoro di durata determinata inferiore ad un anno o venutosi a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro. In tal caso, l'interessato conserva la qualità di lavoratore subordinato per un periodo che non può essere inferiore a sei mesi;
- d) l'interessato segue un corso di formazione professionale. Salvo il caso di disoccupazione involontaria, la conservazione della qualità di lavoratore subordinato presuppone che esista un collegamento tra l'attività professionale precedentemente svolta e il corso di formazione seguito».

6 L'articolo 16, paragrafi 1 e 3, della medesima direttiva così dispone:

«1. Il cittadino dell'Unione che abbia soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante ha diritto al soggiorno permanente in detto Stato. (...)

(...)

3. La continuità della residenza non è pregiudicata da assenze temporanee che non superino complessivamente sei mesi all'anno né da assenze di durata superiore per l'assolvimento degli obblighi militari né da un'assenza di dodici mesi consecutivi al massimo dovuta a motivi rilevanti, quali gravidanza e maternità, malattia grave, studi o formazione professionale o il distacco per motivi di lavoro in un altro Stato membro o in un paese terzo».

Il diritto del Regno Unito

7 La legge del 1992 sui contributi e sulle prestazioni in materia di previdenza sociale (Social Security Contributions and Benefits Act 1992) ed il regolamento (generale) del 1987 in materia di indennità integrativa del reddito [Income Support (General) Regulations 1987] costituiscono la nor-

mativa applicabile all'indennità integrativa del reddito.

8 L'indennità integrativa del reddito è una prestazione concessa in base al reddito a diverse categorie di persone, tra le quali figura, in forza dell'articolo 4ZA di detto regolamento, in combinato disposto con il punto 14, lettera b), dell'allegato 1B dello stesso regolamento, quella delle donne che sono o sono «state [incinte] ma solo per il periodo che inizia undici settimane prima della settimana presunta del parto e termina quindici settimane dopo la data della fine della gravidanza».

9 La concessione di detta prestazione presuppone, in particolare, ai sensi dell'articolo 124, par. 1, lettera b), della legge del 1992 sui contributi e sulle prestazioni in materia di previdenza sociale, che i redditi del beneficiario non superino l'«importo applicabile» stabilito. Se tale importo è pari a zero, non è concessa alcuna prestazione.

10 Ai sensi del punto 17 dell'allegato 7 del regolamento (generale) del 1987 in materia di indennità integrativa del reddito, l'importo applicabile stabilito per una «persona proveniente dall'estero» è pari a zero.

11 L'articolo 21AA, par. 1, di tale regolamento definisce la nozione di «persona proveniente dall'estero» come «un richiedente che non risieda abitualmente nel Regno Unito (...)».

12 Ai sensi dell'articolo 21AA, par. 2, di detto regolamento, per poter essere considerato residente abitualmente nel Regno Unito, colui che richiede l'indennità integrativa del reddito deve essere titolare di un «diritto di soggiorno» in tale Stato membro.

13 Ai sensi dell'articolo 21AA, par. 4, del medesimo regolamento:

«Un richiedente non è considerato persona proveniente dall'estero qualora sia:

- a) un lavoratore subordinato ai sensi della direttiva [2004/38];
- b) un lavoratore autonomo ai sensi di tale direttiva;
- c) una persona che conservi una delle qualità di cui supra, alle lettere a) o b), ai sensi dell'articolo 7, par. 3, di tale direttiva;
- d) una persona che sia un familiare, ai sensi dell'articolo 2 di tale direttiva, di una persona di cui supra, alle lettere a), b) o c);
- e) una persona che abbia un diritto di soggiorno permanente nel Regno Unito, ai sensi dell'articolo 17 di tale direttiva».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

14 La sig.ra Saint Prix è una cittadina francese giunta il 10 luglio 2006 nel Regno Unito, ove ha lavorato essenzialmente come insegnante ausiliaria dal 1° settembre 2006 al 1° agosto 2007. Successivamente, essa si è iscritta all'università di Londra ad un corso che le consentisse di ottenere un certificato di abilitazione all'insegnamento, il cui periodo di studi previsto era dal 17 settembre 2007 al 27 giugno 2008.

15 Durante tale periodo, ha avuto per lei inizio una gravidanza, con data prevista del parto il 2 giugno 2008.

16 Il 22 gennaio 2008, sperando di trovare lavoro in una scuola secondaria, la sig.ra Saint Prix si è iscritta ad un'agenzia di lavoro interinale e il 1° febbraio 2008 ha abbandonato il corso seguito presso l'università di Londra. Poiché non vi erano posti di lavoro disponibili presso una scuola secondaria, essa ha lavorato come interinale presso scuole materne. Il 12 marzo 2008, quasi al sesto mese di gravidanza, la sig.ra Saint Prix ha tuttavia abbandonato tale impiego, in quanto il lavoro, che consisteva nell'occuparsi di bambini delle scuole materne, era diventato troppo faticoso per lei. Essa ha cercato per alcuni giorni, senza successo, un lavoro più adatto al suo stato di gravidanza.

17 Il 18 marzo 2008, ossia undici settimane prima della data prevista del parto, la sig.ra Saint Prix ha presentato una domanda di indennità integrativa del reddito. Poiché tale domanda è stata respinta dal Secretary of State con decisione del 4 maggio 2008, essa ha proposto un ricorso dinanzi al First-tier Tribunal.

18 Il 21 agosto 2008, ossia tre mesi dopo la nascita prematura di suo figlio, la sig.ra Saint Prix ha ripreso il lavoro.

19 Con decisione del 4 settembre 2008, il First-tier Tribunal ha accolto il suo ricorso. Tuttavia, il 7 maggio 2010 l'Upper Tribunal ha accolto il ricorso proposto dal Secretary of State avverso tale decisione. Poiché la Court of Appeal ha confermato la decisione dell'Upper Tribunal, la Sig.ra Saint Prix ha adito il giudice del rinvio.

20 Quest'ultimo giudice si chiede se una donna incinta che cessi temporaneamente di lavorare a causa della gravidanza debba essere considerata un «lavoratore» ai fini della libera circolazione dei lavoratori sancita dall'articolo 45 TFUE e del diritto di soggiorno conferito dall'articolo 7 della direttiva n. 2004/38.

21 A tale proposito, il giudice del rinvio constata che né l'articolo 45 TFUE, né l'articolo 7 della citata direttiva, definiscono la nozione di lavoratore.

22 Pertanto, detto giudice considera, in sostanza, che, sebbene adottando la stessa direttiva il legislatore dell'Unione abbia avuto l'intenzione di codificare la legislazione e la giurisprudenza esistenti, esso non ha voluto tuttavia escludere un'evoluzione ulteriore della nozione di lavoratore in considerazione di situazioni non espressamente previste al momento di tale adozione. Di conseguenza, la Corte potrebbe, tenendo conto di circostanze particolari quali quelle che caratterizzano la gravidanza e il periodo immediatamente successivo al parto, decidere di estendere tale nozione alle donne incinte che lasciano il proprio impiego per un periodo ragionevole.

23 Ciò considerato, la Supreme Court of the United Kingdom ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il diritto di soggiorno conferito a un "lavoratore subordinato" dall'articolo 7 della direttiva [2004/38] debba essere interpretato nel senso che si applica soltanto alle persone che i) si trovano in un rapporto di lavoro esistente, ii) sono, quantomeno in alcune circostanze, alla ricerca di un'occupazione, o iii) rientrano nell'ambito di applicazione delle ipotesi previste dall'articolo 7, par. 3 [di tale direttiva], oppure se [l']articolo [7 di detta direttiva] debba essere interpretato nel senso che non osta a riconoscere tale diritto ad altre persone che conservano la qualità di "lavoratori subordinati" a tal fine.

2) a) Se, in quest'ultimo caso, esso si applichi ad una donna che, ragionevolmente, abbia cessato di lavorare o abbia interrotto la ricerca di un'occupazione, a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo successivo al parto.

b) In caso affermativo, se essa abbia diritto all'applicazione della definizione, fornita dal diritto nazionale, del momento in cui tale scelta è ragionevole».

1 Sulle questioni pregiudiziali

24 Con le sue questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione, e in particolare, gli articoli 45 TFUE e 7 della direttiva n. 2004/38, debbano essere interpretati nel senso che una donna, che cessi di lavorare o di cercare

un impiego a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo successivo al parto, conservi la qualità di «lavoratore» ai sensi dei suddetti articoli.

25 Al fine di rispondere a tali questioni, è opportuno innanzitutto ricordare che dai considerando terzo e quarto della citata direttiva risulta che quest'ultima ha lo scopo di superare un approccio settoriale e frammentario del diritto fondamentale e individuale dei cittadini dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ai fini di agevolare l'esercizio di tale diritto mediante l'elaborazione di un atto legislativo unico che codifichi e riveda gli strumenti del diritto dell'Unione anteriori a tale medesima direttiva (v., in tal senso, sentenza Ziolkowski e Szeja, C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, punto 37).

26 A tale proposito, dall'articolo 1, lettera a), della direttiva n. 2004/38 risulta che quest'ultima mira a precisare le condizioni di esercizio di tale diritto, tra le quali figura, per quanto concerne i soggiorni di durata superiore a tre mesi, in particolare, quella prevista dall'articolo 7, par. 1, lettera a), di tale direttiva, secondo la quale i cittadini dell'Unione devono possedere la qualità di lavoratore subordinato o di lavoratore autonomo nello Stato membro ospitante (v., in tal senso, sentenza Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, punto 53 e giurisprudenza ivi citata).

27 L'articolo 7, par. 3, della citata direttiva precisa che, ai sensi dell'articolo 7, par. 1, lettera a), della stessa direttiva, il cittadino dell'Unione che abbia cessato di essere un lavoratore subordinato o autonomo conserva, nondimeno, la qualità di lavoratore in casi particolari, ossia qualora egli sia temporaneamente inabile al lavoro a seguito di una malattia o di un infortunio, qualora in talune ipotesi si trovi in stato di disoccupazione involontaria o ancora qualora segua, a determinate condizioni, un corso di formazione professionale.

28 Orbene, si deve rilevare che l'articolo 7, par. 3, della direttiva n. 2004/38 non prevede espressamente il caso di una donna che si trovi in una situazione particolare a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo successivo al parto.

29 A tale riguardo, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, la gravidanza deve essere nettamente distinta dalla malattia nel senso che lo stato di gravidanza non è in alcun modo assimilabile ad uno stato patologico (v., in tal senso, in particolare, sentenza Webb, C-32/93, EU:C:1994:300, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

30 Ne consegue che una donna che si trovi nella situazione della sig.

ra Saint Prix, che cessi temporaneamente di lavorare a causa delle ultime fasi della gravidanza e del periodo successivo al parto, non può essere qualificata come persona temporaneamente inabile al lavoro a seguito di una malattia, ai sensi dell'articolo 7, par. 3, lettera a), della direttiva n. 2004/38.

31 Tuttavia, non risulta né dall'articolo 7 di detta direttiva nel suo complesso, né da altre disposizioni della stessa direttiva che, in siffatte circostanze, un cittadino dell'Unione che non soddisfi le condizioni previste da detto articolo sia, per tale ragione, sistematicamente privato dello status di «lavoratore», ai sensi dell'articolo 45 TFUE.

32 Infatti, la codificazione, voluta dalla citata direttiva, degli strumenti del diritto dell'Unione anteriori alla stessa, che mira espressamente ad agevolare l'esercizio del diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, non può di per sé limitare la portata della nozione di lavoratore ai sensi del Trattato FUE.

33 A tale riguardo, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, la nozione di «lavoratore», ai sensi dell'articolo 45 TFUE, in quanto definisce l'ambito di applicazione di una libertà fondamentale prevista dal Trattato FUE, deve essere interpretata estensivamente (v., in tal senso, sentenza N., C-46/12, EU:C:2013:97, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

34 È in tale prospettiva che la Corte ha affermato che ogni cittadino di uno Stato membro, indipendentemente dal suo luogo di residenza e dalla sua cittadinanza, che si sia avvalso del diritto alla libera circolazione dei lavoratori e abbia esercitato un'attività lavorativa in uno Stato membro diverso da quello di residenza, rientra nella sfera di applicazione dell'articolo 45 TFUE (v., in particolare, sentenze Ritter-Coulais, C-152/03, EU:C:2006:123, punto 31, e Hartmann, C-212/05, EU:C:2007:437, punto 17).

35 In tal modo la Corte ha precisato anche che, nell'ambito dell'articolo 45 TFUE, deve considerarsi lavoratore la persona che fornisce, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni a corrispettivo delle quali riceve una retribuzione. Una volta cessato il rapporto di lavoro, l'interessato perde, in linea di principio, la qualità di lavoratore, fermo restando tuttavia che, da un lato, questa qualifica può produrre taluni effetti dopo la cessazione del rapporto di lavoro e che, dall'altro, una persona all'effettiva ricerca di un impiego deve del pari essere qualificata come lavoratore (sentenza Caves Krier Frères, C-379/11, EU:C:2012:798, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

36 Di conseguenza, e ai fini della presente causa, occorre sottolineare che la libera circolazione dei lavoratori implica il diritto per i cittadini degli Stati membri di circolare liberamente nel territorio degli altri Stati membri e di soggiornarvi al fine di cercarvi un lavoro (v., in particolare, sentenza Antonissen, C-292/89, EU:C:1991:80, punto 13).

37 Ne consegue che la qualifica di lavoratore ai sensi dell'articolo 45 TFUE, nonché i diritti derivanti da un siffatto status, non dipendono necessariamente dall'esistenza o dalla effettiva prosecuzione di un rapporto di lavoro (v., in tal senso, sentenza Lair, 39/86, EU:C:1988:322, punti 31 e 36).

38 In tali condizioni, non si può affermare, contrariamente a quanto asserito dal governo del Regno Unito, che l'articolo 7, par. 3, della direttiva n. 2004/38 elenchi in maniera esaustiva le circostanze nelle quali un lavoratore migrante, che non si trovi più in un rapporto di lavoro, possa tuttavia continuare a beneficiare di detto status.

39 Nella fattispecie, dalla decisione di rinvio emerge che, senza che ciò sia contestato dalle parti nel procedimento principale, la sig.ra Saint Prix ha svolto attività subordinate nel territorio del Regno Unito, prima di cessare di lavorare, meno di tre mesi prima della nascita di suo figlio, a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo immediatamente successivo al parto. Senza aver lasciato il territorio di tale Stato membro durante il periodo di interruzione della sua attività professionale, essa ha ripreso a lavorare tre mesi dopo la nascita di suo figlio.

40 Orbene, la circostanza che dette limitazioni costringano una donna a cessare di esercitare un'attività subordinata durante il periodo necessario al suo ristabilimento non è, in linea di principio, idonea a privare tale persona della qualità di «lavoratore», ai sensi dell'articolo 45 TFUE.

41 Infatti, la circostanza che una siffatta persona non sia stata effettivamente presente sul mercato del lavoro dello Stato membro ospitante per alcuni mesi non implica che tale persona abbia cessato di far parte di detto mercato durante tale periodo, purché essa riprenda il suo lavoro o trovi un altro impiego entro un termine ragionevole dopo il parto (v., per analogia, sentenza Orfanopoulos e Oliveri, C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262, punto 50).

42 Per determinare se il periodo intercorso tra il parto e la ripresa del lavoro possa essere considerato ragionevole, è compito del giudice nazionale interessato tenere conto di tutte le circostanze specifiche del proce-

dimento principale e delle norme nazionali applicabili che disciplinano la durata del congedo di maternità, conformemente all'articolo 8 della direttiva n. 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, par. 1 della direttiva n. 89/391/CEE) (GU L 348, pag. 1).

43 La soluzione accolta al punto 41 della presente sentenza è conforme alla finalità, perseguita dall'articolo 45 TFUE, di consentire ad un lavoratore di spostarsi liberamente nell'ambito del territorio degli altri Stati membri e di soggiornarvi al fine di svolgervi un'attività lavorativa (v. sentenza Uecker e Jacquet, C-64/96 e C-65/96, EU:C:1997:285, punto 21).

44 Infatti, come affermato dalla Commissione europea, una cittadina dell'Unione sarebbe dissuasa dall'esercitare il suo diritto di libera circolazione se, nel caso in cui fosse incinta nello Stato ospitante e lasciasse per tale motivo il suo impiego, sia pur soltanto per un breve periodo, essa rischiasse di perdere la qualità di lavoratore in tale Stato.

45 Inoltre, va ricordato che il diritto dell'Unione garantisce alle donne una tutela particolare in caso di maternità. A tale proposito, occorre rilevare che l'articolo 16, par. 3, della direttiva n. 2004/38, prevede, ai fini del calcolo del periodo ininterrotto di cinque anni di soggiorno nel territorio dello Stato membro ospitante che consente ai cittadini dell'Unione di acquisire il diritto di soggiorno permanente in tale territorio, che la continuità della residenza non è pregiudicata, in particolare, da un'assenza di dodici mesi consecutivi al massimo dovuta a motivi rilevanti, quali gravidanza e maternità.

46 Orbene, in forza di tale tutela, se un'assenza motivata da un evento rilevante come la gravidanza o la maternità non pregiudica la continuità della residenza di cinque anni nello Stato membro ospitante necessaria per la concessione di tale diritto, le limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo immediatamente successivo al parto, che costringono una donna a smettere temporaneamente di lavorare, non possono, a fortiori, comportare per quest'ultima la perdita della qualità di lavoratore.

47 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, si deve rispondere alle questioni pregiudiziali poste dal giudice del rinvio dichiarando che l'articolo 45 TFUE deve essere interpretato nel senso che una donna, che smetta di lavorare o di cercare un impiego a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo successivo al parto,

conserva la qualità di «lavoratore» ai sensi di tale articolo, purché essa riprenda il suo lavoro o trovi un altro impiego entro un ragionevole periodo di tempo dopo la nascita di suo figlio.

Sulle spese

48 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

L'articolo 45 TFUE deve essere interpretato nel senso che una donna, che smetta di lavorare o di cercare un impiego a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo successivo al parto, conserva la qualità di «lavoratore» ai sensi di tale articolo, purché essa riprenda il suo lavoro o trovi un altro impiego entro un ragionevole periodo di tempo dopo la nascita di suo figlio.

La cessazione temporanea del rapporto di lavoro a causa della gravidanza non pregiudica lo *status* di lavoratrice

Chiara Garbuio
(Dottoressa magistrale in Giurisprudenza)

Abstract In case C-507/11 the Court of Justice of the European Union has been referred the question if a Union citizen who resides and works in a Member State other than her own who temporarily stops working because of the constraints of pregnancy and the immediate aftermath of childbirth is to be treated as a 'worker' for the purposes of Article 7 of Directive 2004/38/EC ('the Citizenship Directive'). Indeed, article 7(3) of directive specifies the circumstances in which a migrant who is no longer in an employment relationship may however retain the status of worker but it doesn't mention pregnancy. In its judgment, the Court of Justice considers that a woman in such that situation can anyway retain the status of 'worker'. The Court underlines that the notion of 'worker' has always been interpreted in a broad way, as long as it defines the scope of a fundamental freedom provided under the Treaty (the right of EU citizens to move freely within the territory of other Member States and to stay there seeking employment). Moreover, the Court states that the 'Citizenship Directive' does not list exhaustively the circumstances in which a migrant worker who is no longer in employment may retain the status of worker and it can't, in anyway, limit the scope of the concept of worker within the meaning of the TFEU.

Sommario 1. Premessa. - 2. I fatti. - 3. La direttiva sulla cittadinanza, il diritto primario e la nozione di lavoratore. - 4. La decisione della Corte di giustizia. - 5. Osservazioni conclusive.

1 Premessa

Con la sentenza qui annotata¹, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è nuovamente pronunciata in merito all'estensione della qualifica di "lavoratore" ai fini dell'esercizio del diritto alla libera circolazione sancito dall'art. 45 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e più specificatamente dell'esercizio del diritto di soggiorno conferito ai lavoratori dall'art. 7 della direttiva n. 2004/38/CE (c.d. "direttiva sulla cittadinanza")². La sentenza è giunta a seguito della domanda di rinvio pregiudiziale di interpretazione promossa dalla *Supreme Court of the United Kingdom* (in prosieguo anche solo "Corte Suprema"): attraverso i quesiti formulati, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di stabilire

1 Sentenza 19 giugno 2014, Saint Prix, C-507/12, EU:C:2014:2007.

2 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in *G.U.U.E.* n. L 229 del 29 giugno 2004.

se una donna, di cittadinanza francese ma trasferitasi nel Regno Unito, che ha lasciato temporaneamente il lavoro a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo immediatamente successivo al parto possa essere comunque considerata una "lavoratrice" ai fini dell'applicazione delle succitate norme. Dal pronunciamento dei giudici di Lussemburgo, infatti, dipendeva il diritto in capo alla donna a beneficiare di un'indennità integrativa del reddito prevista dalla normativa nazionale del Regno Unito in favore dei cittadini britannici nonché dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea a patto che quest'ultimi godano del diritto di soggiorno di cui all'art. 7 della direttiva sulla cittadinanza.

2 I fatti

La cittadina francese Jessy Saint Prix ha esercitato il diritto alla libera circolazione nell'intento di proseguire la professione di insegnante, che già esercitava nel suo Paese d'origine, anche nel Regno Unito: giunta, infatti, nel luglio del 2006, per quasi un anno, tra l'ottobre dello stesso anno e l'agosto 2007, ha trovato impiego come insegnante ausiliaria, frequentando poi un corso di specializzazione presso l'Università di Londra per ottenere il certificato per l'abilitazione all'insegnamento a partire dal settembre del 2007. Nel gennaio del 2008 la Saint Prix ha scoperto di essere in stato interessante e ha deciso, pertanto, di ritirarsi dal corso universitario che frequentava e di iscriversi ad una agenzia interinale per il tramite della quale ha lavorato come ausiliaria nelle scuole materne tra febbraio e marzo 2008. Giunta al sesto mese di gravidanza, a metà marzo 2008, ha lasciato quest'ultimo impiego perché eccessivamente faticoso, con il proposito di cercarne uno più confacente alle sue condizioni fisiche. La ricerca si è tuttavia rivelata infruttuosa. La sig.ra Saint Prix, rimasta disoccupata, ha trovato un nuovo impiego e ha dunque ripreso a lavorare tre mesi dopo la nascita del figlio, avvenuta prematuramente il 21 maggio 2008.

Durante il periodo di inattività, precisamente undici settimane prima della data presunta del parto, la cittadina francese, su consiglio del suo medico curante, ha presentato, come consentito dalla disciplina vigente del Regno Unito³, una richiesta di indennità integrativa del reddito riservata, tra gli altri, alle donne incinte siano esse occupate o in cerca di occupazione (c.d. "*income support*"⁴): detta domanda è stata però respinta dal competente

3 *Social Security Contributions and Benefits Act* del 1992 e *Income Support General Regulations* del 1987.

4 *Income support* consiste in una prestazione economica di natura non contributiva concessa, sulla base del reddito, ad alcune categorie di soggetti residenti nel Regno Unito fra cui le donne durante il periodo compreso tra le undici settimane prima della data presunta del

Secretary of State for Work and Pensions con provvedimento di diniego successivamente ritenuto illegittimo dal *First Tier Tribunal*, adito dalla *Saint Prix* in ricorso avverso il provvedimento stesso.

Il *Secretary of State* si era rifiutato di elargire la richiesta prestazione economica sulla base della considerazione che la cittadina francese, al momento della richiesta, fosse priva di occupazione e quindi, non rientrando neppure in quelle specifiche ipotesi derogatorie di cui al par. n. 3 dell'art. 7 della direttiva n. 2004/38⁵, non godesse della qualifica di lavoratore necessaria per poter usufruire di tale prestazione da parte dei cittadini dell'Unione come lei non residenti nel Regno Unito.

Dopo due ulteriori gradi di giudizio che, accogliendo la tesi del *Secretary of State*, riformavano l'iniziale decisione favorevole alla ricorrente, la questione è giunta al cospetto dei giudici di Lussemburgo allorché la Corte Suprema, cui ricorreva in ultima istanza la neomamma, ha ritenuto che per mettere un punto all'intera vicenda fosse necessario richiedere una lettura interpretativa delle summenzionate norme di diritto dell'Unione, dalla quale sarebbe quindi dipeso l'accoglimento o meno delle istanze promosse dalla *Saint Prix*⁶: infatti, come detto, per il diritto nazionale britannico i cittadini dell'Unione europea che si trovano nel Regno Unito in qualità di "lavoratori" ai sensi del diritto dell'Unione sono posti sullo stesso piano, in merito al diritto di beneficiare dell'*income support*, rispetto a coloro che sono residenti abituali nel Regno Unito.

Le questioni pregiudiziali sono state proposte alla Corte Suprema poiché sebbene fosse pacifico che la *Saint Prix* non rientrasse in alcuna delle situazioni espressamente indicate all'art. 7 della direttiva sulla cittadinanza e sebbene la direttiva stessa fosse evidentemente stata emanata con l'intento di cristallizzare la giurisprudenza anteriore ad essa⁷, si rifiutava

parto e le quindici settimane successive. Per beneficiarne, oltre al requisito della residenza, il reddito da lavoro del richiedente non deve superare un certo importo, ma non può nemmeno essere nullo, cioè pari a zero. Per le persone provenienti dall'estero, cioè a dire coloro che non risiedono abitualmente nel Regno Unito, l'importo è ritenuto *ex lege* pari a zero (cfr. l'art. 124, par. 1, lett. b), del *Social Security Contributions and Benefits Act* del 1992) a meno che questi non siano titolari di un diritto di soggiorno permanente nel Regno Unito ovvero, tra le varie ipotesi, siano considerabili quali lavoratori (subordinati o autonomi) ai sensi della direttiva n. 2004/38/CE.

5 Tale norma elenca alcune categorie di soggetti che pur non essendo attualmente occupati conservano la qualifica di lavoratore. V. meglio *infra*.

6 La Corte Suprema, rilevato che né la tesi della sig.ra *Saint Prix*, né quella del *Secretary of State* fossero pacificamente sostenute dal diritto dell'Unione europea e dai precedenti della Corte di giustizia (c.d. "*acte clair*"), ha dovuto rivolgersi alla Corte di Lussemburgo in quanto giudice di ultima istanza su cui grava l'obbligo di formulare il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE.

7 Apparentemente, infatti, l'art. 7, par. 3, della succitata direttiva pare ricomprendere in modo esaustivo tutte le ipotesi in cui un cittadino dell'Unione che abbia usufruito del diritto alla libera circolazione mantenga il diritto di soggiorno nello stato ospitante anche qualora

di considerare come aprioristicamente preclusa ogni ulteriore evoluzione interpretativa del concetto di “lavoratore” che potesse ricomprendere tutte quelle ipotesi non specificatamente contenute in detta direttiva, come appunto la gravidanza, momento peculiare nella vita di una lavoratrice che non può essere assimilato *tout court* alla malattia o alla inabilità.

In concreto, pertanto, i giudici di ultima istanza, attraverso le questioni pregiudiziali di cui hanno investito la Corte di giustizia, chiedono:

- a) se le eccezioni per il mantenimento della qualifica di lavoratore di cui al par. 3 dell’art. 7 costituiscano un *numerus clausus* ai fini del diritto di soggiorno di cui al precedente par. n. 1, ovvero se siano ammissibili ulteriori ipotesi, non espressamente contemplate dalla norma, in cui un soggetto che abbia cessato di lavorare mantenga comunque la qualifica di lavoratore;
- b) se, qualora siano ammissibili altre ipotesi, una donna che abbia cessato di lavorare a causa delle condizioni fisiche degli ultimi mesi precedenti il parto e di quelle successive ad esso rientri tra dette ulteriori ipotesi e quindi mantenga la qualifica di lavoratrice ai fini dell’applicazione del diritto dell’Unione e in particolare della direttiva sulla cittadinanza;
- c) se, in caso affermativo, la donna possa godere dell’applicazione della definizione fornita dal diritto nazionale, dal momento che è una scelta ragionevole.

La Corte di giustizia, a fronte di una lettura estensiva dell’art. 45 TFUE, concluderà nel senso di ammettere che una donna che abbandona la sua occupazione a causa delle condizioni fisiche determinate dalla gravidanza, non perde la qualifica di lavoratore, ma solo a condizione che riprenda a lavorare entro un ragionevole lasso di tempo successivo al parto.

Per comprendere la conclusione adottata dai giudici lussemburghesi è utile analizzare brevemente i principi e la normativa collegata ai quesiti summenzionati.

abbia cessato di essere lavoratore subordinato o autonomo. Ai sensi del par. 3 il cittadino dell’Unione che abbia cessato di essere un lavoratore subordinato o autonomo conserva la qualifica di lavoratore se «a) l’interessato è temporaneamente inabile al lavoro a seguito di una malattia o di un infortunio; b) l’interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata dopo aver esercitato un’attività per oltre un anno, si è registrato presso l’ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro; c) l’interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata al termine di un contratto di lavoro di durata determinata inferiore ad un anno o venutosi a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi, si è registrato presso l’ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro [...]; d) l’interessato segua un corso di formazione professionale. Salvo il caso di disoccupazione involontaria, la conservazione della qualità di lavoratore subordinato presuppone che esista un collegamento tra l’attività professionale precedentemente svolta e il corso di formazione seguito».

3 La direttiva sulla cittadinanza, il diritto primario e la nozione di lavoratore

La direttiva n. 2004/38/CE⁸, insieme al regolamento UE n. 492/2011⁹, costituisce la disciplina di riferimento in materia di libera circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione nel territorio degli Stati membri. Pensata come «*strumento legislativo unico per superare [il] carattere settoriale e frammentario delle norme concernenti*»¹⁰ tali diritti e facilitarne l'esercizio, la direttiva regola il diritto di circolare e soggiornare in uno Stato membro diverso dal proprio di cittadinanza, qualificando il tipo di soggiorno nello Stato ospitante in base alla durata del medesimo: se l'art. 6 stabilisce che per soggiorni inferiori ai tre mesi è fatto divieto per lo stato ospitante di imporre specifiche condizioni e formalità diverse dal possesso di una carta di identità o di un passaporto in corso di validità, l'art. 7, par. 1, prevede che un soggiorno superiore ai tre mesi sia concesso solamente al lavoratore subordinato o autonomo, ai familiari del lavoratore, a colui che frequenti un corso di studi anche professionale, a colui che, benché inattivo, sia in possesso un'assicurazione malattia e di risorse economiche sufficienti da non divenire un onere per lo Stato ospitante. Al par. 3 del medesimo art. 7 si precisa che, allorché un soggetto abbia cessato di lavorare nel territorio dello Stato ospitante, egli conserva comunque la qualifica di lavoratore e il conseguente diritto di soggiorno ai sensi del precedente p. 1, ma solo se è temporaneamente inabile a causa di una malattia o di un infortunio, ovvero se, in stato di disoccupazione involontaria, si è iscritto al competente ufficio di collocamento, ovvero ancora se frequenta un corso di formazione professionale. Non viene quindi menzionata l'ipotesi di abbandono del lavoro a causa dello stato di gravidanza.

Se dunque tale è il diritto secondario di riferimento in materia di circolazione dei lavoratori e tali sono i casi in cui, pur non sussistendo nell'attualità un rapporto di lavoro, il lavoratore mantiene il suo *status*, allora la sig.ra Saint Prix, che ha lasciato volontariamente il lavoro perché in stato interessante, non avrebbe potuto essere qualificata lavoratrice al momento in cui ha presentato la richiesta per ottenere l'*income support*.

Eppure, come anticipato, la Corte di giustizia è giunta a diversa conclusione.

8 Per un commento esaustivo cfr. E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN (a cura di), *The EU Citizenship Directive: A Commentary*, Oxford, 2014. Cfr., altresì, B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012, *passim*.

9 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, in *G.U.U.E.* n. L 141 del 27 maggio 2011.

10 Cfr. il 4° *considerando* della direttiva n. 2004/38/CE.

4 La decisione della Corte di giustizia

Osserva, infatti, la Corte che la nozione di lavoratore edificata dall'art. 7 della direttiva sulla cittadinanza non può dirsi esaustiva della nozione di lavoratore che ne rappresenta il vero fondamento, cioè a dire quella di cui all'art. 45 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

Vero, infatti, come detto, che la direttiva è stata emanata, tra l'altro, con lo scopo precipuo di codificare la lunga e risalente giurisprudenza che fino al 2004 aveva dato senso e contenuto alla laconica disposizione di cui all'art. 45 TFUE circa il concetto di lavoratore, ma altrettanto vero è, secondo la Corte di Lussemburgo, che «*la codificazione, voluta dalla citata direttiva, degli strumenti del diritto dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, non può di per sé limitare la portata della nozione di lavoratore ai sensi del Trattato FUE*»¹¹.

La direttiva fotografa, insomma, la nozione di lavoratore così come designata dal diritto vivente al momento della sua adozione, ma non può certamente limitare l'ulteriore evoluzione e l'espansione del concetto medesimo. In primo luogo poiché al diritto derivato non è consentito comprimere i diritti sanciti dalle disposizioni dei Trattati costitutivi (ossia dal diritto primario)¹²; in secondo luogo poiché il diritto derivato in esame si è prefisso l'obiettivo di agevolare l'esercizio del diritto di circolare e soggiornare ai cittadini dell'Unione e non di limitarlo¹³; in terzo luogo poiché non emerge, né dall'art. 7, né da una lettura complessiva della direttiva, che un soggetto privo dei requisiti richiesti dalla disposizione medesima sia per ciò stesso escluso dall'alveo della nozione di lavoratore¹⁴, nozione che quindi nasce e si evolve in relazione esclusiva all'odierno art. 45 TFUE.

Nell'elencare quali siano i diritti attribuiti ai cittadini dell'Unione europea, l'art. 20 TFUE pone *in primis* quelli di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli altri Stati membri: l'art. 45 TFUE si pone dunque in un rapporto da *genus a species* conferendo questi specifici diritti in capo ad una particolare categoria di cittadini, i lavoratori subordinati, i quali, dati i fini peculiari dell'ordinamento europeo, fin dalle sue origini, sono stati garantiti nei loro spostamenti intracomunitari in quanto elemento indispensabile nella costruzione di un mercato unico¹⁵. L'art. 45 TFUE, di cui

11 Così la Corte al punto 32 della sentenza qui annotata.

12 Cfr. sentenza del 13 dicembre 1983, *Commissione/Consiglio*, 218/82, EU:C:1983:369, punto 15. V. anche le sentenze del 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.*, C-305/05, EU:C:2007:383, punto 28, e del 19 novembre 2009, *Sturgeon e a.*, cause C-402/07 e C-432/07, EU:C:2009:716, punto 48 e la giurisprudenza ivi citata.

13 V. il 1°, 2°, 3° e 4° *considerando* della direttiva n. 2004/38/CE.

14 Cfr. il punto 31 della esaminanda sentenza.

15 Questo aspetto è ribadito anche dalla direttiva n. 2004/38/CE che al 2° *considerando*

la Corte di giustizia ha da tempo riconosciuto l'efficacia diretta¹⁶, assurge a disposizione miliare in tema di circolazione dei lavoratori, stabilendo il generale divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità relativamente ad impiego, retribuzione e altre condizioni di lavoro (par. 2); ma più a monte garantisce primariamente il diritto di rispondere ad offerte di lavoro effettive; di spostarsi liberamente nel territorio degli Stati membri a tal fine; di prendere dimora in uno degli stessi al fine di ivi svolgere l'attività lavorativa; di rimanere sul territorio dello Stato membro anche dopo aver occupato un impiego.

Ricordano i giudici della esaminanda sentenza che, per consolidata giurisprudenza della Corte che rappresentano, definendo l'art. 45 TFUE i contorni applicativi di un diritto fondamentale sancito dal diritto primario, il concetto di lavoratore ivi enunciato non può in alcun modo essere interpretato restrittivamente¹⁷. Anzi, esso, con il trascorrere degli anni e delle pronunce, si è evoluto al punto da affrancarsi dalle definizioni giuridiche elaborate nei vari Stati membri per assurgere ad autonoma definizione comunitaria¹⁸ che prescinde dal tempo determinato o indeterminato del contratto, dal livello più o meno elevato di retribuzione, dalle ore settimanali esercitate. In altra occasione la Corte si spinse fino ad affermare che benché «una volta cessato il rapporto di lavoro, l'interessato perde in linea di principio, la qualità di lavoratore, [tuttavia] da un lato, questa qualifica può produrre taluni effetti dopo la cessazione del rapporto di lavoro [...], dall'altro una persona all'effettiva ricerca di un impiego deve del pari essere qualificata come lavoratore»¹⁹.

ricorda come «la libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali nel mercato interno che comprende uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata tale libertà secondo le disposizioni del trattato».

16 Cfr. la sentenza del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, 41/74, EU:C:1974:133, e la sentenza del 26 gennaio 1999, *Terhoeve*, C-18/95, EU:C:1999:22.

17 Il principio è confermato dalla stessa Corte nella recente sentenza del 21 febbraio 2013, *N.*, C-46/12, EU:C:2013:97, ove, al punto 39, sottolinea come «secondo una giurisprudenza costante, la nozione di «lavoratore», in forza dell'articolo 45 TFUE, riveste una portata autonoma propria del diritto dell'Unione e non deve essere interpretata in modo restrittivo» (v. in tal senso le sentenze del 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, EU:C:1986:284, punto 16, e del 6 novembre 2003, *Ninni-Orasche*, C-413/01, EU:C:2003:600, punto 23).

18 Sul punto G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁷, 2012, Padova, p. 498 ss.; B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, cit., p. 160; l'esigenza di avere una nozione comunitaria di lavoratore, soprattutto per quanto riguarda il lavoro subordinato, muove dalla necessità di impedire agli Stati di manipolare la nozione e limitare in tal modo la libera circolazione dei lavoratori, finanche nel godimento delle prestazioni sociali e di ciò si rende conto la Corte già in una sentenza del 19 marzo 1964 (sentenza del 19 marzo 1964, *Unger*, 75/63, EU:C:1964:19).

19 Così il punto 26 della sentenza del 13 dicembre 2012, *Caves Krier Frères*, C-379/11, EU:C:2012:798.

Alla luce poi del principio affermato nella sentenza *Lair*²⁰, ove si è sostenuto che la qualifica di lavoratore e i diritti derivanti da questo status «*non dipendono necessariamente dall'esistenza o dalla effettiva prosecuzione di un rapporto di lavoro*», la Corte, nella sentenza qui annotata, non vede ostacoli all'inserimento della fattispecie in esame nelle maglie dell'art. 45 TFUE.

Dunque avendo in mente il percorso giurisprudenziale precedente, i giudici della Corte non possono che constatare, diversamente da quanto invocato nel caso *de quo* dal *Secretary of State* che «*l'articolo 7, paragrafo 3 della direttiva [non elenca] in maniera esaustiva le circostanze nelle quali un lavoratore migrante, che non si trovi più in un rapporto di lavoro, possa tuttavia continuare a beneficiare di questo status*»²¹, sicché, se la sig.ra Saint Prix legittimamente rientra nell'alveo del concetto di lavoratore di cui all'art. 45 TFUE, giocoforza si deve ammettere la sua inclusione nelle ipotesi di cui alla direttiva (che al Trattato costantemente e implicitamente rimanda). Da un lato infatti una lettura restrittiva della nozione di lavoratore svilirebbe la libertà di circolare liberamente²² così come sancita dall'art. 45 medesimo e ripresa finanche dalla direttiva sulla cittadinanza; dall'altro, puntualizzano i giudici di Lussemburgo, una lavoratrice che nelle condizioni della Saint Prix è costretta, suo malgrado, a cessare l'attività per portare a termine la gravidanza ma la riprende entro un termine ragionevole dalla data del lieto evento, non può affatto considerarsi esclusa dal mercato del lavoro dello Stato ospitante poiché in concreto mai da questo definitivamente uscita²³.

A riprova della conclusione cui perviene, la Corte osserva che se l'art. 16, par. 3, della direttiva n. 2004/38 esclude espressamente che la maternità possa pregiudicare il calcolo del periodo ininterrotto di cinque anni di soggiorno per ottenere il diritto di soggiorno permanente presso lo Stato ospitante, *a fortiori* non può il medesimo lasso di tempo determinare la perdita della qualifica di lavoratrice.

A nulla quindi rileva che tra le ipotesi contemplate dall'art. 7, par. 3, non compaia la gravidanza. Si è infatti sottolineato come la norma *de qua* non sia esaustiva rispetto all'enorme ventaglio di casi in cui un lavoratore mantenga questo status nonostante non sia impegnato in un rapporto di lavoro e come, pertanto, l'elenco che essa propone non rappresenti un *numerus clausus*. L'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, temendo la creazione

20 Sentenza del 21 giugno 1988, *Lair*, 39/86, EU:C:1988:322.

21 In questi termini il punto 38 della esaminanda sentenza.

22 I giudici sostengono che una lavoratrice sarebbe dissuasa dall'esercitare il diritto alla circolazione sul territorio dell'Unione se il suo status venisse messo a rischio dalla gravidanza.

23 Il ragionamento giuridico seguito dalla Corte nasce da un'analogia con la sentenza *Orfanopoulos* (sentenza del 29 aprile 2004, *Orfanopoulos e Oliveri*, C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262) che a sua volta richiama la sentenza del 10 febbraio 2000, *Nazli*, C-340/97, EU:C:2000:77, punto 40.

giurisprudenziale di una «*nuova categoria di lavoratori*» non prevista dalla disposizione, proponeva l'inserimento della gravidanza nell'alveo della lett. a), di cui all'art 7, par. 3, vale a dire nell'ipotesi della temporanea inabilità al lavoro causata da malattia o da infortunio²⁴. La Corte, al contrario, rimanendo fedele a quel filone giurisprudenziale di cui alle sentenze *Hertz* e *Webb*²⁵, rinuncia a un tale inquadramento, evidenziando che l'aver postulato che l'art. 7 non costituisce un elenco tassativo, lascia spazio a ipotesi ulteriori non espressamente previste, il che non significa dare vita a una nuova categoria di lavoratori, ma, semplicemente, prendere atto che un soggetto nelle condizioni della *Saint Prix* rientra nella nozione di lavoratore di cui all'art 45 TFUE e per ciò stesso nella nozione di lavoratore fatta propria dalla disposizione della direttiva.

Relativamente, infine, alla questione del ragionevole termine entro cui la lavoratrice madre debba riprendere l'attività lavorativa, circostanza da cui dipende la permanenza sul mercato del lavoro, la valutazione di quest'ultimo parametro è demandata dalla Corte ai giudici nazionali, poiché essa dipende (anche) dalla disciplina dei singoli Stati membri che regola il periodo obbligatorio di astensione dal lavoro per maternità, sempre tuttavia avendo considerazione e rispetto della normativa comunitaria di riferimento²⁶ e di tutte le circostanze specifiche del procedimento pendente avanti al giudice nazionale²⁷.

24 L'Avvocato generale opta per questa inclusione paventando altrimenti una situazione paradossale per cui «*non equiparare la gravidanza alla malattia significherebbe che il diritto dell'Unione protegge la malattia, ma non la gravidanza. Ciò integrerebbe chiaramente una violazione del principio di non discriminazione in base al sesso*» (così al punto 33 delle conclusioni dell'Avvocato generale).

25 Al punto 25 della ricordata sentenza, la Corte riconosce che «*come giustamente sostiene la signora Webb, lo stato di gravidanza non è in alcun modo assimilabile ad uno stato patologico, a fortiori a un'indisponibilità non derivante da ragioni di salute, situazioni che invece possono motivare il licenziamento di una donna senza che per questo tale licenziamento sia discriminatorio in base al sesso. Nella citata sentenza Hertz, la Corte ha d'altronde nettamente distinto la gravidanza dalla malattia, anche nel caso di una malattia causata dalla gravidanza ma che sopraggiunga dopo il congedo di maternità*». Cfr. la sentenza del 14 luglio 1994, *Webb*, C-32/93, EU:C:1994:300, e la sentenza del 8 novembre 1990, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark*, C-179/88, EU:C:1990:384, c.d. sentenza "Hertz".

26 Cioè a dire la direttiva n. 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in *G.U.C.E.* L 348 del 28 novembre 1992.

27 Il criterio del termine ragionevole non è invero estraneo ai giudici della Corte che per la prima volta ne hanno fatto espresso richiamo nella sentenza *Orfanopoulos*: nel caso di specie veniva, infatti, asserito che un detenuto che sconta la sua pena in carcere non può dirsi escluso dal mercato del lavoro se, conclusasi la detenzione, entro un lasso ragionevole di tempo, riprende l'occupazione che aveva lasciata o trova un nuovo impiego. Così al punto 50 della citata sentenza *Orfanopoulos*.

5 Osservazioni conclusive

La commentata sentenza della Corte di giustizia si pone certamente in linea con lo scopo della direttiva sulla cittadinanza di agevolare la circolazione dei lavoratori, e nello specifico delle lavoratrici, che diversamente sarebbero dissuase dal proposito di poter svolgere un'attività lavorativa in uno Stato diverso da quello di cittadinanza, facilitando altresì la permanenza sul mercato del lavoro delle donne che scelgono di diventare madri ma al contempo non intendono sol per questo abbandonare l'attività lavorativa. Ammettendo la non tassatività dell'elenco di cui all'art. 7, par. 3, della direttiva sulla cittadinanza, la Corte ribadisce l'importanza di una lettura del diritto derivato alla luce delle norme primarie di riferimento nella loro accezione più attuale ed estensiva, lettura che non permette nel caso di specie la compressione di un diritto fondamentale quale è la libera circolazione dei lavoratori dell'Unione europea.

Si pone, altresì, in linea con l'evoluzione della nozione di lavoratore e soprattutto di lavoro subordinato che nel tempo ha perso i connotati di rapporto statico ancorato all'effettività e attualità dell'occupazione per divenire piuttosto concetto flessibile e comprensivo di rapporti lavorativi prima esclusi dalla sfera di applicazione dell'art. 45 TFUE. Circolare liberamente significa per i cittadini dell'Unione spostarsi per cercare un'occupazione, prima ancora che per rispondere ad un annuncio effettivo, ma anche permanere sul territorio dello Stato che li ospita a conclusione del rapporto di lavoro, beneficiando della protezione sociale a patto di dare dimostrazione di un comportamento attivo nel mercato del lavoro, da cui quindi non è ammesso uscire.

Rimane aperta del resto una questione: la ragionevolezza del termine entro cui il soggetto interessato dovrà riprendere l'attività lavorativa, parametro che la Corte mutua dalla sentenza *Orfanopoulos*, richiede di essere valutata in base alla ripresa effettiva del lavoro. I giudici nazionali, cui la Corte deferisce il compito di «*tenere conto di tutte le circostanze specifiche del procedimento*»²⁸, così come delle normative nazionali che tutelano il benessere psicofisico delle gestanti, sono allora chiamati a svolgere un compito delicato posto che la ragionevolezza è concetto piuttosto vago e multi sfaccettato e rischia di dare esiti di gran lunga diversi negli Stati membri che saranno chiamati a darne conto. Potrebbe persino accadere che in futuro, visto il complesso scenario economico che affligge l'Unione in questo periodo storico in cui assai dilatati sono i tempi per la ricerca di una nuova occupazione, la Corte si apra ad una concezione ampia di permanenza sul mercato del lavoro, che non presupponga la effettiva ripresa dell'attività, ma ritenga sufficiente l'effettiva ricerca, attraverso gli strumenti messi a disposizione dallo Stato ospitante, della medesima.

28 Così la Corte al punto 42 della esaminanda sentenza.

Quaderni semestrali

del Progetto Dottorale di Alta
Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici
del Dipartimento di Economia
dell'Università Ca' Foscari Venezia



Università
Ca'Foscari
Venezia

