

I DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA E IL DIRITTO PRIVATO



A cura di
Fausto Caggia e Giorgio Resta
Introduzione di Andrea Zoppini

Studies in Law
and Social Sciences **5**

Studies in Law & Social Sciences

5

I diritti fondamentali in Europa
e il diritto privato

a cura di
Fausto CAGGIA e Giorgio RESTA

Introduzione di
Andrea ZOPPINI



Roma TrE-Press

2019

L'opera è stata pubblicata grazie al contributo del Centro di eccellenza in diritto europeo "Giovanni Pugliese" dell'Università degli studi di Roma Tre.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press* ©
Roma, febbraio 2019
ISBN: 978-88-32136-14-2
<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

Coordinatore

ANDREA ZOPPINI

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.

Indice

ANDREA ZOPPINI, *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato: una introduzione* 1

SEZIONE PRIMA

IL DIRITTO PRIVATO NEL PRISMA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

GUIDO ALPA, *Diritti fondamentali e diritto europeo* 9

ANTONIO GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali* 43

MARIO LIBERTINI, *Qualche riflessione sull'efficacia orizzontale in diritto privato delle norme sui diritti fondamentali dei Trattati europei* 65

GINO SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo* 81

SEZIONE SECONDA

LIBERTÀ E DIGNITÀ

GIORGIO RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale* 117

DANIELE MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona* 135

FAUSTO CAGGIA, *La complessità nei diritti fondamentali della famiglia tutelati nello spazio europeo* 145

SEZIONE TERZA

PROPRIETÀ E BENI

ANTONIO IANNARELLI, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo* 165

MARCO RICOLFI, *La proprietà intellettuale e le libertà antagoniste* 203

MATTEO GARGANTINI, *Procedure di risoluzione bancarie: tutela della proprietà e dell'equo processo* 213

SEZIONE QUARTA
MERCATO E DIRITTI

GIORGIO FONTANA, <i>Le politiche di austerità e i diritti sociali fondamentali</i>	275
RICCARDO DEL PUNTA, <i>I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro</i>	307
PIETRO RESCIGNO, <i>Conclusioni</i>	321

Andrea Zoppini

I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato: una introduzione

Come per la riflessione sulle libertà fondamentali del trattato (che trova ospitalità sempre in questa Collana), questo volume indaga l'impatto sistematico che i diritti fondamentali nella costituzione eurounitaria producono sul diritto privato.

L'idea muove dall'interrogativo che mira a verificare secondo quali termini e traiettorie teoriche sia possibile prospettare guadagni applicativi per la disciplina dei rapporti di diritto privato, che derivino dai diritti fondamentali tutelati nello spazio europeo.

Ecco che all'interprete si dischiudono spazi argomentativi non attesi e risultati esegetici che, talora, mettono in radicale discussione conclusioni assunte per scontate.

La prospettiva appena segnalata ha inevitabilmente richiesto che la discussione si fermasse a considerare alcuni degli snodi fondativi del rapporto tra diritti fondamentali e diritto privato. E così, nella sezione introduttiva del volume, dedicata ai diritti fondamentali nel prisma del diritto privato, il lettore può trovare il contributo consegnato da Guido Alpa, che si ferma a considerare l'utilizzo del lemma dei diritti fondamentali nel sistema multilivello di diritto europeo, con particolare attenzione al significato che il concetto di dignità umana assume per il diritto privato. Allo stesso modo una funzione propedeutica alla comprensione delle ricadute dei diritti fondamentali nelle diverse partizioni del diritto privato deve riconoscersi al saggio di Antonio Gambaro, dove si affronta il tema del linguaggio delle carte dei diritti fondamentali e le intersezioni che esso alimenta con la definizione delle categorie del diritto privato. Gambaro avverte che le carte dei diritti hanno tradizionalmente svolto una funzione comunicativa, da cui la conseguente difficoltà di fare affidamento su un significato immediatamente ricavabile dalle formule da esse utilizzate; così come l'inserimento delle figure tipiche del diritto civile nel lemmario dei diritti fondamentali, sempre secondo Gambaro, dovrebbe convincere sull'opportunità di rinunciare alla dicotomia tra diritto privato e diritto pubblico, che ha tradizionalmente connotato il discorso ricostruttivo del giurista di *civil law*.

Si colloca all'interno delle teorie dell'interpretazione, che sono intersecate dal rapporto tra diritti fondamentali e diritto privato, la riflessione sviluppata da Mario Libertini, il quale ricorre a considerazioni attraversate da scetticismo intorno al tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali dei Trattati europei nel diritto privato. Libertini mette in guardia sulle difficoltà di un'espansione dei diritti fondamentali nella prospettiva dei rapporti inter-privati, laddove all'autore appare più facilmente percorribile la via di una efficacia "mediata" attraverso la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato. Secondo Libertini, entrambe le prospettive, sia quella dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali che quella mediata dalle clausole generali, ripropongono i temi della crisi del normativismo e dei rischi connessi ad un eccessivo potere creativo conferito alla giurisprudenza.

In una connessione logica con le perplessità di Libertini si pone il contributo di Gino Scaccia, che ci parla dell'uso del principio di proporzionalità da parte delle corti europee nell'applicazione dei diritti fondamentali. L'Autore sottolinea come, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, la struttura del principio e la sua permeabilità a giudizi di valore stiano favorendo l'affermarsi di una sorta di teoria delle istanze giurisdizionali che pare contrapporsi al modello "repubblicano" delle libertà fondamentali, che riserva la declinazione delle garanzie fondamentali all'attività del circuito politico-legislativo.

La prima sezione del volume, che si chiude con il contributo di Scaccia sul principio di proporzionalità, è seguita da tre distinte sezioni tematiche, in cui confluiscono gli'interventi che riflettono le ricadute della tutela dei diritti fondamentali su profili specifici dei rapporti di diritto privato. Il saggio di Giorgio Resta, che apre la seconda parte del libro dedicata a "libertà e dignità", svolge una riflessione intorno alla tutela della persona nelle reti telematiche, mettendo in particolare evidenza gli elementi di contesto che caratterizzano la struttura e l'organizzazione attuale della rete, le conseguenze che i diversi modelli di *privacy* producono sul terreno dei rapporti internazionali e le prime risposte fornite dalla giurisprudenza rispetto alla problematica dell'esercizio della libertà contrattuale nella rete e dei limiti posti a tutela della persona. In particolare, l'attenzione dell'Autore si ferma a considerare i casi affrontati dalle autorità amministrative e dalla giurisprudenza straniera sulle ipotesi di conflitto che si producono tra fornitura dei servizi digitali e sistema dei diritti fondamentali, con particolare riguardo ai profili della rinuncia dei secondi come oggetto del contratto e della loro compressione come effetto di obblighi accessori al

regolamento pattizio.

La riflessione di Resta è, in un certo senso, un paragrafo del più ampio capitolo del controllo della libertà contrattuale attraverso i diritti fondamentali, tema anch'esso declinato, in una specifica prospettiva, da Daniele Maffei, che guarda ai limiti che possano venire dal principio di parità di trattamento all'autonomia privata. La riflessione si colloca nella problematica della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, affrontata, si è visto, da Libertini nella sezione introduttiva del volume. Al pari di quanto sottolineato a riguardo del saggio di Libertini, occorre, anche nel caso del saggio di Maffei, evidenziare che il contributo è attraversato da considerazioni caratterizzate da scetticismo circa i concreti risultati applicativi che possano venire da limitazioni all'autonomia contrattuale fondate sul principio di parità di trattamento tra i privati. Ci dice, infatti, Maffei che il tema dell'operatività del principio di eguaglianza nei rapporti tra privati ha conosciuto uno sforzo intellettuale e ricostruttivo da parte della dottrina sproporzionato rispetto all'esigua casistica giurisprudenziale maturata sul terreno delle discriminazioni perpetrate attraverso lo strumento del contratto. La complessità strutturale del giudizio e i rischi per un'eccessiva compressione della libertà contrattuale sono elementi che persuadono l'Autore sull'opportunità di procedere con la dovuta cautela nel sostenere questa prospettiva di controllo.

Al tema specifico dei diritti fondamentali della persona, e, in particolare, del soggetto impegnato in una relazione familiare, è dedicato il contributo di Fausto Caggia, che s'interroga sulle prospettive sistematiche che è possibile ricavare dalle norme sulla famiglia presenti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nel tentativo di mettere in guardia rispetto alle eccessive attese che possono maturare dalle formule contenute nelle carte europee, Caggia mette in evidenza quali sono stati i condizionamenti esercitati dalle esperienze nazionali al momento della elaborazione delle norme delle convenzioni e delle carte europee e quelli prodotti sulle tecniche e metodi di interpretazione, così segnalando che non esiste un sistema europeo di protezione delle relazioni familiari sganciato dai processi evolutivi che si manifestano nei singoli ordinamenti nazionali. All'interno di questa logica va collocato anche il riconoscimento di un margine di discrezionalità in capo allo Stato nazionale nell'applicazione della garanzia fondamentale che inevitabilmente riduce le attese in merito a una spinta che possa venire dai diritti fondamentali nel senso di una evoluzione della disciplina nazionale dei rapporti familiari; laddove, invece, tale processo sembra seguire una

diversa traiettoria circolatoria, che si manifesta con la dinamica scandita dall'affermazione di un orientamento interpretativo sul terreno degli ordinamenti nazionali, dall'aggregazione intorno ad esso di un consenso diffuso tra gli Stati e dalla sua imposizione da parte della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo all'ordinamento nazionale che si attarda su posizioni più tradizionali.

Una riflessione impegnata a verificare gli effetti della protezione europea dei diritti fondamentali sul terreno del diritto privato non poteva non prendere in considerazione l'istituto della proprietà privata che è, sin dalle prime carte dei diritti, oggetto di garanzia fondamentale. Ma una riflessione aggiornata in questo ambito non può limitarsi a considerare i beni materiali oggetto di proprietà e deve necessariamente abbracciare anche le ricadute del livello fondamentale di protezione che si produce per la condizione giuridica dei beni immateriali e dei diritti di credito.

Così che la terza sezione del volume dedicata a "proprietà e beni" si apre con il contributo di Antonio Iannarelli, il quale opera una ricognizione critica delle garanzie fondamentali per il diritto di proprietà disegnate nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sui limiti all'esercizio del diritto fissati nello spazio giuridico europeo. Lo studio di Iannarelli è preceduto da un'introduzione sulla posizione della stessa garanzia nelle Costituzioni moderne e sviluppa i profili specifici dell'esproprio pubblico della proprietà privata a fronte del pagamento di un indennizzo e della tutela delle aspettative creditorie e del risparmio da avanzarsi nei confronti della pubblica amministrazione. Al contributo di Iannarelli segue il saggio di Marco Ricolfi, il quale, muovendo da riferimenti storici relativi all'introduzione di garanzie fondamentali a tutela degli interessi morali e materiali dei creatori delle opere dell'ingegno nelle carte internazionali ed europee, ci offre una riflessione critica rispetto ai rischi di un'eccessiva protezione del diritto di proprietà intellettuale, soprattutto avendo presente le libertà fondamentali che si contrappongono a questo diritto, come la libertà di espressione, la libertà dalla "sorveglianza totale", la libertà di concorrenza e la libertà d'impresa. Chiude, questa sezione del volume, il saggio di Matteo Gargantini, il quale svolge un'articolata riflessione sulla disciplina delle risoluzioni bancarie contenuta nella direttiva 2014/59/UE e nell'art. 42 del regolamento Ue n. 806/2014, noto come *Single Resolution Mechanism*, analizzata alla luce dei potenziali conflitti con la tutela europea del diritto di proprietà e del diritto a un equo processo. Gargantini non si limita alla considerazione degli indici contenuti nelle norme della Cedu e della Carta dei diritti fondamentali ma ci fornisce un'articolata rappresentazione critica dei dati ricavabili dalla

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Al profilo delle intersezioni tra protezione dei diritti fondamentali e organizzazione del mercato economico è dedicata l'ultima sezione del volume. Essa si apre con il contributo di Giorgio Fontana, che consegna una riflessione critica sulla pressione esercitata dalle politiche di *austerity*, condotte dalle istituzioni dell'Unione Europea, sui sistemi di *welfare* dei paesi membri. La prospettiva di analisi scelta da Fontana è quella dell'osservazione dell'evoluzione dei diversi modelli di *governance* succedutesi in Europa, che permette, all'Autore, di sottolineare come l'affermazione di un modello di governo europeo, indicato con la formula di *new intergovernmentalism*, abbia aumentato il peso di alcuni paesi europei, tradizionalmente egemoni nel processo d'integrazione, all'interno del Consiglio d'Europa a scapito dei paesi economicamente più deboli. A questo fattore istituzionale si è via via affiancata una impostazione *neo-funzionalista* delle politiche europee, il cui obiettivo consisteva nella creazione di un mercato comune attraverso l'integrazione negativa, intesa come rafforzamento della libertà di circolazione dei fattori economici attraverso la progressiva eliminazione degli impedimenti alla sua realizzazione. In questo modo si sono creati i presupposti politici e istituzionali per l'affermazione di un processo di convergenza dei paesi membri attorno ad un modello caratterizzato in senso neo-liberista, fondato sull'imposizione agli Stati membri di politiche economiche orientate alla disciplina fiscale e monetaria e nel senso dell'abbassamento del livello delle tutele nel mercato del lavoro e dei diritti di *welfare*.

È dedicato al tema specifico del rapporto tra diritti fondamentali e diritto del lavoro il saggio di Riccardo Del Punta, il quale ricorda che per la disciplina lavoristica sia incongruo parlare di "risorgenza" dei diritti fondamentali in quanto, a differenza delle altre partizioni del diritto privato, essa ha, sin dalle sue origini, considerato il fondamento costituzionale come un elemento costitutivo della sua identità; allo stesso modo, ci spiega sempre Del Punta, le trasformazioni del diritto del lavoro, fino alle più recenti riforme del mercato del lavoro e all'adozione del *Jobs Act*, hanno posto in esponente il tema dei diritti fondamentali, sebbene nella diversa prospettiva del conflitto tra la tutela del posto del lavoro del lavoratore e il diritto al lavoro per quei soggetti collocati fuori dal mercato. Il progressivo abbassamento delle tutele sia nello svolgimento del rapporto che al momento dello scioglimento ha spinto la dottrina lavoristica a rivolgersi, con qualche fiducia, ai diritti fondamentali in Europa e alle direttive comunitarie come canoni d'interpretazione. Ma al sentimento di fiducia si è presto sostituito

un senso d'insoddisfazione per il misurato liberalismo sociale, di cui la Carta dei diritti fondamentali è espressione, e per le politiche europee di *employability* delle persone e di protezione nelle transizioni di mercato a fronte delle conquiste presenti nelle Costituzioni nazionali.

Al termine della riflessione collettiva, che il volume intende testimoniare, si collocano le conclusioni cariche di suggestioni di Pietro Rescigno. Nel dare voce alla prima stagione d'impegno della dottrina sul terreno del rapporto tra diritti fondamentali e diritto privato, Rescigno non si limita a rendere testimonianza di una fase superata anche per effetto dell'attuale articolazione del sistema delle fonti del diritto privato che ora riconosce alle carte europee una posizione formale e sovraordinante meno incerta rispetto al passato. Ripercorrendo i motivi critici che in quegli anni si manifestarono in merito ad una diretta incidenza dei diritti fondamentali sugl'istituti del diritto privato, Rescigno formula un ammonimento circa il rischio di un'abdicazione alla funzione storica del diritto privato che il tema della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali comporta. Nelle considerazioni del Maestro si avverte il timore che la tradizionale garanzia per l'autonomia negoziale possa essere messa in radicale discussione nel subordinarne l'esercizio "al rispetto di tutti i diritti fondamentali".

SEZIONE PRIMA

IL DIRITTO PRIVATO NEL PRISMA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Guido Alpa

Diritti fondamentali e diritto europeo

SOMMARIO: 1. Una premessa – 2. La dignità come fondamento dei diritti della persona – 3. Le Carte internazionali – 4 Il ruolo delle Corti – 5. La protezione dei diritti umani in ambito comunitario: il primo parere della Corte di Giustizia del 1996 e il Trattato di Amsterdam – 6. Il processo di costituzionalizzazione del diritto privato. La Carta dei diritti fondamentali siglata a Nizza (2000) – 7. L'applicazione giurisprudenziale della Carta di Nizza da parte della Corte di Giustizia – 8. Il Trattato di Lisbona – 9. I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona – 10. Le relazioni dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali – 11. Tre vie per applicare direttamente i diritti fondamentali della Carta ai rapporti tra privati – 12. L'applicazione diretta dei diritti fondamentali della Carta europea ai rapporti tra privati – 13. Il secondo parere della Corte di Giustizia e la mancata adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU).

1. *Una premessa*

Per dare ordine ad un discorso che investe temi così vasti, sui quali si è raccolta una cospicua letteratura, italiana e straniera, ed una giurisprudenza in cui si intreccia il “dialogo tra le Corti”, intendendo le Corti nazionali (in particolare, per il nostro Paese, la Corte costituzionale e la Corte Suprema di Cassazione), la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Corte EDU, vorrei muovere da alcune considerazioni di base. Innanzitutto, in queste pagine, non porrei sullo stesso piano diritti “umani” e diritti “fondamentali”, perché formalmente, i primi hanno natura convenzionale, in quanto derivano (in ambito europeo) dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell' Uomo, e la loro tutela è affidata alla Corte di Strasburgo, mentre i secondi derivano dalla Carta europea dei diritti fondamentali, e sono affidati alla tutela della Corte di Lussemburgo; ancora, i “diritti umani” sono oggetto di giurisprudenza sia della nostra Corte di legittimità sia della Corte costituzionale, e, da qualche tempo, anche i diritti fondamentali sono sottoposti alla attenzione delle Corti nazionali; ma dobbiamo considerare che nell'ambito degli ordinamenti nazionali sono riconosciuti, nelle

carte costituzionali, diritti che possono assumere diverse qualificazioni, come i diritti “inviolabili”, i “principi fondamentali”, le libertà e così via. Sostanzialmente ci riferiamo, per lo più, alle medesime posizioni soggettive riconosciute in capo al singolo, con diverse declinazioni e sfumature, che dipendono dall’epoca storica in cui sono redatti i testi che li qualificano, le ideologie che li sorreggono, le correnti dottrinarie che li modellano. Si che in queste pagine, proprio per tener distinte le classificazioni dal punto di vista formale, i diritti menzionati avranno la loro qualificazione originaria.

In questo senso, dovrei parlare allora solo dei diritti “fondamentali” come riconosciuti e garantiti dalla Carta di Nizza. Ma, facendo il titolo riferimento all’ambito nel quale questi diritti debbono essere collocati, che è l’ambito “europeo”, si dovrà tener conto anche dei diritti “umani”, perché l’ambito europeo comprende non solo l’Unione europea ma anche il Consiglio d’Europa, e perciò aree territoriali e competenze diversificate.

Ancorché la CEDU non menzioni esplicitamente la dignità della persona, la Corte EDU non si perita di citarla, e la Corte di Lussemburgo non può che alimentarne l’uso, essendo questo termine-concetto-principio l’incipit della Carta di Nizza. Non si tratta tuttavia di un termine di derivazione europea.

2. La dignità come fondamento dei diritti della persona

La parola “dignità” è familiare ai giuristi italiani: essa compare in apertura del testo costituzionale (art. 3 c. 1) nell’accezione di “dignità sociale” – la cui parità, insieme con l’eguaglianza davanti alla legge, è assicurata a tutti i cittadini – e ancora nell’ambito delle disposizioni dedicate ai rapporti economici, con riguardo alla retribuzione del lavoro, che deve assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa (art. 36), e nell’ambito dei limiti all’esercizio di attività economiche, là dove si dispone che l’iniziativa economica non può recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. “Dignità” non è soltanto una parola, è al tempo stesso un valore, un principio, una clausola generale, un elemento connotante un sistema giuridico, un limite e molte altre cose, come accade a tutti i vocaboli onusti di storia, ai significanti con pluralità di significati, alle opere aperte alla tessitura degli interpreti. Nella sua elaborazione concettuale questo termine si collega evidentemente, agli occhi dei giuristi italiani, alle libertà, all’eguaglianza e quindi ai diritti inviolabili della persona, di cui sempre la Costituzione si fa

usbergo nella disposizione di apertura consacrata dall'art. 2.

La collocazione sistematica di questa espressione e le aggettivazioni che le sono affiancate non devono trarre in inganno. Anche se la "dignità" è menzionata esplicitamente all'art. 3 e nelle altre disposizioni richiamate, questa sua inclusione nel testo non ha fatto velo alla concezione universalmente condivisa dai giuristi italiani, provenienti da diversa formazione e intenti alla coltivazione di diversi settori dell'ordinamento – il diritto civile, il diritto del lavoro, il diritto costituzionale, il diritto penale, il diritto processuale, e così via – nel senso che la dignità della persona è considerata la base dei diritti inviolabili, e quindi la base dell'intero ordinamento. Ed è un fatto significativo che dal 1956 ad oggi la Corte costituzionale l'abbia invocata almeno in più di cento pronunce – e che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione si ricorra in migliaia di pronunce – nell'ambito del diritto del lavoro, dei diritti della personalità, dei rapporti familiari, ma anche del diritto dell'ambiente, del diritto alla salute, nell'ambito del processo penale e financo nell'ambito del controllo deontologico delle professioni intellettuali¹. Anzi, a questo proposito, mi sembra significativo sottolineare che, prima ancora che la dignità assumesse il rango di principio costituzionale fondante dell'intero ordinamento, l'ordinamento della professione di avvocato introdotto dal r.d.l. 27.11.1933, n. 1578 precisava che gli avvocati cancellati dagli albi potevano conservare il titolo a meno che la cancellazione non fosse avvenuta per causa di "indegnità" (art. 1 c. 2).

I confini concettuali di questa espressione nei suoi usi giurisprudenziali sono stati oggetto di una ricerca che avevo svolto anni fa, e che dovrebbe ora essere aggiornata; ma i dati già allora emersi rimangono significativi.

Proprio per questo dicevo che la parola "dignità" fa parte del lessico dei giuristi italiani, della loro formazione culturale, del loro strumentario processuale.

Questo fatto, che appare particolarmente connotante della nostra esperienza, non emerge però con altrettanta evidenza al di fuori dei confini nazionali. Il sito dell'Unione europea illustra il testo dell'art. 1 della Carta di Nizza, che si apre con la formula sacrale «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Si può notare in quel commento la successione delle formule costituzionali adottate nelle leggi fondamentali scritte di molti dei Paesi appartenenti all'Unione. Non si fa menzione però né dell'epoca in cui quelle formule sono penetrate nei testi costituzionali –

¹ G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, parte II. Più di recente v. *Dignità della persona*, a cura di A. ABBIGNENTE – F. SCAMARDELLA, Esi, Napoli, 2013; *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, a cura di I. CASTANGIA – G. BIAGIONI, Esi, Napoli, 2011.

e questo certamente è un fatto negativo, perché, ad es., la nostra, essendo entrata in vigore il 1° gennaio 1948, è anteriore a quella adottata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell' uomo, del 10 dicembre 1948, e credo che sia la più risalente dal secondo dopoguerra – né si segnala in che modo le formule siano intese, mentre, solo leggendo le disposizioni riportate, si può comprendere per un verso che in alcune Costituzioni la formula è impiegata in contesti circoscritti, e per altro verso che i testi riportati sono incompleti. D'altra parte, la formula più nota è quella contenuta nella Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca, posteriore alla nostra (è del 1949) e in un certo senso ad essa simile, anche se di portata terminologicamente più ampia.

3. Le Carte internazionali

Proseguendo nell'analisi testuale, troviamo numerose carte internazionali che si riferiscono alla dignità umana, ad es., i Patti civili e politici e i Patti economici sociali e culturali allegati alla Dichiarazione universale delle Nazioni Unite, del 16 dicembre 1966, oppure la Convenzione sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989 (art. 37), o la Convenzione di Ginevra del 1955 sul trattamento dei prigionieri. Diversi istituti internazionali, ufficiali o non governative, si sono date testi fondamentali in cui enunciano i valori ai quali ispirarsi, come il Consiglio d'Europa, che ha adottato raccomandazioni sui reati informatici, sulle persone che versano in grave necessità, sulle persone affette da disturbi mentali, sullo sfruttamento dei bambini, e così via. Gli organi dell'Unione europea con risoluzioni e comunicazioni si sono occupati di dignità in materia di telecomunicazioni, di lotta alla pornografia in Internet, per il controllo dell'uso lecito delle tecnologie. Da qualche tempo è stata istituita l'Agenzia per la tutela dei diritti fondamentali, e ogni anno viene pubblicato un rapporto sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea.

4. Il ruolo delle Corti

Come si è detto, una letteratura sconfinata si è raccolta sui diritti fondamentali, sulla distinzione per categorie concettuali tra diritti

fondamentali, diritti inviolabili, diritti dell'uomo², sul loro significato e sulle ideologie che li sorreggono e sul ruolo delle Corti, definite, in un recente prezioso saggio, come i "tribunali di Babele"³. Si è tentato, con successo, di registrare lo stato di salute, se così si può dire, dei diritti umani oggi, e si è potuto riscontrare quanto sia fragile la loro garanzia e come, soprattutto nei tempi di crisi come quelli in cui siamo immersi, essi siano messi a rischio, con ciò mettendo a rischio proprio l'essenza della democrazia.

I testi scritti sono importanti, ma più importanti ancora sono le decisioni dei giudici che operano a diverso livello e con diverse competenze. Ciò perché là dove non vi siano testi scritti, la tutela dei diritti fondamentali avviene – nelle democrazie occidentali moderne – sulla base dei principi comuni e valori condivisi; e anche se i c.d. *Bill of Rights* non sono contenuti in una costituzione scritta, oppure discendono da una consuetudine costituzionale, oppure fanno riferimento ad una legge che noi definiremmo ordinaria, come lo *Human Right Act* inglese, spetta poi ai giudici, nel loro delicato lavoro sostenuti dagli avvocati (che si battono per la difesa dei diritti fondamentali, che promuovono la loro garanzia in giudizio, che nelle memorie difensive argomentano per persuadere il giudice, che impugnano le decisioni ritenute insensibili ai diritti umani) dare effettiva consistenza alle regole scritte e non scritte che governano le nostre società. Di più. Anche là dove vi sono testi scritti ormai i diritti fondamentali sono affidati ai giudici, sì che proprio in un colloquio tenutosi alla Sorbona nel maggio del 2008 si è parlato della dignità "saisie", di cui cioè si sono appropriati i giudici in Europa⁴. Il colloquio faceva seguito ad un altro seminario organizzato a Limoges nel novembre del 2004⁵, in cui la dignità era stata esaminata nella cornice della giustizia e dell'etica, e quindi degli aspetti fondamentali della persona, così come arricchiti dalle (ma anche esposti ai pericoli delle) tecnologie biologiche e informatiche.

La dignità non è una espressione o un valore esplicitato nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani, e tuttavia molte sono le pronunce che vi fanno cenno, e in qualche modo hanno fatto scuola. Allo stesso modo molte sono le pronunce emesse dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, anche prima che fosse approvata la Carta europea dei diritti fondamentali, e prima che ad essa venisse riconosciuto valore giuridicamente vincolante.

² Da ultimo, CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *L'essenza della democrazia. I diritti umani e il ruolo dell'avvocatura*, Roma, 2010.

³ S. CASSESE, *I Tribunali di Babele*, Roma, 2009.

⁴ CRUE, *La dignité saisie par les juges en Europe*, 23 maggio 2008, Pathéon Sorbonne.

⁵ *Justice, éthique et dignité*, PU, Limoges, 2004.

Insomma, la sorte di questa parola – che al tempo stesso è un valore, un principio, un limite, un emblema – si intreccia con le elaborazioni teoriche, con le formule legislative, con le prassi giurisprudenziali. Ma proprio la complessità delle fonti, l'intervento articolato delle Corti, le linee politiche dei parlamenti e dei governi, la pletorica letteratura che si è raccolta in questa materia ci devono render avvertiti che il problema della tutela della dignità umana, intesa come fondamento di tutti i diritti della persona, oppure come espressione di libertà e di eguaglianza, oppure come riassunto dei diritti inviolabili, non si può risolvere in modo sommario. I numerosi seminari e le occasioni di riflessione che si sono avvicendati in questi ultimi tempi sono proprio il segnale che la materia è al tempo stesso affascinante, magmatica, incandescente, votata per i suoi molteplici usi e i variegati contesti ad essere suscettibile di diverse e finanche contrapposte letture.

Nella ridda di questioni che sono state affrontate dai giuristi non è facile trovare il bandolo della matassa, il filo con cui annodare in modo semplice e descrittivo la storia, l'evoluzione, la realtà dei diritti fondamentali visti attraverso la lente della "dignità". Per economia di tempo e di spazio, mi sembra utile concentrare l'attenzione su tre di esse che presentano un carattere comune, quello della novità: la dignità e i diritti fondamentali alla luce del Trattato di Lisbona, del principio di effettività e della creatività giurisprudenziale.

Si dovrebbe trattare anche un ulteriore aspetto, estremamente rilevante nella prospettiva del diritto privato, quello dei rimedi alla violazione della dignità della persona; i rimedi previsti dal diritto comunitario e dal *Draft Common Frame of Rules* si concentrano sul rimedio risarcitorio. Per limiti di spazio devo rinviare ad altra occasione una trattazione compiuta dell'argomento.

5. *La protezione dei diritti umani in ambito comunitario: il primo parere della Corte di Giustizia del 1996 e il Trattato di Amsterdam*

L'opinione secondo la quale nell'ambito del diritto comunitario vi sia un riconoscimento dei diritti umani dovuto al fatto che (quasi) tutti i Paesi appartenenti all'Unione li riconoscono nelle rispettive costituzioni si è venuta formando lentamente negli ultimi anni; il rispetto dei diritti umani può essere riguardato come *principio generale* di diritto comunitario. Su questo punto vorrei tornare in conclusione del discorso, perché la configurazione

dei diritti fondamentali come “principi generali” può essere una delle vie per l’affermazione dell’applicabilità diretta dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati⁶.

Con il parere reso il 28-3-1996 la Corte di Giustizia ha risposto al quesito proposto dal Consiglio della Comunità in ordine alla compatibilità della adesione da parte della Comunità alla Convenzione europea sui diritti umani con il Trattato⁷. Il parere ha precisato che, atteso il testo del Trattato in quel momento in vigore, la Comunità non aveva competenza a sottoscrivere la Convenzione. Solo un emendamento del testo lo avrebbe consentito, anche se in ambito comunitario si riteneva che il rispetto dei diritti umani costituisca un requisito di legittimità degli atti della Comunità (in questo senso si esprime il par. 34, del parere cit.). Il parere è stato criticato da opposti angoli di visuale: da alcuni si era osservato che i diritti fondamentali classici non investono il diritto comunitario, per sua natura dedito al diritto patrimoniale; da altri, all’opposto, che il parere non avrebbe impedito la redazione di un *bill of rights* elaborato a livello comunitario⁸. Entrambe le critiche si sono rivelate infondate: la prima, perché gli stessi atti comunitari hanno smentito la unidirezionalità economica del diritto comunitario; la seconda, perché il catalogo dei diritti fondamentali è stato finalmente realizzato.

Il Trattato di Amsterdam del 1997 ha modificato il testo originario del Trattato di Roma con una formula più agevole per la soluzione del problema della *Drittwirkung*⁹.

⁶ La rassegna delle pronunce della Corte di Giustizia sui diritti fondamentali intesi come “principi generali” si rinviene in *Casi e materiali di diritto comunitario*, a cura di P. MENGOZZI, Padova, 1998, p. 580 ss.

⁷ Parere del 2/94 del 28-3-1996, ECR, 1996, I, 1759.

⁸ Così L. BETTEN – N. GRIEF, *EU Law’ and Human Rights*, Londra - New York, 1998, p. 120. Il parere è stato reso sulla base del testo del Trattato di Maastricht del 1992, il cui art. F, come è noto, recitava: «1. L’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici. 2. L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. 3. L’Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche».

⁹ «1. L’Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. 2. L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. 3. L’Unione rispetta

È rilevante, ai nostri fini richiamare l'attenzione sulla formulazione additiva del primo comma dell'art 6.

Il testo – che non è ambiguo, e neppure restrittivo, come pure si era sostenuto, - rafforza il rispetto dei diritti umani in ambito comunitario.

Si era anche segnalato che il nuovo testo ha un significato politico di rilievo, in quanto subordina l'adesione di nuovi Paesi all'Unione al rispetto dei diritti umani (art. O, ora 49 del Trattato). Ma si era tuttavia osservato che le modifiche introdotte «restano per più versi (...) al di sotto delle aspettative che erano maturate in materia»¹⁰.

Il testo ha introdotto una procedura sanzionatoria degli Stati che violino persistentemente i principi con cui si proteggono i diritti umani (art. 7). Ma la procedura si esauriva nell'ambito della competenza del Consiglio, restandone esclusa la Corte di Giustizia. La conclusione era che la Corte avrebbe potuto applicare i principi del diritto comunitario con cui si riconoscono implicitamente i diritti fondamentali avendone riconosciuta una competenza esplicita (art. 42), ma non si sarebbe potuto far leva su di un catalogo comunitario di tali diritti, né si era ammesso uno specifico ricorso diretto alla Corte da parte dei singoli per la violazione dei diritti .

In compenso, il Trattato di Amsterdam ha rafforzato alcuni diritti della personalità come i diritti relativi ai dati personali, alcuni diritti in materia di accesso agli atti della Comunità, e i diritti dei consumatori.

Inoltre, ha rafforzato l'impegno della Comunità contro le discriminazioni basate sul sesso, sulle origini "razziali o etniche", sulle credenze religiose, sull'età e sull'orientamento sessuale (art. 6 a).

Da quel momento la via per l'applicazione diretta delle disposizioni comunitarie, in sintonia con quelle della Convenzione di Strasburgo è divenuta più agevole¹¹.

6. Il processo di costituzionalizzazione del diritto privato. La Carta dei diritti fondamentali siglata a Nizza (2000)

I giuristi italiani hanno salutato la Carta di Nizza con largo favore. Il dibattito sulla sua rilevanza politica e sui suoi contenuti giuridicamente

l'identità nazionale dei suoi Stati membri. 4. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche».

¹⁰ A. TIZZANO, *Il trattato di Amsterdam*, Padova 1998, p. 38.

¹¹ Sul punto v. per tutti E. POCAR, *La tutela dei diritti del cittadino davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, Milano 1989.

rilevanti è stato diffuso e colto. Dal punto di vista politico e giuridico si è sottolineato che la Carta segna una vera e propria discontinuità nel processo di costruzione europea¹² in quanto si presenta come il nucleo di una vera e propria Carta. A differenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la Carta include i diritti sociali e risolve molti problemi interpretativi a cui avevano dato adito i Trattati delle Comunità europee. La Carta ha dato luogo dunque ad una pluralità di letture: come un prodotto storico, come un esperimento istituzionale, come un documento politico, come un documento tecnico¹³. L'Europa ha quindi abbandonato la sua dimensione riduttiva, essenzialmente economica, per aprirsi alla protezione dei valori fondamentali della convivenza civile: la Carta non può quindi essere oggetto di una lettura riduttiva, non ha accolto una concezione "molecolare" dei diritti individuali, ma ha sottolineato la loro connessione con la dimensione sociale, dimensione poi accolta nel testo della Carta¹⁴.

Nel cammino storico tracciato dal costituzionalismo europeo la Carta ha manifestato caratteri di originalità e peculiarità notevoli, perché non rappresenta una volontà costituente, ma piuttosto un patrimonio già esistente¹⁵. In altri termini – ha sottolineato Paolo Grossi¹⁶ – "(...)è una carta di identità europea almeno a livello di diritti fondamentali". Lo stesso A. ha però precisato che una "carta" non può rimanere un testo – per l'appunto cartaceo – avulso dal diritto praticato, né il soggetto come un ente cementato dal diritto: e i diritti non possono essere estrapolati dal loro contesto politico¹⁷, né dalla fissazione dei limiti ai diritti riconosciuti, anche se essi esprimono valori condivisi¹⁸.

Dal punto di vista del diritto privato, la Carta, incentrandosi sulla tutela della *persona*, "è uno strumento per la ricerca di valori unitivi e per ridefinire i rapporti fra privati e fra questi e le Istituzioni in un ambito che supera i confini di ciascuno Stato"¹⁹. Tenendo conto dei diritti fondamentali che essa riconosce – ivi compresi i nuovi diritti collegati all'incidenza delle

¹² S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in MANZELLA – MELOGRANI – PACIOTTI – RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 59.

¹³ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 64.

¹⁴ CONDINANZI, *Il singolo e la "comunità di diritto" nel nuovo testo di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Corr. Giur.*, 2004, n. 12, p. 1545 ss.

¹⁵ FIORAVANTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella prospettiva del costituzionalismo moderno*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, p. 206 ss.

¹⁶ P. GROSSI, *L'ultima Carta dei diritti*, *ivi*, p. 249.

¹⁷ P. BARCELONA, *L'Europa, la politica ed i diritti*, *ivi*, p. 114 ss.

¹⁸ BUSNELLI, *Importanza e limiti dei valori fondamentali nella Carta europea*, *ivi*, p. 138.

¹⁹ VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, *ivi*, p. 53.

tecnologie, della bioetica, della raccolta di dati personali – e di quelli che ormai erano acquisiti (quanto alla proprietà, alla libertà contrattuale, alla libertà di concorrenza e di libera intrapresa di attività economiche) anche la natura stessa dei diritti soggettivi sembra riformulata in un contesto che di volta in volta deve essere specificato, in quanto essi sono protetti da nuovi organi e con nuovi strumenti tecnici. La sua formulazione tecnica lascia adito a dubbi interpretativi e a molte vaghezze²⁰ e contiene anche lacune, se confrontata con i testi costituzionali di alcuni Stati Membri, come, ad es., il diritto al lavoro o la libertà contrattuale²¹. Ma la Carta non può essere letta come si legge una costituzione, avulsa dal suo contesto e dal suo processo originante: la Carta si pone come un preambolo ad una Carta ed ha il merito di “territorializzare” gli spazi in cui i diritti che essa riconosce sono protetti²².

In ogni caso, il suo inserimento nella Carta ne esalta la valenza giuridica e la trasforma in un testo suscettibile di essere utilizzato per ottenere rimedi giurisdizionali²³.

(a) *I valori del Preambolo*

Dal punto di vista giuridico e politico il significato pregnante del nuovo testo è racchiuso in modo icastico nel Preambolo in cui si evidenziano i *valori* comuni dei popoli d'Europa, valori qualificati come *indivisibili e universali*; essi sono la *dignità umana*, la *libertà*, l'*uguaglianza*, la *solidarietà*; questi valori rispettano la diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, sono radicati nel patrimonio *spirituale e morale* europeo, e sono considerati l'espressione più alta della nozione di *persona*, posta al centro dell'azione dell'Unione; una nozione qualificante della *cittadinanza* e dello spazio di *libertà, sicurezza, giustizia* che essa intende promuovere e garantire. Lo sviluppo “equilibrato e sostenibile” volto ad assicurare la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, la libertà di stabilimento, è dunque condizionato dalla tutela della persona. Analoga precisazione non è fatta per la *concorrenza*, l'altro pilastro (dal Trattato di Roma certo il più importante) sul quale si fonda il mercato unico. Ma, attesa la formulazione ampia e onnipervasiva della nozione di persona e della sua tutela, non occorre fare particolare sforzi interpretativi per assoggettare

²⁰ FURGIUELE, *Valore e limiti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *ivi*, p. 22.

²¹ COLLURA, *Cenni introduttivi sulla Carta dei diritti*, *ivi*, p. 166 ss.

²² A. FALZEA, *Osservazioni introduttive*, *ivi*, p. 202.

²³ BRUN, *La Charte des droits fondamentaux. De la proclamation politique à la constitutionnalisation formelle*, in *Quelle justice pour l'Europe?*, Bruxelles, 2004, p. 39 ss.

anche la disciplina della concorrenza al rispetto dei diritti fondamentali.

L'Unione si impegna, inoltre, a *rafforzare* la tutela dei diritti fondamentali “alla luce della evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici”. Per parte sua, il principio di *sussidiarietà* consente di riaffermare le tradizioni costituzionali e gli obblighi internazionali comuni agli Stati Membri, i diritti garantiti dalla Convenzione europea di Strasburgo e dalle Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

(b) *La Carta come “processo”*

Come si è detto da più commentatori, prima di tutto la Carta è un “processo” che porta ad un testo che, a sua volta, con l'approvazione di tutti gli Stati Membri, sarà collocato nell'ambito delle fonti comunitarie, sarà interpretato e applicato, e comporterà non solo un rafforzamento politico dell'Unione, ma anche una più qualificata “cittadinanza” europea, un rafforzamento dei diritti individuali, un arricchimento dei valori che fondano il diritto dei privati.

Questo processo è anzitutto un processo di natura culturale, e presenta una forte componente di valori giuridici; il suo è stato un avvio complesso, perché – se si vuol considerare solo la dimensione giuridica dei problemi - si sono riflessi prima sul testo della Carta di Nizza, poi sul testo della Carta, i dubbi e gli interrogativi che avevano contrassegnato l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siglata a Strasburgo nel 1950, ai quali si sono poi aggiunti problemi inerenti il diritto comunitario: dalla legittimazione stessa dell'Unione ad elaborare una “carta dei diritti”, al suo valore giuridico, alla sua applicabilità diretta, alla definizione dei diritti fondamentali, alla loro classificazione, alla tassonomia dei valori da essi incorporati, e così via.

(c) *La definizione dei “diritti fondamentali”*

Il tema oggetto della prima sessione di questo convegno è intitolato ai “diritti fondamentali” e alla loro efficacia “diretta”. La Carta non definisce i “diritti fondamentali” ma ne fornisce un elenco; i diritti sono identificati all'interno dei titoli dedicati per l'appunto alla dignità, alla libertà, all'uguaglianza e alla solidarietà. Il significato della categoria – peraltro assai discusso nella letteratura recente ²⁴ - è *relazionale*, sia perché la nozione

²⁴ V. tra i tanti esemplari contributi, che riflettono le diverse posizioni formulate a questo riguardo, OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, (1978), Bologna-Roma, 2001; HABERMAS, *Fatti e norme*, (1992), Roma, 1996; VIOLA, *Danna natura*

si deve ricavare dal preambolo e dalle tradizioni culturali delle singole esperienze, sia dalla storia interna dei diritti fondamentali come segnata dall'evoluzione del diritto comunitario, sia dalle pronunce della Corte di Giustizia. In più, è una nozione legata, per un verso, al diritto positivo, perché i diritti fondamentali sono individuati ed elencati nel testo, per altro verso all'evoluzione culturale connessa al divenire dei "valori" a cui si richiama il preambolo. Spetta all'interprete calibrare i limiti fissati nello stesso preambolo e contemperare i diritti fondamentali in conflitto tra loro.

Il titolo presuppone dunque una triplice sineddoche, in quanto allude sia alla nozione di "diritti fondamentali" sia alla nozione di "efficacia diretta"; muovendo dall'analisi della Carta, si deve perciò presumere (i) che l'applicazione dei diritti sia riferibile alle *disposizioni* che nella Carta definiscono o includono "diritti fondamentali", che (ii) nonostante le numerose limitazioni previste dalla stessa Costituzione (artt. II-111, II-112, II-113, II-114) queste disposizioni siano giuridicamente – e non solo politicamente – vincolanti, (iii) che questi diritti si possano applicare al di là dell'ambito delineato dal testo, per poter essere estesi ai rapporti tra i privati.

L'*excursus* dei diritti fondamentali in ambito europeo costituisce allora la premessa per poter risolvere la questione della applicabilità diretta dei diritti fondamentali come previsti dalla Carta ai rapporti tra privati. Non si possono infatti ignorare l'evoluzione dei diritti fondamentali all'interno del diritto comunitario e la loro affermazione, prima del loro ingresso del diritto comunitario, nell'humus culturale e giuridico delle istituzioni europee. È probabile infatti che si ripresentino per l'applicazione della Carta i medesimi problemi che si sono dovuti risolvere per le altre Carte dei diritti già in vigore.

Rispetto alle altre Carte si nota subito, tuttavia, una grande differenza: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono atti internazionali; la Carta di Nizza aveva – originariamente – solo un significato politico; la Carta è considerato un atto costituzionale che, pur nella peculiarità dell'ordinamento comunitario, non assimilabile *tout court* ad un ordinamento nazionale, rappresenta pur

ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea, Bologna-Roma, 1997; LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, (1999) Bari, 2002; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001; PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002; N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004. Sempre attuali sono le riflessioni di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, s.d. (ma 1972); per la curvatura dei diritti fondamentali all'interno delle categorie di "capacità giuridica" e "status" v. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1994; per la curvatura dei diritti fondamentali all'interno della categoria della "cittadinanza" v. MOCCIA, *La cittadinanza europea*, Roma-Bari, 2002.

sempre la “norma di base” dell’intero sistema. Ma permangono i dubbi che il sistema di valori espressi dalle singole Carte costituzionali siano davvero integralmente riflesso in questa Costituzione²⁵ e che la elencazione come la formulazione dei diritti fondamentali così come recepiti nel testo possano scoraggiare la competizione tra ordinamenti al livello costituzionale²⁶.

Il processo di costituzionalizzazione non si è però concluso. Si è ripiegato, dopo la mancata ratifica della Costituzione europea da parte della Francia e dell’Olanda, nella sottoscrizione del Trattato di Lisbona (2007) con il quale, dal 1° gennaio 2009, la Carta di Nizza è considerata uno strumento di natura giuridica *equiparato ai Trattati*.

La Carta europea dei diritti fondamentali, la giurisprudenza della Corte europea di Giustizia e le pronunce delle Corti costituzionali nazionali sono la base di diritto positivo che ha accreditato la tesi secondo la quale *i diritti fondamentali sono principi generali*.

Dal punto di vista formale, se ci arrestassimo a considerare solo la lettera della Carta, si potrebbe discutere se i diritti fondamentali della persona siano da intendersi come “principi” di diritto in quanto tali. Leggendo il Preambolo della Carta sembrerebbe di capire che i diritti fondamentali sono *valori* che si fondano sui principi di democrazia e dello Stato di diritto²⁷. Così recita il testo: «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l’Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell’uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell’Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

In un altro passo del Preambolo i valori e i principi sembrano tramutati in diritti fondamentali: «A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell’evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta».

Ma il passo più rilevante riguarda la natura di questi valori/principi/

²⁵ ALBINO, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002, p. 453 ss.

²⁶ Sul punto v. gli interventi di AA.VV. raccolti da A. ZOPPINI ne *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004. Sul trapianto e sulla circolazione dei valori e dei modelli v. A. SOMMA, *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001; *Comparative Law Before the Courts*, a cura di CANIVET – ANDENAS – FAIRGRIEVE, Londra, 2004; B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, Milano, 2004.

²⁷ S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come atto giuridico*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, Zanichelli, Bologna, 2001; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

diritti: «Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso».

Non si tratta dunque di enunciazioni enfatiche che esauriscono la loro funzione nel dipingere l'immagine ideale della Carta: i diritti fondamentali sono o esprimono principi che hanno valore giuridico, che fanno sorgere responsabilità e doveri nei confronti dello Stato o dell'Unione e *nei confronti degli altri*.

Nel 2007 con una Risoluzione del Parlamento europeo si è ribadito il rilievo politico della Carta, anche se da tempo la Corte di Giustizia e le Corti nazionali si erano determinate autonomamente a considerare vincolante la Carta e ad ispirarsi ad essa per risolvere le questioni e decidere le controversie²⁸. La Carta è entrata subito nel corpo di "diritto vivente", ed ha assommato al suo valore politico anche un valore giuridico²⁹.

Di più. Il Trattato dell'Unione europea è stato modificato dal Trattato di Lisbona di cui si tratterà nei prossimi paragrafi.

7. *L'applicazione giurisprudenziale della Carta di Nizza da parte della Corte di Giustizia*

La Carta è stata applicata dai giudici nazionali e invocata più volte dagli Avvocati generali nel corso dei procedimenti celebrati dinanzi alla Corte di Giustizia. Ma si trovano tracce di riferimenti alla Carta di Nizza anche in alcuni Statuti regionali italiani.

Una accurata, dettagliata e corposa rassegna delle pronunce dei tribunali, della Corte costituzionale e di talune decisioni del Tribunale europeo, e di qualche accenno contenuto nelle sentenze della Corte di Giustizia è offerta da Alfonso Celotto e Giovanna Pistorio, e non è il caso, in questa sede,

²⁸ A. CELOTTO – G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (rassegna giurisprudenziale 2001-2004), in *Giur. It.*, 2004.

²⁹ COLLINS, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe* (a cura di ANDENAS – ANDREW – TAMARUYA), Legal Studies Research. Paper Series, University of Cambridge, Paper No. 13/2011, ma v. anche *Constitutional Values and European Contract Law*, a cura di GRUNDMANN – ALPHEN AAN DEN RIJN, 2008; M. HESSELINK – C. MAK, *Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Center for the Study of European Contract Law Working Papers Series No. 2009/05 e ora v. E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, pp. 547 ss.

di ripercorrere i risultati della loro ampia ricerca³⁰. Val la pena però di sottolineare come – facendo appello alla libertà dell'interprete – i giudici non si siano fatti scrupolo di applicare, o di richiamare, o di riprendere, i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza *come se* le disposizioni della Carta fossero al tempo stesso di natura giuridica, vincolanti per l'interprete e applicabili ai rapporti tra privati.

Proprio le pronunce delle Corti dimostrano che i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona.

L'esperienza ci insegna che, al di là delle formule più o meno rigorose e tecnicamente corrette, la funzione del diritto si esprime attraverso valori-principi-diritti e che la legittimazione di un principio può essere effettuata dai giudici nella loro attività di *ius dicere* sì che, in così fare, i diritti fondamentali diventano "diritto vivente".

Il mercato del lavoro, e quindi il contratto di lavoro, è stato il bersaglio più frequentemente colpito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla base di principi generali quali il principio di eguaglianza (qui sotto forma di parità tra uomo e donna nel trattamento pensionistico), diritto fondamentale riconosciuto da tutte le Costituzioni moderne, e dalle prime dichiarazioni dei diritti. Si può leggere il testo anche nel senso inverso, e cioè come applicazione del principio di non discriminazione. Non è il caso in questa sede di passare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso *Bartsch* (del 13.9.2008, n. C – 46/07), o i casi di applicazione del principio di dignità della persona (C152/82 13.11.1990) o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materia di contratti è esemplare il caso *Omega Spielhallen* (C-36/02) in cui si sono vietati giochi che usavano strumenti elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio (C-36/02).

Più di recente, in materia di contratti di assicurazione, la Corte di Giustizia ha stabilito che l'art.5 n.2 della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne è invalido e quindi le clausole contenute nelle polizze assicurative che discriminano le donne, per età, rispetto agli uomini, sono nulle (C-236/09)³¹.

³⁰ A. CELOTTO – G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., pp. 427- 440.

³¹ Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a R. COSIO – R. FOGLIA (cur.), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano, 2012; in argomento v. *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di RUGGERI, Esi, Napoli, 2012.

8. *Il Trattato di Lisbona*

Il Trattato di Lisbona, che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, è stato sottoscritto il 13 dicembre 2007, ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Tre sono in particolare i punti qualificanti che riguardano il tema che ci occupa: il preambolo, l'art.2 e l'art.6, a cui poi si dovrebbero aggiungere, nella ricostruzione del quadro normativo, le disposizioni della Carta europea dei diritti fondamentali, che si occupano delle libertà, della uguaglianza, della solidarietà, della cittadinanza e della giustizia. Della Carta si è scritto molto, ed anche dei suoi avventurosi percorsi³²; del Trattato di Lisbona si è scritto ancora poco da parte degli studiosi del diritto privato, nonostante la sua enorme rilevanza politica e giuridica al tempo stesso. Solo gli studi di diritto costituzionale e di diritto comunitario fanno eccezione a questa regola.

Nella nostra prospettiva, il preambolo del trattato è già evocativo, perché richiama – a titolo di “ispirazione” e quindi come guida interpretativa del testo - «le eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto». È facile vedere in queste parole la risposta, ammodernata e levigata, alla questione cruciale posta alla commissione che doveva redigere il testo della Carta europea, inerente alle radici cristiane, o giudeo-cristiane, o illuministiche, o laiche dell'Europa.

La tematica ha dato luogo ad un grande appassionante dibattito. Non si possono però confondere i valori sui quali si fondavano la cultura greco-romana e i diritti naturali come intesi nella filosofia platonica e aristotelica con i valori dell'epoca medievale e quelli rinascimentali e illuministici. Sui primi rimangono insuperate le pagine di Leo Strauss, in un'opera ristampata a più riprese anche in Italia³³, in cui si distingue la concezione antica del diritto naturale dalla concezione moderna dei diritti naturali. Per i diritti umani nella civiltà giuridica medievale basta riprendere il dialogo tra Paolo Grossi e Brian Tierney³⁴, che in una ricerca recente ha istituito un filo diretto tra Ockham, Grozio e Windscheid sulla origine dei

³² Il percorso politico è descritto da R. CANGELOSI, *Il ventennio costituzionale dell'Unione Europea*, Venezia, 2009.

³³ *Diritto naturale e storia*, Genova, 2010 (rist.); J. FINNIES, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980.

³⁴ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625*, Atlanta, 1997 e la recensione di GROSSI, *Sui diritti umani nella civiltà giuridica medievale*, ora in P. GROSSI, *Pagine scelte*, Roma-Bari, 2010.

diritti individuali, passando attraverso il diritto romano, il diritto canonico e la costruzione della categoria del “diritto soggettivo”. Ma mi preme sottolineare che proprio la dignità dell’uomo è evocata da S. Tomaso come emblema della razionalità dell’uomo («magnae dignitatis est in rationali creatura subsistere», *Summa th.*, I, q. 29, a.3 ad 2) e alla dignità dell’uomo è dedicato il discorso di Pico della Mirandola, che nel *De hominis dignitate* vede la riconoscibilità dell’uomo rispetto alle bestie nel “Dio vestito di umana carne”, nello spirito contemplativo saggio e pio proprio dell’uomo in quanto tale.

La connessione tra dignità e religiosità, meglio tra dignità e professione di una religione è al centro della riflessione di Spinoza³⁵; e mi piace ricordare una scoperta che mi è capitata nell’ambito di una ricerca su identità e status: la pagina di Defoe nella quale si descrive la meraviglia di Robinson nello scoprire che all’isola, disabitata per tanti anni, era approdato un naufrago, un essere umano di cui però non conosceva le intenzioni; nell’indecisione se sopprimerlo, perché nemico o assisterlo, perché amico, Robinson si trattiene dall’aggrederlo perché il naufrago, a mo’ di presentazione, gli si rivolge dicendo “Christianus sum”; queste parole che rivelano la sua identità sono espressioni di pace e di fratellanza sufficienti a salvargli la vita.

Gli studiosi dell’Illuminismo, delle Rivoluzioni secentesche e settecentesche, del pensiero kantiano e dei suoi epigoni molto avrebbero da dire sulla dignità e sui valori della persona; proprio di recente li ha richiamati Francesco Galgano nel suo saggio su *Diritto non patrimoniale e diritti dell’uomo*³⁶. È quindi importante che il Trattato di Lisbona, ed ora la versione consolidata del Trattato sull’Unione europea rechino questa impronta, questa sorta di crisma che riflette la storia dell’umanità nell’Occidente, con aspirazioni universalistiche.

Nel testo del preambolo è facile anche registrare la fungibilità dei termini impiegati, dal momento che i diritti sono considerati valori, i diritti inviolabili e inalienabili sono equiparati ai diritti fondamentali di cui si fa garante la Carta europea, la dignità non è menzionata ma aleggia quando si evoca la libertà, la democrazia e l’eguaglianza. Nella versione originale già si confermava l’“attaccamento” dei Paesi firmatari «ai principi di libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto» e si richiamavano i principi della Carta sociale europea del 1961 e della Carta dei diritti dei lavoratori del 1989, ma questa precisazione ulteriore ora acquista un significato più pregnante.

³⁵ S. CHAUI, *Spinoza e la politica*, Giuffrè, Milano, 1996.

³⁶ In *Contratto e Impresa*, 2009, p. 883 ss.

A sua volta l'art. 2 ribadisce che «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze». E aggiunge: «Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». La precisazione riassume il significato di "dignità" come valore, come substrato della libertà e della democrazia, come metro dell'uguaglianza, come sostegno della solidarietà e della giustizia. Ciò che preoccupa il legislatore comunitario è però il principio della unità nella diversità, del pluralismo culturale, della parità di trattamento di uomini e donne, di tutela delle minoranze, e quindi la non discriminazione e la tolleranza. Sono formule non enfatiche che lasciano intendere, da un lato, il significato di cittadinanza europea, dall'altro le problematiche sottese ad una unione di popoli che si era all'inizio progettata solo con finalità economiche ed ora invece si deve rafforzare nella dimensione politica.

Può forse sollevare perplessità l'impiego del termine "tolleranza" che appare un po' debole, rispetto all'impronta fortemente egalitaria delle formule riportate, ma è chiaro che si tratta di espressioni calibrate, mediate, vagliate con estrema cura.

Una rapida notazione si può fare anche dell'art.4, in cui si enuncia il rispetto della uguaglianza degli Stati membri di fronte ai trattati e soprattutto della loro "identità nazionale". Qui si è innestata la discussione sulla approvazione del Trattato di Lisbona e la discussione sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul rapporto tra il Trattato e il diritto costituzionale interno; la sentenza, del 30 giugno 2009, ha posto la riserva di sovranità, la riserva di identità costituzionale, la riserva di configurazione nazionale dello spazio pubblico.

Le costituzioni nazionali, in questa prospettiva, sono considerate un elemento fondativo della identità di un ordinamento e quindi di un popolo; da giuristi possiamo anche convenirne, anche se è ragionevole domandarsi se la persona comune sia consapevole di questo aspetto e se si riconosca, sotto il profilo identitario, nella propria costituzione piuttosto che non nella semplice cittadinanza o in altri fattori connotativi, come la lingua, le tradizioni e i costumi, la storia patria, e così via.

Più problematico è l'art.6, perché qui si riscontra il problema irrisolto della redazione di una Carta, e si vede non tanto il temperamento, ma, a mio modo di vedere, il conflitto tra la Carta di Nizza e i trattati. Ciò perché vi si dice che l'Unione «riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella

carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...) che ha lo stesso valore giuridico dei trattati», quindi non si assegna ancora alla Carta un ruolo preminente, quasi si trattasse della costituzione dell'ordinamento comunitario; si riconosce la Convenzione europea dei diritti umani, in forma di adesione, e quindi si sottolinea la natura convenzionale di quel testo; si precisa però che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione (...) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Certamente sono principi generali le disposizioni contenute nella Carta di Nizza; esse coincidono – non però completamente – con le disposizioni della Convenzione di Roma. Occorre quindi un temperamento tra principi effettuato dagli interpreti, in particolare dalle Corti (di Lussemburgo e di Strasburgo) che hanno competenze ormai in parte concorrenti. In più, trattandosi di principi generali, secondo la teoria delle fonti, essi dovrebbero essere considerati prevalenti su tutti gli altri principi contenuti nella legislazione comunitaria. Quindi, che siano contenuti nel Trattato consolidato, oppure nella Carta di Nizza, oppure nella Convenzione (nella trasposizione dei suoi contenuti di origine convenzionale al livello di principi generali dell'ordinamento comunitario) questi valori, dalla dignità in giù, sono tutti diritti inviolabili, fondamentali, umani, e costituiscono il perno dell'intero ordinamento comunitario.

Questa prospettiva non è però condivisa da molti, a cominciare dagli studiosi del diritto internazionale comunitario e del diritto costituzionale interno. Ma neppure dalle Corti, costituzionali e supreme.

Una breve sintesi di questa problematica, che per ragioni di tempo e di spazio si limita ad essere assertiva, piuttosto che non esplicativa, può dare contezza delle questioni che ora si agitano in letteratura.

9. I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona

Nel corso di tre seminari organizzati dal Consiglio Nazionale Forense su questo tema – l'uno dedicato alla cittadinanza europea, l'altro ai diritti fondamentali e il terzo, per l'appunto, al Trattato di Lisbona – i relatori si sono intrattenuti sulle intitolazioni con cui questi argomenti erano presentati. Non sembra, ma anche la intitolazione è indizio di una prospettiva o addirittura di una presa di posizione. Ci si è chiesti, ad esempio, se si debba parlare di diritti fondamentali “nel” trattato di Lisbona, oppure di diritti

fondamentali “e” il trattato di Lisbona. I diritti fondamentali sono una categoria a sé, svincolata ai testi normativi, e da essi, al più riconosciuti e garantiti, oppure vivono in tanto in quanto inseriti nei testi normativi? È il problema agitato da tanto tempo nelle esperienze nazionali a proposito dei diritti “riconosciuti e garantiti” dalle costituzioni scritte. L'*Habeas corpus* introdotto a livello comunitario dalla Carta di Nizza, come riconfermata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, è stato svincolato dal trattato, ma, secondo alcuni, questa operazione avrebbe un effetto positivo, perché se ne vedrebbe aumentare la visibilità e l'utilizzazione da parte dei cittadini. Tuttavia, non sarebbe possibile promuovere un ricorso di infrazione contro uno Stato che lo violasse, perché il ricorso è limitato alla violazione del Trattato; la Carta non estende la competenza dei giudici nazionali; l'adesione alla CEDU dovrebbe aumentare la protezione dei diritti umani; ma la violazione di un diritto fondamentale da parte di uno Stato potrebbe legittimare il singolo a fare ricorso alla Corte di Giustizia?

Ancora. Il fatto che i diritti fondamentali siano comuni implica che essi siano doppiamente garantiti, a livello comunitario e a livello nazionale? Si può instaurare una tutela plurilivello?

10. *Le relazioni dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali*

L'applicazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali nei singoli Paesi membri è monitorata dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali (*European Union Agency for Fundamental Rights*), che annualmente redige una relazione sullo “stato delle cose”. La Relazione viene ripresa dalla Commissione che ne fa a sua volta una relazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Fondamentale è sempre la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nella causa *Pringle* la Corte ha stabilito che, nell'istituire un meccanismo permanente di risoluzione delle crisi per i paesi della zona euro, gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione (causa C-370/12). Nella causa *Fierro e Marmorale* (causa C-106/13) la Corte, si legge nella Relazione per il 2013 (COM 2014, 224 final) ha esaminato la normativa italiana che impone l'annullamento di un contratto di compravendita di un immobile nel caso in cui l'immobile sia stato modificato senza tenere conto della normativa urbanistica.

Un siffatto annullamento automatico osta all'esercizio del diritto di proprietà (articolo 17), però la Corte ha dichiarato irricevibile la questione pregiudiziale che era stata sollevata, non ravvisando alcun nesso tra le norme nazionali in materia urbanistica e il diritto dell'Unione.

Vi sono attualmente tre situazioni nelle quali l'applicabilità della Carta è evidente.

In primo luogo "l'attuazione del diritto dell'Unione" comprende l'attività legislativa e le prassi giudiziarie e amministrative poste in atto da uno Stato membro per assolvere gli obblighi derivanti dal diritto dell'UE. È quanto si verifica, ad esempio, quando gli Stati membri assicurano una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai cittadini dall'ordinamento dell'Unione, in ottemperanza all'obbligo previsto all'articolo 19, paragrafo 1, del TUE. La direttiva sulla libera circolazione autorizza gli Stati membri a limitare la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica.

In secondo luogo la Corte ha stabilito che la Carta si applica quando l'autorità di uno Stato membro esercita un potere discrezionale di cui è investita in virtù del diritto dell'Unione.

Con la sentenza *Åkerberg Fransson* (causa C-617/10) del 2013 la Corte è stata sollecitata a chiarire se le fattispecie di diritto interno che rispondono agli obiettivi fissati dal diritto dell'Unione costituiscano anch'esse situazioni in cui viene data "attuazione" al diritto dell'Unione conformemente all'articolo 51 della Carta. La Corte è stata adita in via pregiudiziale da un tribunale di primo grado svedese, che ha chiesto se è ammessa l'imputazione per reati fiscali qualora all'imputato è già stata inflitta una pena pecuniaria nell'ambito di un precedente procedimento amministrativo, a seguito di una stessa comunicazione di dati inesatti. La questione andava esaminata in relazione al principio *ne bis in idem* (secondo il quale una persona non deve essere punita due volte per lo stesso reato), sancito dall'articolo 50 della Carta, anche se la normativa nazionale su cui si fondano le sanzioni amministrative e i procedimenti penali non era stata adottata in applicazione del diritto dell'Unione.

La Corte ha sottolineato che il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di garantire che l'IVA sia interamente riscossa, di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione e, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, di adottare le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro stessi interessi.

Nella Relazione per il 2015 (COM 2015 191 final) la Commissione ha riferito della sentenza *Digital Rights Ireland* (cause C-293/12 e C-594/12)

con cui la Corte ha dichiarato invalida la direttiva sulla conservazione dei dati 2006/24/CE a causa di violazioni dei diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta. La sentenza ha stabilito che la legislazione derivata dell'UE deve contenere specifiche garanzie per la tutela dei diritti fondamentali, comprese disposizioni sulle eccezioni al segreto professionale e sulla revisione preventiva di un'autorità amministrativa o giudiziaria, che non possono essere lasciate alla discrezionalità del legislatore nazionale. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha statuito che la conservazione dei dati persegue un obiettivo legittimo di interesse generale, segnatamente la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata, e costituisce uno strumento adeguato per il raggiungimento di tale obiettivo. Tuttavia, essa ha ritenuto che l'impatto della direttiva sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali non fosse limitato a quanto strettamente necessario.

Si è istituito anche l'ECLI, una banca dati per l'identificazione dei casi in cui i giudici nazionali applicano direttamente la Carta dei diritti fondamentali.

11. *Tre vie per applicare direttamente i diritti fondamentali della Carta ai rapporti tra privati*

Per riassumere quanto fin qui si è sinteticamente osservato, possiamo allora concludere nel senso che i diritti fondamentali, come riconosciuti dalla Carta, si possono applicare ai rapporti tra privati attraverso tre operazioni ermeneutiche. Come ogni operazione ermeneutica, si tratta di *manipolazioni del testo* che possono essere giustificate o in modo formale oppure tenendo conto del dato fattuale, che è uno dei capisaldi del giusrealismo.

(i) Sul piano formale, si può fare appello innanzitutto alla nozione e al ruolo dei *principi generali*. È noto che i principi generali sono considerati norme a tutto tondo e a tutti gli effetti, in quanto derivati per procedimento induttivo, dalle norme vigenti in un determinato ordinamento³⁷. Già il Parere reso dalla Corte di Giustizia, le pronunce della stessa Corte e ora il testo della Costituzione qualificano i diritti fondamentali come principi generali. In questa prospettiva, essi presiedono alla applicazione delle norme:

³⁷ Sulla costruzione giuridica dei principi generali rinvieri ad G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993 (ad ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in corso di stampa, Milano, 2005).

di più, essendo principi generali già vigenti nel diritto costituzionale dei Paesi Membri e facenti parte del diritto costituzionale europeo emergente dalla cultura giuridica europea e dai valori sui quali essa si fonda, non è difficile poter argomentare nel senso che il valore fondante di tali principi pervade, si “irradia” direbbero i giuristi tedeschi, anche negli ordinamenti nazionali, e quindi tali principi non sarebbero vigenti *solo* nell’ordinamento comunitario, ma sarebbero applicabili *anche* negli ordinamenti nazionali; spetta all’interprete stabilire se essi si debbano applicare solo ai rapporti che si collocano nelle materie in cui è competente l’Unione o se, data la loro natura, siano estensibili anche alle altre materie.

(ii) Sempre sul piano formale, si può seguire la via inglese alla *Drittwirkung*, sostenendo che le disposizioni della Carta debbono essere applicate dai giudici nazionali; la loro applicazione dunque passa attraverso la ratifica della Costituzione. Ed occorre allora capire se negli ordinamenti in cui la Carta è già stata ratificata – ancorché non sia ancora entrata in vigore – tali disposizioni possano già considerarsi vincolanti (unilateralmente) per lo Stato Membro che ha effettuato la ratifica della Convenzione.

(iii) Sul piano fattuale, cioè del diritto *vivente*, i diritti fondamentali sono già applicati così come incorporati nella Carta di Nizza: la ricerca di Celotto e Pistorio stanno proprio a dimostrare ciò. E poiché non dobbiamo “aver paura” del diritto vivente, possiamo registrare l’attuale “vigenza” di tali diritti anche nella nostra esperienza.

L’azione comunitaria relativa alla promozione dei diritti umani è comunque in corso: anche in questo settore si sono sollevate critiche sia alle scelte politiche degli organi comunitari sia alle modalità di applicazione delle direttive, specie in materia di discriminazione delle persone nel mondo del lavoro³⁸. Ma il quadro complessivo non sembra così scoraggiante.

12. *L’applicazione diretta dei diritti fondamentali della Carta europea ai rapporti tra privati*

In sintesi l’effettività dei diritti fondamentali come riconosciuti dalla Carta non si misura soltanto nel rispetto che essi trovano da parte delle istituzioni dell’Unione e da parte degli Stati Membri e delle loro istituzioni

³⁸ WARD, *A Critical Introduction to European Law*, Londra, 2003, cap. III; in argomento v. F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.

– quindi nella dimensione pubblicistica dei diritti fondamentali, se si vuol perpetuare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato – ma si misura anche dalla applicazione diretta di quei diritti ai rapporti tra privati. È la tecnica che in Germania si denomina *Drittwirkung* e in common law “applicazione orizzontale”. Le vie sono molteplici, come si è visto: anche l’applicazione dei principi generali consente di investire i rapporti di diritto privato, in modo meno eclatante della applicazione pura e semplice delle disposizioni della Carta. E questa è stata la via privilegiata degli Avvocati Generali, seguita anche dalla Corte per diversi anni³⁹.

Ma è un passaggio un po’ complicato dal fatto che mentre all’art. 6 del Trattato FUE i diritti fondamentali sono distinti dai principi e i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo sono considerati come principi del diritto dell’Unione, all’art. 52 della Carta sembra sussista una restrizione nella applicazione di diritti e principi, poi corretta dall’art. 53.

L’art. 52 sulla “portata dei diritti garantiti” recita: «1. Eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull’Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa».

Nei commi successivi si incontrano le precisazioni di applicazione che possono essere intese come altrettanti limiti: «4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. C 83/402 Gazzetta ufficiale dell’Unione europea 30.3.2010 IT. 5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi

³⁹ L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione Europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013.

danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. 6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta. 7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta».

E l'art. 53 sul "livello di protezione" recita: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione».

Diversi sono i casi che si possono richiamare per precisare le linee di questo indirizzo che ammette l'applicazione diretta dei diritti fondamentali ma con qualche limitazione, di volta in volta corretta a seconda del diritto considerato e della fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte. Rimane ferma la distinzione tra applicazione diretta dei diritti fondamentali ed esclusione dell'applicazione diretta dei principi.

Il 22 maggio 2014 è stata depositata la sentenza C-356/12 del caso *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, riguardante il rifiuto da parte dell'Autorità competente di rilasciare la patente d'auto per un difetto visivo sussistente ad un occhio dell'attore. Il principio invocato era quello di "non discriminazione". La Corte ha deciso la questione di rinvio pregiudiziale sollevata dal giudice tedesco affermando che le soglie minime di acutezza visiva per il rilascio delle patenti C1 e C1E previste dalla Direttiva 2006/126/CE sono conformi agli artt. 20, 21 e 26 della Carta (rispettivamente, "Uguaglianza davanti alla legge", "Non discriminazione" e "Inserimento delle persone con disabilità").

La sentenza è interessante perché si occupa di diritti inerenti i rapporti sociali, e li considera equiparati ai diritti fondamentali sulle libertà, lasciando intendere che non vi è una graduatoria dei diritti fondamentali e che i diritti sociali non godono di una tutela differenziata e minore rispetto agli altri diritti. Ma lascia intatta la distinzione tra diritti fondamentali e principi.

La distinzione era stata ribadita nel caso *Association Médiation sociale*, C-176/12 in cui sempre a proposito di diritti relativi alla informazione e consultazione dei lavoratori la Corte, rispondendo ad una questione sollevata dalla Corte di Cassazione francese, ha precisato che è possibile disapplicare le norme del diritto nazionale quando in contrasto con direttive, anche se il

problema si pone nell'ambito di rapporti tra privati.

Resta fondamentale il caso Mangold concernente il principio di non discriminazione per ragioni di età nel contratto di lavoro (causa C-144/04 del 22 novembre 2005). In quella occasione la Corte ha precisato che:

Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve (...) "essere considerato un principio generale del diritto comunitario. Quando una normativa nazionale rientra nella sfera di applicazione di quest'ultimo, come è il caso dell'art. 14, n. 3, del TzBfG, modificato dalla legge del 2002, in quanto misura di attuazione della direttiva 1999/70⁴⁰, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità della detta normativa con tale principio⁴¹. Di conseguenza, il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva. Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito della sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia e disapplicando le disposizioni eventualmente configgenti della legge nazionale⁴². Considerato tutto quanto sopra, la seconda e la terza questione vanno risolte dichiarando che il diritto comunitario e, in particolare, l'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, la quale autorizza, senza restrizioni, salvo che esista uno stretto collegamento con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato stipulato con lo stesso datore di lavoro, la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore abbia raggiunto l'età di 52 anni.

È compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche quando il termine di

⁴⁰ V., a questo proposito, i punti 51 e 64 della presente sentenza.

⁴¹ V., in questo senso, sentenza 12 dicembre 2002, causa C 442/00, Rodríguez Caballero, Racc. pag. I 11915, punti 30 e 32.

⁴² V., in questo senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc., pag. 629, punto 21, e 5 marzo 1998, causa C 347/96, Solred, Racc. pag. I 937, punto 30.

trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto”.

Sono preziose le relazioni redatte annualmente a partire dal 2010 dalla Commissione europea e dalla Corte di Giustizia sulla protezione dei diritti fondamentali.

Il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali viene effettuato innanzitutto sulle attività degli uffici della Commissione e poi sugli atti. La Corte di Giustizia ha dichiarato la invalidità della direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati personali per violazione degli artt. 7 e 8 della Carta, come si dirà tra poco, in materia di identità virtuale.

Nella sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10), la Corte ha innanzitutto osserva to, richiamando la sua giurisprudenza costante sulla portata dei diritti fondamentali dell’Unione e le spiegazioni relative all’articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali, che i diritti fondamentali garantiti da quest’ultima devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione⁴³.

13. *Il secondo parere della Corte di Giustizia e la mancata adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo (CEDU)*

Nonostante che, come precisato nella Relazione del 2010 sull’applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, la Commissione si preparasse alla adesione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, la vicenda non ha avuto esito positivo.

⁴³ Al di là della materia di diritto privato la Corte ha fatto ampia applicazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali. A tale riguardo, si possono citare le sentenze del 26 novembre 2013, Gascogne Sack Deutschland (già Sachsa Verpackung)/Commissione (C-40/12 P), Kendrion/ Commissione (C-50/12 P) e Groupe Gascogne/Commissione (C-58/12 P); le sentenze del 27 giugno 2013, Agroconsulting-04 (C-93/12), e del 17 ottobre 2013, Schaible (C-101/12) in materia di agricoltura, la sentenza del 17 ottobre 2013, Schwarz (C-291/12), le sentenze del 6 giugno 2013, MA e a. (C-648/11) e del 10 dicembre 2013, Abdul-lahi (C-394/12) sull’asilo, la sentenza dell’11 aprile 2013, Edwards e Pallikaropoulos (C-260/11) sull’ambiente. Gli standard nazionali di tutela non possono essere inferiori a quelli della Corte. La Corte ha dichiarato che il diritto dell’Unione implica l’obbligo di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta dei diritti fondamentali «alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che tale prassi priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte di giustizia, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima».

Nel 2010 la Commissione riteneva che fosse un imperativo dettato dal Trattato sull'Unione europea di aderire alla Convenzione e per questa ragione aveva chiesto mandato al Consiglio per avviare le trattative richieste dalla procedura di adesione.

«L'adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – si era detto – completerà la solida protezione dei diritti fondamentali già prevista nell'ordinamento giuridico dell'Unione mediante la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la giurisprudenza in materia emanata nel corso degli anni dalla Corte di giustizia, introducendo un ulteriore controllo giudiziario in termini di protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'UE. Tale adesione contribuirà inoltre a radicare ulteriormente nell'UE una cultura comune sui diritti fondamentali e dimostrerà l'appoggio dell'UE al sistema di protezione dei diritti attuato da Strasburgo. Infine, garantirà che la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo evolvano in piena armonia».

La Corte di Giustizia, tuttavia, nel parere reso il 18 dicembre 2014 (2/13), ha espresso contrario avviso, sicché i negoziati si sono interrotti e dovranno riprendere in tempi più maturi.

La Corte si era già espressa in senso negativo con un precedente parere. Ciò per ragioni di carattere formale, ritenendo che l'art. 235 del Trattato dell'Unione non consentisse di istituire questo tipo di accordi a livello internazionale.

Un po' sbrigativamente la Corte aveva precisato che:

«secondo costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito. In tale contesto la Corte ha precisato che la Convenzione riveste un significato particolare (v., in particolare, la sentenza 18 giugno 1991, ERT, causa C-260/89, Racc. pag. I-2925, punto 41). 34. Se il rispetto dei diritti dell'uomo costituisce, quindi, un requisito di legittimità degli atti comunitari, si deve tuttavia rilevare che l'adesione alla Convenzione determinerebbe una modificazione sostanziale dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo, in quanto comporterebbe l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico comunitario. 35. Una siffatta modifica del regime della tutela dei diritti dell'uomo nella Comunità, le cui implicazioni istituzionali risulterebbero

parimenti fondamentali sia per la Comunità sia per gli Stati membri, rivestirebbe rilevanza costituzionale ed esulerebbe quindi, per sua propria natura, dai limiti dell'art. 235. Essa può essere quindi realizzata unicamente mediante modifica del Trattato».

Tuttavia, a seguito della introduzione della Carta di Nizza, nel 2000, e della sua omologazione ai Trattati effettuata nel 2009 dal Trattato di Lisbona, questo argomento avrebbe potuto essere superato.

Si potevano utilizzare altri argomenti, eventualmente di natura sostanziale. Ad es., che la Carta dei diritti fondamentali, rispetto alla Convenzione europea, ha un contenuto più moderno, è più estesa e articolata, e quindi assicura ai diritti fondamentali una più sostanziosa garanzia. Oppure che, avendo la Convenzione per l'appunto natura di atto convenzionale, mentre la Carta, equiparata ai Trattati, vincola gli Stati Membri e fa parte dell'ordinamento degli Stati Membri, essendosi affermato il principio di unitarietà di ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali, ha una forza impositiva più grande. Oppure ancora che tutti gli Stati Membri già aderiscono alla Convenzione, e che il rispetto dei diritti fondamentali all'interno degli uffici comunitari era già controllato dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia. E quindi l'adesione avrebbe comportato solo una valutazione di opportunità politica, peraltro rilevante, anche ai fini del consolidamento del modello giuridico europeo.

Per contro la Corte, con un parere molto elaborato e formalmente tecnico ha opinato diversamente.

Il parere muove dalla ricostruzione del quadro istituzionale e illustra i contenuti della Convenzione, si sofferma sui rapporti tra l'Unione e la CEDU e riassume le valutazioni formulate dalla Commissione nella sua domanda di parere.

Superato il problema della ricevibilità, la Commissione aveva esaminato la conformità del Progetto di accordo rispetto alle varie prescrizioni enunciate sia all'articolo 6, paragrafo 2, TUE sia nel Protocollo n. 8 UE. Inoltre, aveva invocato anche argomenti intesi a dimostrare che l'accordo previsto avrebbe rispettato l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione in riferimento al perseguimento degli obiettivi propri di quest'ultima. Infatti, secondo la Commissione, occorre evitare che la Corte EDU od anche il Comitato dei Ministri potessero essere chiamati, nell'esercizio delle loro competenze a titolo della CEDU, allorché investiti di una controversia vertente sull'interpretazione o sull'applicazione di una o più disposizioni di tale Convenzione o dell'accordo di adesione, ad interpretare nozioni contenute in tali strumenti in un modo che li avrebbe portati a statuire sulle

rispettive competenze dell'Unione e dei suoi Stati membri. La Commissione aveva perciò concluso per la compatibilità dell' accordo con i Trattati.

Di contro, la Corte di Giustizia richiama, oltre al dialogo instaurato con la Corte dei diritti umani, alcune disposizioni contenute nell'art. 52 c.3 e nell'art.53 della Carta che sembrerebbero già aderire alla Convenzione nella sostanza, perché proclamano l'eguale portata dei diritti riconosciuti dalle due Carte, ed escludono che la Carta dei diritti possa essere lesiva della Convenzione.

In più, richiama la natura particolare acquisita dall'ordinamento giuridico comunitario:

«Orbene, la circostanza che l'Unione sia dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento, determina delle conseguenze quanto alla procedura e ai presupposti per un'adesione alla CEDU. 159. È proprio in considerazione di tale circostanza che i Trattati subordinano tale adesione al rispetto di varie condizioni».

È la natura del diritto dell'Unione che impedirebbe – a dire della Corte – l'adesione alla CEDU.

Come rilevato più volte dalla Corte, «il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri⁴⁴, nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi⁴⁵.167. Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati – come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE – in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa».168. Una siffatta costruzione giuridica poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli

⁴⁴ V., in tal senso, sentenze Costa, EU:C:1964:66, pagg. 1144 e 1145, nonché Internationale Handelsgesellschaft, EU:C:1970:114, punto 3; parere 1/91, EU:C:1991:490, punto 21; parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65, e sentenza Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, punto 59.

⁴⁵ Sentenza van Gend & Loos, EU:C:1963:1, pag. 23, e parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65.

Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. 169. Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta – che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati –, e il rispetto di tali diritti costituisce un presupposto della legittimità degli atti dell'Unione, sicché non possono ammettersi in quest'ultima misure incompatibili con questi medesimi diritti⁴⁶».

In realtà, la ragione non è giuridica, ma è politica: l'Unione, dice la Corte in modo esplicito, al par. 181 del parere, al pari di qualsiasi altra Parte contraente, sarebbe sottoposta ad un controllo esterno avente ad oggetto il rispetto dei diritti e delle libertà che l'Unione si impegnerebbe a rispettare ai sensi dell'art.1 della CEDU. Poiché della Convenzione fanno parte 47 Stati di cui solo 28 appartenenti all'Unione, attraverso la Corte gli Stati esterni all'Unione potrebbero esercitare forme di controllo sugli atti dell'Unione, e la stessa Corte di Strasburgo diventerebbe corte di ultima istanza avverso le sentenze della Corte di Giustizia; questo primato non è riconosciuto dalla Corte di Giustizia. Con la sentenza Melloni C-2013/107 la Corte di Giustizia ha ribadito *il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione*.

L'adesione, al contrario, avrebbe potuto consentire un maggiore coordinamento nella tutela dei diritti fondamentali che, ancorché formulati più modernamente dalla Carta, non differiscono da quelli della Convenzione. Anziché di dialogo, si sarebbe potuto parlare di connessione stretta tra le Corti, senza per ciò arrivare alla conclusione che la Corte di Giustizia avrebbe visto vulnerato il suo potere giurisdizionale in materia di diritti fondamentali. D'altra parte poiché ancora sussistono ostacoli ad una uniforme ed efficace applicazione dei diritti fondamentali, attese le posizioni delle diverse Corti costituzionali nazionali – pure della nostra Corte, con la teoria dei “controlimiti” (Corte cost. n. 238 del 2014) – l'adesione avrebbe potuto appianare queste divergenze.

La mancata adesione è stata molto dibattuta in dottrina. Si era già osservato che la mancata adesione avrebbe implicato che l'Unione non avrebbe potuto essere ammessa al Consiglio d'Europa, nonostante che possa concludere trattati internazionali⁴⁷. Si era osservato che la Corte

⁴⁶ V. sentenze ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, punto 41; Kremzow, C-299/95, EU:C:1997:254, punto 14; Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, punto 73, nonché Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione, EU:C:2008:461, punti 283 e 284.

⁴⁷ C. L. POPESCU, *Les exigences conventionnelles de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Atti delle XV Giornate franco-rumene di diritto comparato, Strasburgo (17-18 giugno 2011) , p. 99 ss.

di Strasburgo, in virtù della cooperazione con i giudici di Lussemburgo, avrebbe osservato un comportamento discreto, di *self-restraint*, nelle sue decisioni riguardanti l'Unione⁴⁸.

E che l'adesione avrebbe rafforzato politicamente l'Unione⁴⁹.

Con la sentenza *Bosphorus c. Irlanda* del 30 giugno 2005 la Corte aveva escluso che fossero stati violati i diritti fondamentali della società ricorrente da parte dell'Irlanda, in cui le autorità avevano applicato un regolamento comunitario. Ciò perché aveva ritenuto che in ambito comunitario i diritti fondamentali fossero rispettati in modo ineccepibile.

La società ricorrente era una compagnia aerea charter di nazionalità turca; le autorità irlandesi avevano sequestrato alcuni aeromobili che la società aveva preso in locazione dalla compagnia di bandiera jugoslava (JAT), applicando misure di embargo dettate da regolamenti comunitari. I giudici della Corte di Giustizia aveva già accertato la legittimità del sequestro⁵⁰ e la compagnia si era rivolta ai giudici di Strasburgo. La Corte ha concluso che l'UE garantisce un livello di tutela dei diritti equivalente a quello della CEDU e che quindi l'Irlanda, nel caso di specie, ha agito conformemente ai suoi obblighi internazionali (§ 165), ma anche che dall'esame dei fatti di causa non emerge alcuna "insufficienza manifesta" nella protezione dei diritti della società ricorrente (§ 166).

Non sempre, per la verità, la Corte per la salvaguardia dei diritti umani ha valutato positivamente il comportamento dei Paesi aderenti all'Unione europea quando applicano la disciplina comunitaria. Ad es., nel caso *Matthews c. Regno Unito*, del 18 febbraio 1999, riguardante l'esclusione dal voto al Parlamento europeo di una signora residente a Gibilterra, la Corte ha tenuto un atteggiamento più severo. Ha infatti ritenuto che il Regno Unito avesse violato il principio di parità di trattamento e non discriminazione decidendo di non organizzare le votazioni al Parlamento europeo nella città di Gibilterra.

Si teme perciò che ora la Corte di Strasburgo possa non esercitare più il *self-restraint* al quale si era votata negli anni successivi.

Il quadro così ricostruito non è fisso, ma mobile: ciò perché la Carta di Nizza non è una "costituzione europea", ma è un testo considerato equiparato ai Trattati, e quindi non prevale su di essi. Vi sono esperienze in cui la Carta non è percepita come un complesso di valori che permea compiutamente

⁴⁸ A. TIZZANO, *Quelques réflexions sur les rapports entre le cours européennes dans la perspective d'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, in *RTDE*, 2011, p. 9.

⁴⁹ F. BERROD, *La protection de l'autonomie de l'Union européenne est-elle une condition existentielle de son adhésion à la CEDH?*, *Atti, cit.*, p. 121 ss.

⁵⁰ Sent. 30.7.1996, C-84/95, *Bosphorus*.

l'ordinamento in tutti i suoi aspetti, ma viene relegata nei confini del diritto pubblico, come, accade ad es. in Francia, in cui solo da pochi anni si è cominciato a pensare ad una sua applicazione anche nell'ambito del diritto privato. E vi sono esperienze come il Regno Unito – finché rimarrà all'interno dell'Unione europea – che hanno preferito rendere direttamente vincolante (anche ai rapporti tra privati) la CEDU, approvando lo *Human Rights Act*, 1999, piuttosto che la Carta di Nizza anche quando questa aveva ricevuto il crisma di documento con valore giuridico.

Se si guarda però non ai profili processuali, ma ai profili sostanziali, ci avvediamo che in questi anni si sono verificati due fenomeni estremamente rilevanti, che, in qualche modo, costituiscono una cesura con il diritto del passato: la costituzionalizzazione del diritto privato (iniziata in Italia e contemporaneamente in Germania negli anni Sessanta) e la europeizzazione del diritto privato, con l'introduzione delle fonti del diritto europeo che sono parte costituente degli ordinamenti nazionali. Si discute ancora se questa europeizzazione implichi di per sé (come io sarei propenso a ritenere) l'applicazione diretta dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati, oppure se l'applicazione debba essere solo indiretta. Ma se guardiamo alla sostanza delle cose, che l'applicazione sia diretta o indiretta non cambia molto. Ciò che cambia, e che costituisce un traguardo ormai raggiunto e non più eliminabile, è il fatto che tra le norme, i principi, i valori che il giudice deve considerare nell'assumere la sua decisione, vi sono i diritti fondamentali e i diritti umani. Se ciò debba portare alla disapplicazione della norma interna che viola questo complesso di norme-principi-valori, oppure alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale, oppure ancora alla sollevazione della questione pregiudiziale, lo si dovrà accertare di volta in volta a seconda della situazione prospettata dal caso in esame.

Antonio Gambaro

*Categorie del diritto privato
e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*

SOMMARIO: 1. La prospettiva del linguaggio – 2. Il linguaggio dei legislatori, dei giudici e dei dottori – 3. Bilanciamento ed armonizzazione dei diritti fondamentali – 4. Le categorie ed i lessici delle dottrine giuridiche europee – 5. Il costo dell'oblio: un esempio.

1. *La prospettiva del linguaggio*

Nel preambolo alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea si dichiara che il suo scopo è quello di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali rendendo tali diritti più visibili in una Carta. La Carta si pone dunque in una dimensione comunicativa: vuole essere anzitutto un messaggio rivolto ai cittadini europei per rendere palesi, attraverso il linguaggio, quali sono i pilastri giuridici su cui si basa la loro convivenza. Con ciò la Carta stessa si pone nel solco della gloriosa sequenza dei Bills of Rights settecenteschi, che imperniavano sui diritti umani le basi ed i fondamenti delle forme di governo programmate, nonché della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789; testo quest'ultimo in cui, con linguaggio più aulico, si considerava «*que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements*» e che pertanto l'Assemblea Nazionale aveva «*résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme*».

Il filo rosso che collega i due testi concepiti ad oltre due secoli di distanza l'uno dall'altro è quindi il riconoscimento dell'opportunità, anzi, della necessità che i diritti umani siano resi visibili mediante un testo scritto.

Ciò implica una scelta a favore del linguaggio scritto che non è scontata perché nei secoli, ed in particolare negli ultimi due, corpose correnti di pensiero hanno sostenuto la visione per cui i diritti fondamentali sono valori che si pongono fuori e prima della loro riconoscimento in Carte

costituzionali e che si riconoscono col fatto stesso di essere intimamente sentiti, vissuti, tradotti in comportamenti ad essi conseguenti¹.

È evidente che il discrimen tra le due opposte visioni, che per comodità possiamo denominare come giuridica la prima e politica la seconda, è dato dal ruolo del linguaggio. Rendere visibili, o esporre, in un testo scritto i diritti umani è programma il quale presuppone una piena fiducia che i segni abbiano un significato universalmente percepibile; mentre dare rilevanza alle condotte concrete che siano coerenti con i valori comunemente sentiti, implica fare affidamento sulle mentalità sociali diffuse le quali sarebbero la vera fonte dei diritti fondamentali.

Da ciò consegue che l'adozione della Carta dei diritti fondamentali della U.E. ed il riconoscimento del suo valore di fonte del diritto comune europeo al pari dei Trattati, implica il ripudio della visione che assegna ai diritti fondamentali un fondamento puramente politico-sociologico, la quale quindi, al momento, non è più proponibile come argomentazione di diritto positivo.

Chiarito il significato delle scelta compiuta, rimane che negli oltre due secoli che separano la *Déclaration* dalla Carta i problemi connessi alla dazione di senso ai segni linguistici sono stati oggetto di approfondimenti teorici che hanno intensamente marcato la cultura dei giuristi europei in tema di interpretazione svincolandola dalla ricerca dell'intenzione del legislatore, ossia della ricerca del vero senso delle sue parole², sicché oggi non è più possibile confidare pienamente sul significato immediato ed universale dei segni linguistici che compongono il testo di una dichiarazione dei diritti.

Quanto appena osservato impinge nell'ovvio non appena si constati che la Carta dei Diritti Fondamentali, al pari di quello della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, è un testo multilingue e quindi un metatesto composto da tutte le versioni linguistiche in cui il messaggio legislativo è redatto, il che significa che esso in realtà scompare come testo in senso vero e proprio perché viene meno la materiale univocità del segno che lo compone³.

¹ Per questa prospettiva cfr., ad esempio, A. RUGGERI, *Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 183 ss.; ID., *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rendiconti degli anni 2007-2008 dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, Classe di Scienze Morali, Bologna, 2009, p. 215 ss.

² Cfr. A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Vol.1, Storia e teoria, p. 138.

³ Rinvio ad A. GAMBARO, *Interpretation of Multilingual Legislative Texts*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007.

Tuttavia non è questo aspetto, importante, ma esteriore, quello che introduce i problemi più acuti che la prospettiva del linguaggio segnala. In realtà i problemi di maggior spessore si colgono riflettendo sull'ermeneutica dei testi scritti. Gli autori della *Déclaration* non pensavano alla possibilità che una solenne dichiarazione legislativa potesse essere oggetto di altro all'infuori della sua piena comprensione. Oggi, la Corte EDU, ad esempio, come si vedrà più avanti, ritiene che la parola chiave del testo dell'art. 1 del primo protocollo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo debba ricevere un significato "autonomo", indipendente da quello che ad essa potrebbe essere attribuito in base alle leggi nazionali degli Stati membri, ovvero dipendente soltanto dalla volontà del decisore, in definitiva, della Corte stessa.

Non ho la pretesa di ripercorrere qui la tormentata storia dell'ermeneutica giuridica, ma solo osservare che ignorare il problema spalanca le porte alla possibilità di risolvere il problema della dazione di senso ai testi delle Carte dei diritti alla maniera di Humpty Dumphy⁴, posto che lo scetticismo circa il carattere vincolante dei segni linguistici utilizzati dai legislatori è, a torto o a ragione, un fenomeno diffuso sia a livello teorico che operativo – il che significa principalmente: "giurisprudenziale" – sicché la possibilità scettica rende cortocircuitabile tutto l'apparato analitico ed argomentativo che si svolge come se fossimo ancora nel 1789 quando la fiducia nella completa identità tra il codice linguistico del legislatore e dei cittadini era piena.

Ciò che vorrei sottolineare è che ignorare la prospettiva del linguaggio non significa solo ritornare surrettiziamente alla prospettiva che interpreta le Carte in modo puramente politico, che abbiamo già osservato essere oggi improponibile per il semplice fatto che la Carta dei diritti fondamentali esiste ed ha valore giuridico, significa anche rinunciare a comprendere la complessità del procedimento ermeneutico sotto il profilo che più dovrebbe interessare il giurista attento all'effettivo svolgimento del *legal process*. La complessità delle interazioni tra i formanti del diritto applicato infatti implica una integrazione tra linguaggi diversi e le modalità con cui tale integrazione avviene ne condiziona l'esito finale.

⁴ Riprendo la parabola che fu cara ad Uberto Scarpelli tratta dal racconto di Lewis Carroll in cui Humpty Dumpty ha appena spiegato ad Alice che affermando "questa è la tua gloria" intendeva dire "questo è un ottimo argomento per darti torto" ed alle rimostranze di Alice che gli contesta la possibilità che le parole indichino cose diverse, replica: "bisogna vedere chi è che comanda...ecco tutto"; cfr. in U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 553; rist. in U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna il Mulino, 1982, p. 193, ove si osservava che "la filosofia del diritto è da tempo e fortemente humptidumptiana" (p. 195).

2. *Il linguaggio dei legislatori, dei giudici e dei dottori*

In rapida sintesi si può iniziare con il ricordare che il linguaggio dei legislatori diverge dal linguaggio dei giudici ed anche da linguaggio dei dotti. Tale divergenza altro non è se non il precipitato delle funzioni specifiche che ciascuno di questi tradizionali ruoli svolge nel legal process⁵; ma che proprio per questo si ramifica subito per seguire la più sofisticata divisione del lavoro che caratterizza la complessità dei sistemi moderni, specie quelli multilivello.

Per quanto qui rileva, si deve assumere che il linguaggio dei legislatori costituenti si diversifica assai da quello dei legislatori ordinari, non tanto per il suo tessuto semantico a maglie larghe – clausole generali sono presenti anche nella legislazione ordinaria – ma per la sua vocazione alla lunga durata e per l'ampiezza delle relazioni umane governate. Il che equivale a dire che nella prospettiva della pragmatica linguistica i messaggi dei costituenti debbono essere collocati anche in una dimensione cronologica avendo in se una vocazione alla lunga durata.

Senonché questa vocazione alla durata confligge con l'esigenza propria di tutti i legislatori che si collocano in ordinamenti a base democratica di formulare gli enunciati legislativi in forma di messaggio rivolto ai cittadini con lo scopo di suscitare l'adesione e solo secondariamente di orientarne la condotta.

Il perseguimento di questo scopo tuttavia è essenziale per preservare il consenso nel medio/lungo periodo, posto che è opinione diffusa che il consenso di medio/lungo periodo si preservi quando le relazioni sociali sono organizzate in modo da generare esiti economico sociali generalmente soddisfacenti e si perda quando ciò non accade. Nelle scienze economico sociali è divenuto un assunto condiviso quello per cui nel medio/lungo periodo le cause del declino e dello sviluppo delle nazioni e quindi del soddisfacimento delle aspettative dei consociati, sono da rintracciare nel loro assetto istituzionale⁶ oltre che nel progresso tecnologico che dipende dal

⁵ In tema, oltre al classico testo di R. C. CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors*, Chapters in European Legal History, Cambridge Univ. Press, 1987, si potranno a breve consultare gli atti del Symposium "Legislators, Judges, and Professors", organizzato dal Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg in collaborazione con l'Association Internationale des Sciences Juridique, il 4-5 dicembre 2015.

⁶ Come è noto i postulati della *New Institutional Economics* sono: a) il sistema giuridico costituisce la ragione principale delle riscontrabili differenze tra paesi sviluppati e sottosviluppati; b) lo sviluppo è possibile solo quando un efficiente sistema istituzionale è accessibile a tutti i cittadini; c) il diritto è lo strumento più utile di cui i cittadini dispongono per produrre un cambiamento. In questi limiti si può dire che si tratta di assunti condivisi,

capitale umano disponibile.

Se così è ciò comporta che nel caso di testi che compongono il blocco di costituzionalità che una società si è data, il faticoso processo di trasposizione degli enunciati legislativi in norme richiede un particolare tipo di lealtà da parte degli altri formanti posto che è dal loro operare che dipende principalmente l'esito felice, o infelice, dell'assetto istituzionale che sulle fondamenta del blocco costituzionale adottato dai legislatori viene costruito dai suoi interpreti.

Ignorare la duplice funzione del linguaggio consacrato nelle costituzioni e nelle carte dei diritti conduce ad equivoci dannosi.

Sintomatiche sono al riguardo le insistite raccomandazioni rivolte ai costituenti ed ai legislatori in genere affinché adottino un linguaggio piano e semplice che tutti possano facilmente comprendere. Con ciò si indica una strategia comunicazionale che è assai adatta a suscitare l'adesione immediata, ma si trascura la necessità che gli enunciati legislativi possano essere la fonte istitutiva di modelli di condotta che armonizzando tra loro in modo ottimale le diverse posizioni soggettive generino un tipo di organizzazione sociale idoneo a preservare un sufficiente consenso nel medio e lungo periodo.

Al riguardo, è opportuno chiarire che quanto si è appena osservato non conduce a negare l'esistenza del problema della perdurante adesione dei cittadini - nel caso: i cittadini europei - ai valori comuni enunciati nella Carta e raccolti mediante l'aggregazione dei diritti attorno a sei valori fondamentali: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia, come problema attinente alla dimensione puramente politica o, meglio, di psicologia politica. Tale aspetto ovviamente permane, come le vicende di questi giorni segnalano in modo inequivocabile. Piuttosto si deve segnalare che se la Carta ha una valenza giuridica i problemi attinenti alla dimensione organizzativa si aggiungano a quelli classici della politica e della sociologia politica.

Simile aggiunta, e non sostituzione, non dovrebbe stupire alcuno. È ovvio infatti che nella dimensione giuridica istituzionale i problemi più acuti di dazione di senso ai testi delle carte dei diritti si evidenziano quando il testo sia colto nella sua funzione di organizzazione della vita sociale, ovvero laddove gli enunciati delle carte dei diritti si propongano come conformativi delle relazioni umane e sociali.

In riferimento specifico alle Carte dei diritti, giova precisare che questa necessità di armonizzazione si coglie tanto più chiaramente quando più il

mentre lo stesso non si può dire della variante mercatista la quale assume la superiorità dei modelli istituzionali basati sulla autonomia individuale e le relazioni di mercato.

catalogo dei diritti individuali sia ricco, posto che tali diritti sono tra loro potenzialmente configgenti ed è quindi chiaro che non basta proclamarli uno ad uno, ma occorre che il loro esercizio sia coordinato in modo pacifico. Si può anche osservare che la prospettiva qui indicata si palesa più nitidamente in riferimento alla distinzione tra effetti verticali ed effetti orizzontali dei diritti fondamentali.

Non mi soffermo su questa distinzione sotto il profilo problematico della sua correttezza normativa⁷, e mi limito a segnalare che nella prospettiva verticale è abbastanza agevole trasporre in regole di condotta la proclamazione di alcuni diritti fondamentali. Si pensi a quelli che nelle prassi discorsive erano, e sono tutt'ora, chiamati diritti inviolabili dell'uomo. Ad esempio, si pensi alla formula dell'art. 2.2 della Carta che esclude la possibilità di irrogare la pena di morte, o a quella dell'art. 4: «nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti». All'opposto, è immediatamente evidente come la trasposizione ermeneutica diviene più complessa quando i diritti fondamentali debbano essere applicati orizzontalmente per disciplinare i rapporti dei cittadini tra loro. In questo secondo caso ciascuna posizione soggettiva per quanto sia solennemente riconosciuta assume necessariamente – direi: per necessità logica – una connotazione relazionale che ne relativizza il contenuto.

Questa relativizzazione dei diritti fondamentali può essere mascherata in sede comunicazione politica, ma emerge subito non appena il diritto proclamato sia posto nella prospettiva della sua tutela, vale a dire nella prospettiva della sua effettività. La Carta dei diritti fondamentali contempla espressamente la relativizzazione dei diritti da essa proclamati sia all'art. 52 che all'art. 54; ma a ben vedere indicazioni relativizzanti sono inserite anche in riferimento a specifici diritti fondamentali mediante la tecnica del rinvio alle leggi degli Stati ai fini della loro precisa individuazione.

Nella prospettiva del linguaggio la distinzione appena richiamata comporta alcune conseguenze.

La prima, di natura chiarificatrice, è che l'espressione “diritti inviolabili” debba essere riservata al nucleo semantico centrale di quei diritti che operano nella dimensione verticale e che in questa dimensione ricevono una tutela senza compromessi, o relativizzazioni; si pensi di nuovo alla pena di morte o al divieto di tortura. Viceversa, la stessa qualificazione dovrebbe essere

⁷ E la nota prospettiva che si collega alla teoria della *Drittwirkung* sulla quale si è accumulata una vasta letteratura per cui v. da ultimo, E. NAVARRETTA, *Costituzione, europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, 2017; Id. (cur.), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno, Pisa, 24- 25 febbraio 2017*, Giappichelli, 2017.

evitata, perché confusoria, in relazione a diritti fondamentali che si pongano anche nella dimensione orizzontale e che rientrano nel catalogo dei diritti di libertà individuale. Precisazione se si vuole sottile, ma necessaria perché in passato i costituenti pressati da finalità comunicazionali hanno fatto ricorso all'espressione "diritti inviolabili", anche in riferimento a diritti, come il diritto di proprietà, rispetto ai quali la promessa di inviolabilità non può avere alcun senso, con il risultato ultimo di degradare tale espressione a mera declamazione priva di possibilità di tradursi in valenze normative. Sia pure con connotati meno bizzarri, lo stesso effetto si produce seguendo il tentativo di connettere il carattere dell'inviolabilità ai diritti fondamentali della persona, che così si distinguerebbero dai diritti fondamentali con connotazioni economiche, come la libertà di impresa, che pertanto sarebbero diritti fondamentali privi del connotato dell'inviolabilità⁸. In realtà basta proporre l'esempio del diritto alla libertà di espressione e dei suoi complessi rapporti con il valore della dignità e con il rispetto della vita privata per accorgersi che, posti nella dimensione orizzontale, la inviolabilità, o l'assolutezza, di diritti fondamentali pur personalissimi, ma che hanno altri diritti fondamentali come antagonisti, si riduce anch'essa a mera declamazione.

Sempre nella prospettiva del linguaggio la distinzione tra effetti verticali ed orizzontali comporta una seconda conseguenza di natura più pregnante. E' una illusione diffusa quella per cui in tema di diritti fondamentali la vaghezza delle indicazioni testuali sia benefica perché agevola l'operazione di collocare tali diritti in una traiettoria di espansione. Si può infatti osservare che da un lato simile impostazione fa troppo credito all'orientamento dei decisori, mentre dall'altro, e soprattutto, occorre osservare come in contemplazione di un ricco catalogo di diritti fondamentali è ingenuo parlare

⁸ A conclusioni analoghe si perviene anche seguendo un altro percorso. È diffusa infatti la tesi per cui solo rispetto ai diritti fondamentali a carattere patrimoniale, come i diritti di credito e di diritti di proprietà sarebbe adeguata la correlazione logica: diritto/obbligo – ovvero sarebbe adeguata la categoria del rapporto giuridico –, mentre gli altri diritti fondamentali sarebbero svincolati da tale correlazione e quindi non sarebbero relativizzati dalla necessità di costruire ed imputare un obbligo correlato. Cfr. in questo senso, da ultimo, L. FERRAIOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari Laterza, 2016, p. 54 ss., asserzione peraltro in parte contraddetta da quanto lo stesso A. scrive alle successive pp. 63-65. Giova precisare che rispetto a queste impostazioni quella suggerita nel testo è significativamente diversa. Nella prospettiva del linguaggio la più nitida percepibilità della correlazione diritto/obbligo che si coglie in relazione ai diritti di tipo patrimoniale, non implica l'assenza di tale correlazione rispetto ad altri tipi di diritti fondamentali, ma solo che essendo molto agevole identificare il destinatario ed il contenuto dell'obbligo (ad es. di non condannare a morte una persona) il problema diviene trascurabile mentre la problematicità si concentra nella dazione di senso alla locuzione che esprime il diritto fondamentale.

di espansione dei diritti quando questi proteggono interessi configgenti⁹.

Infatti, si riconosce che nella realtà del *legal process* l'operazione di dazione di senso agli enunciati di una carta dei diritti svolta in sede giurisprudenziale pone capo ad una opera di bilanciamento tra i diritti, o i valori, sanciti dalla Carta e ciò è in contrasto logico con l'idea della loro graduale, ma illimitata espansione.

Di converso, solo se si abbandona l'idea che i diritti fondamentali sono destinati a seguire nel tempo una traiettoria di espansione, è possibile analizzare che cosa si intenda per bilanciamento, o, meglio, quali tecniche siano poste all'opera quando un decisore procede ad un bilanciamento tra diritti ed interessi che si trovano occasionalmente in conflitto, ma che siano entrambi sanciti dalla Carta.

3. *Bilanciamento ed armonizzazione dei diritti fondamentali*

Per semplificare l'analisi, darei per scontata la equazione, che appare invero assai solida, tra diritti fondamentali e principi generali dell'ordinamento su cui ha insistito da ultimo Guido Alpa¹⁰. Da tale equazione si può subito ricavare che poiché uno dei caratteri che più diffusamente si riconoscono ai principi è quello di sfuggire alle regole che tendono ad eliminare le antinomie mediante la tecnica della gerarchia delle fonti, è ammissibile un bilanciamento tra diritti fondamentali che non neghi il valore di alcuno anche quando, nel caso concreto, si assegni la prevalenza all'interesse protetto da un principio configgente¹¹. In quest'ottica il cosiddetto bilanciamento produce un contemperamento, o armonizzazione, tra due o più valori in conflitto, in cui l'elisione di alcuni effetti di un diritto fondamentale è

⁹ In realtà l'esistenza di contro interessi traspare subito non appena, come accennato nel testo, i diritti fondamentali siano posti nella prospettiva della loro tutela. Va chiarito al riguardo che personalmente non scorgo alcun guadagno nel costruire diritti (soggettivi o fondamentali che siano) svincolati dai rimedi necessari a farli valere (così sembrerebbe in L. FERRAIOLI, *op. cit.*, pp. 57-58); scorgo, invece, un regresso rispetto all'insegnamento di quelle importanti dottrine del XX secolo (penso soprattutto all'opera di Mauro Cappelletti) che hanno imposto il passaggio dalla nozione astratta ed esangue di diritto soggettivo a quella di garanzia costituzionale dei diritti.

¹⁰ Cfr. G. ALPA, CESL, *Diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in NGCC, 214, II, p. 147; ID., *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Riv. it. per le Scienze Giuridiche*, 2014, numero speciale, p. 77.

¹¹ È la nota tesi proposta da Ronald Dworkin in svariati saggi, di cui v. *Questioni di principio*, (trad. it.) Milano, Il Saggiatore, 1985.

strettamente limitata a quanto è necessario per consentire l'esplicazione degli effetti del valore ritenuto prevalente.

Assodata la possibilità logica di procedere ad un contemperamento tra diritti fondamentali è però il caso di ricordare che seguendo i suggerimenti di importanti correnti di pensiero dottrinali, le corti europee siano inclini a procedere nella loro attività di bilanciamento guidati da criteri di tipo cosiddetto procedurale. Vengono così continuamente invocati i criteri – detti confusoriamente anch'essi principi – di adeguatezza, di proporzionalità, etc., i quali però dovrebbero intervenire dopo che i diritti in conflitto siano stati identificati nei loro contorni sostanziali e non prima, o a prescindere da tale ricostruzione.

Identificare con precisione i diritti fondamentali è operazione intellettuale equivalente a quella di conferire un significato non incerto alle parole che li proclamano e quindi ripropone il tema dei criteri ermeneutici mediante i quali si attua la dazione di senso ai segni linguistici che compongono i testi delle Carte dei Diritti.

La Corte di Giustizia, sia pure in modo non limpidissimo, ha già indicato che alcuni diritti fondamentali pur proclamati nella Carta, come quello di cui all'art. 27, per produrre pienamente i loro effetti, debbono essere precisati mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale ai quali fanno espresso rinvio e prima di allora non sono suscettibili di bilanciamento in prospettiva orizzontale¹², mentre quando la Carta adotta un linguaggio sostanzialmente preciso ciò è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale anche orizzontalmente¹³ e quindi suscettibile di bilanciamento con altri diritti

Per spiegare simili esiti giurisprudenziali non pare utile introdurre scansioni improbabili, come quella tra diritti fondamentali che hanno il rango di principi e quelli che hanno natura di diritti, oppure rifacendosi alla opposizione tra efficacia orizzontale indiretta in cui opererebbero anche principi vaghi ed efficacia orizzontale diretta ai cui fini la determinazione del contenuto del diritto fatto valere rimane essenziale. A me pare infatti che la prospettiva del linguaggio e della sua ermeneutica consenta di impostare la questione in modo più semplice, ovvero ricordando che con il linguaggio noi non possiamo indicare un oggetto senza prima averlo delineato¹⁴; tanto meno possiamo procedere ad un bilanciamento tra diritti

¹² Cfr. Corte di Giustizia UE, 15 gennaio 2014, C-176/12, Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT et alii, § 45.

¹³ Cfr. Corte di Giustizia UE, 19 gennaio 2010, C-555/07, Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG.

¹⁴ Cfr. A. J. AYER, *Linguaggio, verità e logica*, trad. it., Milano Feltrinelli, 1961, p. 109

fondamentali se uno di essi non è chiarito nel suo contenuto sostanziale, non potendosi confrontare diritti indefiniti con diritti definiti e tanto meno due diritti indefiniti tra loro. Da ciò deriva che secondo un itinerario logico il procedimento di dazione di senso ad un testo che proclami i diritti fondamentali precede necessariamente l'operazione di bilanciamento tra i diritti in eventuale conflitto.

Tuttavia la miglior tenuta logica non garantisce che questa sequenza sia rispettata nelle decisioni giurisprudenziali, sicché si deve prendere in esame l'ipotesi che il decisore proceda ad un confronto senza aver definito le posizioni soggettive che confronta¹⁵. In tal caso si deve osservare che l'attività di bilanciamento muta natura perché non si tratta più di bilanciare tra loro diritti, o valori, espressi mediante un linguaggio normativo, ma di bilanciare tra loro posizioni soggettive descritte in tutte le loro valenze che discendono dalla realtà del fatto, e pertanto l'attività di bilanciamento diviene una decisione assunta in stretta aderenza alla fattispecie concreta ed alle sue particolarità, ovvero sia: caso per caso.

Però, quando si procede in questo modo all'interno di un sistema di gerarchia istituzionalizzata tra soggetti investiti del potere decisorio necessariamente accade che prevalga il decisore di ultima istanza il quale per definizione opera il bilanciamento finale e risolutivo. Con l'ulteriore conseguenza di rendere problematica la complessa sistemazione delle fonti dei diritti fondamentali cui la Carta Europea si è dedicata con parecchia acribia nel Titolo VII (artt. 51-53). Infatti la sistemazione multilivello dei diritti fondamentali si parametrizza sulle fonti e sul contenuto dei relativi testi solo se questi sono muniti di conseguenze normative, ma se si adotta la tecnica della decisione caso per caso prevale la gerarchia dei decisori, non quella disegnata nella Carta o nei Trattati, o nelle costituzioni. Del pari, nelle stesse ipotesi, diverrebbe poco fondato il compiaciuto vezzo

(orig., *Language, Truth and Logic*, London, 1946).

¹⁵ Questa possibilità viene trascurata da tutti coloro che ragionano all'interno di un quadro di riferimento rigidamente normativo. Tuttavia questa impostazione trascura il dato storico, assai ben lumeggiato nella letteratura comparatistica, per cui a differenza dei diritti sanciti dai codici i quali si realizzavano solo mediante leggi e regolamenti, quelli sanciti nelle costituzioni e nelle Carte dei diritti, si possono realizzare anche per la via alternativa affidata ad un potere giudiziario indipendente e non vincolato (almeno in alcuni suoi organi) nemmeno dalle leggi. Che, poi, questo percorso alternativo vada incontro ad intense problematiche teoriche ed operative è una conseguenza connessa alla incerta legittimazione dei giudici indipendenti, e quindi esterni al circuito democratico rappresentativo, ad individuare il soggetto destinatario dell'obbligo di condotta, anche negativa, che è necessario tenere per assicurare effettività ai diritti fondamentali. Problematica che non esisterebbe se non fosse vero che ad ogni diritto corrisponde necessariamente un obbligo.

di parlare di dialogo tra corti supreme nazionali e sovranazionali. Ove si spalanchino le porte ad una pura valutazione di bilanciamento tra diritti configgenti da assumersi caso per caso, non vi è spazio per alcun dialogo nel senso proprio del termine, posto che in tale scenario subentra il criterio della completa prevalenza del decisore di ultima istanza; il che vuol dire: la corte sovranazionale chiamata ad intervenire su ricorso individuale dopo l'esaurimento dei rimedi in sede nazionale. Infatti può accadere che ciò che si maschera come dialogo tra corti nazionali e sovranazionali non vada al di là dello scambio istituzionalizzato di informazioni¹⁶; che è pur sempre attività proficua, ma, a rigore, il dialogo è un'altra cosa.

4. *Le categorie ed i lessici delle dottrine giuridiche europee*

L'alternativa al cortocircuito sopra descritto transita per la completa accettazione della complessità dei procedimenti ermeneutici necessari per dare valore giuridico ai diritti fondamentali e per operare, quando è necessario, il bilanciamento tra essi secondo canoni non episodici.

Di tale complesso procedimento in questa sede si possono solo sottolineare alcuni presupposti che esporrò in riferimento a quei diritti individuali o collettivi che tradizionalmente venivano assegnati alla sfera del diritto privato, ma che si trovano arruolati nel catalogo dei diritti fondamentali.

Circa questi ultimi¹⁷, è comune osservazione che i diritti privati abbiano subito a partire dalla seconda metà del XX secolo un ampio processo di reinterpretazione al fine di armonizzarli con la scala di valori consacrata nelle carte costituzionali; ed eguale osservazione è stata svolta rispetto alla Carta dei Diritti fondamentali ed alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo¹⁸. Più in particolare, i valori di eguaglianza, di

¹⁶ Si veda ad esempio il *Memorandum of Understanding signed between the Court of Cassation and the European Court of Human Rights, with the aim of creating regular opportunities for discussion in order to propitiate the interchange of knowledge and to offer elements for the analysis of national and conventional issues regarding matters already examined or still to be examine*, dell'11 dicembre 2015.

¹⁷ Gli esempi più sicuri sono dati dal diritto alla *privacy*, dal diritto di proprietà oltre che dalla famiglia.

¹⁸ Cfr. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE (cur.), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea e il diritto privato*, Roma TrE-Press, 2016, p. 9 ed ivi ampia bibliografia.

non discriminazione, di autonomia della persona hanno indubbiamente contribuito a rimodellare i diritti soggettivi individuali riconosciuti dai sistemi liberali. Meno comune è l'osservazione relativa alle modalità con cui tale reinterpretezione incida sull'individuazione dei diritti fondamentali che tradizionalmente appartengano alla categoria dei diritti privati.

Naturalmente le due prospettive, quella che procede lungo la linea della necessaria reinterpretazione delle figure tradizionali per adeguarle ai valori espressi nella carta dei diritti e quella che procede da una attribuzione ad esse di un senso acquisito tramite la loro storia, debbono essere mantenute convergenti e da ciò discende la complessità del procedimento ermeneutico chiamato a coniugare la tensione assiologica tipica dei valori costituzionali con le categorie ordinanti proprie della tradizione civilistica europea¹⁹.

Circa le categorie ordinanti però occorre essere più precisi.

Al riguardo osservo che il primo ed anche più ovvio effetto dell'inserimento di figure giuridiche tipiche della tradizione civilistica nel catalogo dei diritti fondamentali, consiste nella rinuncia alla categoria ordinante in apparenza più solida e radicata tra quelle che compongono il bagaglio mentale del giurista di *civil law*, ovvero la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato²⁰ ed il suo corollario costituito dalla opposizione tra interesse pubblico e interesse privato. Rinuncia per così dire obbligata perché quando sia utilizzata come criterio di bilanciamento la dicotomia pubblico/privato conduce alla semplicistica conseguenza per cui in caso di conflitto, l'interesse privato risulta recessivo rispetto all'interesse pubblico. Conseguenza non poche volte proclamata, ma assai raramente praticata per via della sua evidente incompatibilità con la esistenza di una garanzia costituzionale dei diritti anche di origine privatistica. Più distesamente è da osservare che i diritti

¹⁹ Non vi è naturalmente un contrasto tra le due prospettive. Alla base della tradizione giuridica occidentale vi è infatti, secondo la felice descrizione di Harold Berman, l'assunto per cui *"The grow of law is thought to have an internal logic; changes are not only adaptations of the old to the new, but are also part of a pattern of changes. The process of development is subject to certain regularities and, at least in hindsight, reflects an inner necessity. It is presupposed in the Western legal tradition that changes do not occur at random but proceed by reiteration of the past to meet present and future needs. The law is not merely ongoing; it has a history"*. V. H.J. BERMAN, *Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard univ. Press, 1983, p. 9.

²⁰ Il superamento di tale distinzione è del resto auspicato dalla dottrina più attenta, cfr. *ex multis*, G. ALPA, CESL, *Diritti fondamentali, principi generali*, op. cit., p. 152; J. BASEDOW, *The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Law Rule – Making*, in 56 *Am. J. of Comp. Law*, 703 (2008); in tema si veda: G.A. BENACCHIO e M. GRAZIADEI, *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, *Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Editoriale Scientifica, 2016

attribuiti ai privati quando pervengono ad essere oggetto di bilanciamento con diritti antagonisti sono già conformati dall'ordinamento giuridico in modo da renderli funzionali, almeno detta dei legislatori, al perseguimento di interessi generali²¹. Ad eguale conclusione si perviene, per vie più brevi anche se indubbiamente più arrischiate, seguendo l'impostazione, oggi dominante in ambienti di *common law* ed adottata anche dalla Corte EDU, per cui la consecuzione tra ottimizzazione dell'interesse individuale e massimizzazione dell'interesse generale è normalmente immediata.

Seguendo entrambi gli approcci si deve quindi concludere che la più abituale delle categorie ordinanti della tradizione di *civil law* è inadatta a gerarchizzare i diritti fondamentali.

Ma una volta assunto che i diritti fondamentali sfuggono alla opposizione pubblico/privato e che quindi tale qualificazione è del tutto irrilevante anche ai fini della loro individuazione ci si può chiedere quali criteri di riconoscimento si debbono impiegare per dare ad essi una fisionomia il più possibile precisa.

Al riguardo si è già osservato che i diritti di origine per così dire privatistica non giungono ad essere accolti nel catalogo dei diritti fondamentali privi di un retroterra storico. Al contrario essi vi pervengono come istituti esistenti. Sicuramente da sviluppare e far evolvere secondo le linee evolutive dominate dalla tensione assiologia di cui si è detto, ma altrettanto sicuramente muniti di un nucleo di senso che li rende riconoscibili. Infatti gli enunciati che leggiamo nei testi costituzionali come nelle Carte dei diritti contengono solo un *nomen juris* attraverso il quale si opera un rinvio alla tradizione giuridica che ha messo a punto i criteri per il loro riconoscimento senza il quale il *nomen juris* rimarrebbe privo di significato. Poiché però essi sono resi riconoscibili attraverso il linguaggio è da chiedersi in che modo il linguaggio è conformato a tal fine.

Se si osserva la tradizione del diritto privato, assunta in questo caso come tradizione sapienziale, mi sembra di poter dire che il linguaggio dei dottori contempla il ricorso a parole che denotano concetti, o categorie, la cui funzione è quella di descrivere le connessioni tra figure ed istituti diversi riconducendole a coerenza; ed ancora, proprio perché tende a connettere figure ed istituti plurimi richiede che ciascuno sia identificato dal linguaggio con una certa precisione grazie a regole di delimitazione di senso e di

²¹ Vale sempre l'osservazione di Salvatore Pugliatti secondo cui "non v'è diritto (soggettivo) che possa concentrarsi unicamente nell'interesse privato, poiché (esso è creazione del diritto obiettivo ed) il diritto (obiettivo) obbedisce fundamentalmente a finalità di interesse pubblico"; V. in *Interesse pubblico ed interesse privato nel diritto di proprietà* (1935), ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954 (rist. 1964).

esclusione di significati che in effetti sono possibili perché prima di assumere una funzione deontica le figure evocate sono oggetti di un linguaggio descrittivo. In termini più distesi si deve osservare che se si può comprendere come i legislatori attuali abbiano sempre crescente necessità di far ricorso ad un lessico che sia soprattutto accattivante, e che quindi premia la espressione di valori; ciò vuol dire che, se non si vuole un sistema disfunzionale che faccia pernio sul puro decidere, occorre che gli altri formanti si facciano carico di trasporre gli enunciati anche costituzionali in figure ed insiemi di figure che conservino i caratteri della giuridicità.

Sottolineare le esigenze di connessione sistematica e quelle di precisione semantica, può ben sembrare una iniziativa fuori tempo. È ben noto infatti come entrambe siano state bersaglio di critiche demolitorie, ma si deve osservare che al di là di ogni valutazione di merito, tali critiche avevano un obiettivo di politica del diritto del tutto coerente – ed anche legittimo in quanto manifestazione di un pensiero critico – perché tendevano a scardinare un ordinamento – quello del diritto privato di stampo codicistico – valutato come ingiusto e quindi da modificare radicalmente. Ma la stessa coerenza non si può rivenire laddove in questione siano diritti fondamentali, posto che demolire o annichilire un diritto fondamentale comporta un orientamento di politica del diritto difficile da giustificare.

In tema di diritti fondamentali è quindi da non dimenticare che quelli appartenenti alla tradizione privatistica, entrano a far parte del catalogo dei diritti, o libertà fondamentali, come istituzioni esistenti perché muniti di retroterra storico, anche se possono evolvere, e quindi con tutto il bagaglio di nozioni e distinzioni che costituiscono il tessuto connettivo dei discorsi che si possono proporre in riferimento al loro riconoscimento nelle carte dei diritti fondamentali. Detto in altri termini: quando la Carta dei diritti fondamentali inserisce nel catalogo dei diritti di libertà, il diritto alla protezione dei dati personali, quello di sposarsi e di costituire una famiglia, o il diritto di proprietà, ciò che entra a far parte dei diritti fondamentali non è tanto la nozione di famiglia, di privacy, o di proprietà, ma il corredo di dottrine generali comuni alle tradizioni giuridiche degli Stati membri che le rendono nozioni operative perché forniscono il vocabolario necessario a poterne discorrere razionalmente. Senza questo ancoraggio al linguaggio comune dei dottori europei l'operazione di dazione di senso ai testi che proclamano i diritti fondamentali è esposta a seri rischi di fallimento, con tutte le conseguenze che si sono appena delineate. A titolo di esempio è agevole osservare come il riconoscimento del diritto di proprietà di cui all'art. 17 della Carta implica che si preservi la distinzione tra la nozione di

bene, quella di possesso e di proprietà.

Le obiezioni che sovente vengono sollevate al riguardo sono che in primo luogo non esiste un linguaggio comune alle dottrine giuridiche europee ed, in secondo luogo, che ciò che il passato ci ha tramandato è incoerente con i valori delle carte costituzionali.

Tuttavia l'osservazione per cui mancherebbe un linguaggio comune delle dottrine giuridiche europee appare smentita dai fatti storici. Reti di comunicazione e di confronto tra giuristi europei abbondano e sono in crescita. È risultato possibile redigere un Common Frame of Reference nella nuova lingua franca, ovvero in lingua inglese, opera che si può criticare per il suo contenuto, ma che di per sé dimostra che un linguaggio comune può esistere. E la stessa dimostrazione si può trarre dai lavori dell'Accademia dei giusprivatisti europei. Sicché può sorgere il dubbio che quando si accenna alla mancanza di un linguaggio giuridico europeo comune si pensi soprattutto al fatto che le definizioni delle principali figure privatistiche accolte dalle diverse dottrine divergono. Ciò è indubbiamente vero e la comparazione giuridica moderna lo ha posto in luce da gran tempo, soprattutto per merito di Rodolfo Sacco; ma le definizioni non sono il linguaggio. E non sono nemmeno il diritto. Ogni volta che si è indagato a fondo su un qualche istituto è emerso un common core²² presente nei sistemi giuridici europei. Del pari, se si evita di fermarsi alle definizioni, ovvero a quelle che un tempo erano considerate le presentazioni concettuali dogmatizzanti dei diversi istituti privatistici è facile avvedersi che le indubbie convergenze che si riscontrano nelle loro traiettorie evolutive non sarebbero nemmeno pensabili se non esistessero nuclei di senso comuni che permettono di confrontarle tra loro ponendole in relazione ai medesimi oggetti del discorso. Sotto altro profilo conviene notare che è proprio la presenza di un significato comune attribuito ad istituti di origine privatistica ciò che rende possibile l'assunzione di alcuni di essi tra i diritti fondamentali. È infatti innegabile che quando un istituto privatistico entra nel novero dei diritti fondamentali il riconoscimento del suo valore è necessariamente riferito a ciò che esso è in un determinato momento storico, alle sue funzioni ed ai risultati pratici che ha ottenuto. Tale riconoscimento può inglobare aspettative attinenti alla sua evoluzione futura, ma difficilmente potrebbe essere attribuito a istituti destinati ad acquistare una propria fisionomia in futuro. Di converso non pare avere fondamento l'assunto che è alla base della seconda obiezione, per cui solo una trasformazione radicale degli istituti esistenti li condurrebbe ad

²² Faccio riferimento alla iniziativa *The Common Core of European Private Law*, promossa da Ugo Mattei e Mauro Bussani che da oltre vent'anni esplora le significative convergenze nei settori del diritto contrattuale, della responsabilità civile, della proprietà e della famiglia.

essere compatibili con i valori consacrati nella Carta dei diritti fondamentali ad iniziare da quello di eguaglianza. Simile assunto infatti equivale ad avanzare la propria candidatura a riscrivere la Carta, mentre difficilmente può essere compatibile con una leale ermeneutica della stessa.

Tutto ciò parrebbe impingere di nuovo nell'ovvio e nel banale se non accadesse spesso che venga pretermesso per essere sostituito da percorsi argomentativi che sembrano assumere le premesse opposte.

5. Il costo dell'oblio: un esempio

Per illustrare che cosa accade quando si pretermette sia il carattere relazionale²³ dei diritti (anche fondamentali) e la necessità di precisione semantica nell'identificazione degli oggetti del discorso, farò riferimento ad un decisione piuttosto recente della Corte EDU in applicazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione. Il tema è pertinente perché la norma applicata fa parte del "blocco di costituzionalità" europeo come è stato riconosciuto nelle ormai storiche sentenze della nostra corte costituzionale del 2007²⁴, e soprattutto perché l'art. 17 della Carta dovrebbe essere interpretato alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte EDU in applicazione dell'art. 1 Protocollo 1, come dispone il comma 3° dell'art. 52 della Carta stessa.

Dirò subito che la decisione che citerò non merita di essere condivisa da alcuno e che me ne servo appunto come esempio a contrario.

²³ Giova precisare, perché attinente all'esempio che si sta per proporre, che il carattere relazionale di alcuni diritti, e segnatamente dei diritti reali, in primis: il diritto di proprietà, è stato negato da alcune influenti dottrine, procedendo però da un diverso punto di vista. In sintesi, se si assume che il diritto reale investe immediatamente la cosa, poiché il titolare è posto dall'ordinamento in condizione di farla da sé servire al suo interesse (cfr. ad es. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., rist. Napoli, 2002, p. 80), si può costruire il concetto di un diritto che prescinde da quello di rapporto giuridico in senso proprio. Tuttavia al riguardo occorre osservare che ciò è possibile solo svalutando alquanto l'obbligo di comportamento astensivo imposto dall'ordinamento ai non titolari del diritto (questa sembra essere l'obiezione pregnante sollevata da L. CARRARO nello scritto rimasto inedito e pubblicato di recente in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 2 con il titolo "*Frammento inedito di Dottrine generali*") ed appiattendo in modo assai discutibile la struttura dei diritti di proprietà sulla sola facoltà di godimento. Basta quindi integrare tale struttura considerando l'essenzialità degli strumenti di tutela e dei meccanismi circolatori per ritrovare appieno il carattere relazionale dei diritti di proprietà.

²⁴ Corte Cost., sentenza no. 348 del 24.10.2007, in *Foro it.*, 2008, I, 40; sentenza n. 349 del 24.10.2007, in *Foro it.*, 2008, I, 39.

Ovviamente va ricordato che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è condizionata dal suo assetto istituzionale che la vede garante delle posizioni soggettive che i singoli hanno diritto di veder tutelate nei confronti degli Stati di cui sono cittadini o ospiti, ottenendo come rimedio della loro violazione una condanna risarcitoria nei confronti dello Stato violatore e che in tale impostazione verticale più facilmente si smarrisce la valenza relazionale che è tipica degli istituti del diritto privato, ma ciò a mio avviso integra un inizio di spiegazione dell'accaduto, ma non una giustificazione.

Il caso cui faccio riferimento è *Valle Pierimpiè c. Italia*²⁵, ed il caso era il seguente. Una società che occupava una valle da pesca nella laguna di Venezia, riceve varie intimazioni da parte dell'Intendenza di finanza di lasciare la valle da essa occupata in quanto quest'ultima appartiene al demanio pubblico e la società non ha mai ottenuto una regolare concessione; intimazioni che nella sostanza sono esercizio di rimedi recuperatori in forma di autotutela amministrativa. La società non rilascia la valle e cita i ministeri interessati dinanzi al tribunale di Venezia per far dichiarare giudizialmente la sua qualità di proprietaria della valle. La domanda è rigettata in primo ed in secondo grado, perché i giudici di merito accertano che quella valle per le sue caratteristiche fisiche appartiene al demanio marittimo. Il ricorso per cassazione viene assegnato alle sezioni unite, le quali decidono, conformemente ai propri precedenti, che il bene è ontologicamente demaniale, ed anzi, alla luce dell'art. 9 cost., deve essere considerato «comune» - vale a dire strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini -, sicché la appartenenza del bene in questione allo Stato si collega all'obbligo, per quest'ultimo di destinarlo in maniera effettiva ad un uso pubblico per realizzare i valori iscritti nella Costituzione. Nel proprio ricorso alla corte di Strasburgo, che in realtà ha il contenuto di un appello pieno, la ricorrente lamenta di essere stata privata senza alcun indennizzo della valle da pesca che utilizzava, in base all'assunto che quella specifica valle da pesca non aveva le caratteristiche fisiche per essere considerata bene demaniale essendo completamente arginata e che il suo possesso, invero protrattosi assai a lungo, è comunque una posizione giuridica proteggibile ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 1 della CEDU.

Quest'ultimo argomento ha convinto la Corte EDU, la quale ha affrontato il problema alla luce della propria consolidata giurisprudenza secondo cui la nozione di «beni» evocata nella prima parte dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 ha una portata autonoma ed è indipendente dalle qualificazioni formali del diritto interno. Pertanto tutti i diritti ed interessi

²⁵ Corte EDU, Soc. agr. Valle Pierimpiè c. Gov. Italia, 23.12. 2014, n. 46154/11,

che costituiscono degli attivi possono essere considerati «diritti patrimoniali» e dunque «beni» ai fini di questa disposizione. Anzi, la nozione di beni può ricomprendere sia beni attuali che valori patrimoniali, compresi i crediti, in virtù dei quali il ricorrente può pretendere di avere almeno un'«aspettativa legittima» di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà. Pertanto nel caso specifico la corte ha ritenuto che il prolungato possesso della valle e la registrazione di atti di trasferimento ad essa relativi, nonché il regolare pagamento delle tasse dimostravano che nel caso di specie la ricorrente era titolare di un interesse proteggibile ai sensi dell'art. 1, P.1.

Sennonché questo riconoscimento non era sufficiente a risolvere il caso che tradotto in normali categorie civilistiche si presentava come un banale conflitto tra possesso e proprietà (pubblica) di uno stesso bene. Naturalmente la Corte EDU, memore delle discussioni che hanno accompagnato l'adozione degli art. 2226 e 2227 code Nap., avrebbe potuto scrutinare se in relazione ad un bene di incerta qualificazione la regola che sottrae all'acquisto per usucapione i beni demaniali integri un corretto bilanciamento tra l'interesse demaniale e quello del possessore dilungo periodo. Ma la Corte non segue questo approccio, piuttosto, dopo aver dato atto che la pretesa del possessore a considerare suoi i beni posseduti trova albergo nella ampia nozione di appartenenze protette dall'art. 1, P.1, riqualifica detta posizione come "proprietà" e si pone il quesito se lo Stato poteva sottrarla alla società ricorrente. Bizzarramente la Corte EDU risponde, allineandosi con i giudici italiani, che quel bacino d'acqua era idoneo ad usi pubblici (o meglio comuni) e quindi la sua inclusione nel demanio marittimo era giustificata e non arbitraria, ma poiché è partita dall'assunto che la posizione possessoria possa essere considerata come un diritto di proprietà, trasforma quella che era una pretesa restitutoria svolta dal Demanio in un provvedimento espropriativo e conclude che pur essendo legittimo perché collegato con il perseguimento di scopi pubblici evidenti, tuttavia la mancanza di ogni indennizzo rende sproporzionata l'incisione della posizione del soggetto privato. E da ciò consegue la condanna dell'Italia.

La Corte EDU non è nuova a simile confusione tra provvedimenti restitutori ed ablativi²⁶ perché ritiene di dover valutare unicamente se lo Stato convenuto ha sufficientemente protetto una aspettativa legittima del ricorrente, valutazione che come sostanzialmente si ammette nella decisione citata nella parte in cui la Corte EDU ripercorre la propria giurisprudenza

²⁶ Cfr. Corte EDU, Depalle c. France 29.3. 2010, n. 34044/02; Bölükbaş et autres c. Turquie, 9.2. 2010, n. 29799/02, Köktepe c. Turquie, 22.7.2008, n. 35785/03; Hamer c. Belgique, 27.11.2007, n. 21861/03.

pertinente²⁷, è stata data in riferimento alla particolarità specifiche di ciascuna situazione, ovvero: caso per caso.

Ma il punto è che a fronte di configgenti pretese “proprietarie”: quella del possessore che aspira a divenire proprietario e quella del Demanio che aspira a rientrare in possesso di un bene che ritiene suo, non ha senso esigere che lo Stato membro tuteli entrambe. Ciò che si può esigere è che il diritto dello Stato proceda a risolvere il conflitto secondo criteri di legalità e di proporzionalità, portando quindi la valutazione sul sistema normativo concretamente applicato e non sulla singola situazione fattuale. In realtà la Corte EDU non fa ricorso a criteri di graduazione e bilanciamento degli interessi in conflitto perché parte da un presupposto che non li consente logicamente. Il falso presupposto è l’idea che possa esservi un diritto classificato tra quelli fondamentali – nel caso, quello di proprietà – che anziché essere definito con una qualche precisione descrittiva è costituito da una amalgama indistinta tratta dai concetti di bene, possesso, aspettativa. Ora una simile vaga posizione giuridica non è confrontabile con posizioni giuridiche definite, ma essendo una posizione di appartenenza e quindi munita del carattere della esclusività finisce con l’annichilire la posizione antagonista senza alcun bilanciamento.

Da qui le regole piuttosto assurde che si possono logicamente trarre dalla sentenza esaminata.

Generalizzando il percorso argomentativo seguito dalla Corte EDU si dovrebbe sostenere che corrisponde al principio generale di tutela dei diritti fondamentali la soluzione per cui quando il proprietario agisce in rivendica contro un usurpatore, deve indennizzare quest’ultimo in caso di esito vittorioso della lite. Soluzione che formulata in termini generali²⁸ comporta una pesante incisione dei diritti di proprietà (nel caso specifico della proprietà pubblica). Sicché qui si contempla il classico caso di eterogenesi dei fini per cui perseguendo la dichiarata finalità di fortificare la tutela costituzionale del diritto di proprietà si approda alla negazione del suo effetto principale.

Simile esito catastrofico non deriva solo dalla violazione del principio di non contraddizione, violazione che nel testo della sentenza citata viene consumato più volte, ma dal peccato originale consistente nel non aver corretto per via interpretativa l’imprecisione del testo di partenza.

²⁷ Cfr. Corte EDU, Soc. agr. Valle Pierimpiè c. Gov. Italia, cit., §§ 40-43.

²⁸ In realtà esistono circostanze in cui criteri di bilanciamento razionale tra posizioni di appartenenza in conflitto possono prevedere il cumulo di una property rule e di una liability rule con la conseguenza che la parte che ottiene il diritto di proprietà debba indennizzare quella che ne viene privata, ma la Corte non argomenta affatto in tal senso.

È noto infatti che l'art. P1-1 della Convenzione, intitolato “*Protection de la propriété*” e “*Protection of property*”, sia stato fraseggiato in modo anomalo²⁹ rispetto alle tradizioni costituzionali occidentali, infatti prevede che: «*Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international*». «*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law*».

Qualunque sia stata la ragione di simile fraseggio³⁰, l'intenzione era tuttavia chiara: si trattava di proteggere le posizioni di appartenenza proprietaria contro le confische arbitrarie, allo stesso modo con cui esse sono protette dalla varie *taking clauses* normalmente inserite in tutte le costituzioni moderne non socialiste. Pertanto nulla giustifica che le *droit de propriété* di cui parla il titolo dell'art. 1.P1 sia traducibile in una nozione che, come si legge nel testo della sentenza citata ed in moltissime altre, “*peut recouvrir tant des «biens actuels» que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une «espérance légitime» d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété*”³¹. Perché in tal modo in caso di conflitti tra pretesi proprietari si rischia di far prevalere una situazione di mera detenzione sine titolo su una posizione proprietaria e quindi si nega la proprietà come istituzione giuridica.

Non consola il fatto che la Corte EDU limiti tale negazione alla proprietà pubblica perché se è vero che in prospettiva verticale la proprietà pubblica è meno bisognevole di tutela contro i pubblici poteri di quanto

²⁹ Come si legge nei lavori preparatori: “*The right to own property [droit de propriété nella versione francese] is expressly not mentioned, in order to avoid elaborate questions, especially theoretical disquisitions on the nature and extent of this right, but there is clearly established, in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, drawn up by U.N. (Article 17), the fundamental principle that any person, natural or corporate, has the right to respect for his goods and chattels [biens nella versione francese], which may not be the object of arbitrary confiscation*”. In realtà i redattori del testo vollero trarsi di impiccio a fronte delle divergenti ricostruzioni teoriche del diritto di proprietà senza accorgersi che ai fini della nozione di proprietà costituzionale simili questioni non hanno effettiva rilevanza, mentre la formulazione da essi escogitata rendeva possibile una proprietà senza radici storiche.

³⁰ Tuttavia il testo prosegue prevedendo che: “*The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties*”.

³¹ Questo fraseggio è ormai standardizzato nelle sentenze della Corte EDU in tema di applicazione dell'art. 1, P1 che sono ovviamente numerosissime.

sia la proprietà privata, non è men vero che in prospettiva orizzontale la proprietà come posizione di appartenenza è una istituzione protetta indipendentemente dalle caratteristiche soggettive del suo titolare che può essere una persona fisica, una persona giuridica un gruppo non personificato o un ente pubblico.

Due rapide conclusioni.

La prima è che in questi casi dovrebbero operare la teoria dei contro limiti, posto che nella costituzione italiana la proprietà è espressamente definita come “pubblica o privata” e quindi non si può tollerare l’annichilimento della proprietà pubblica cui del resto si riconnette la tutela di plurimi valori costituzionalmente sanciti, dal paesaggio ai beni culturali.

La seconda, più rilevante, è che difficilmente si può ambire a costruire un duraturo sistema di relazioni sociali basato sui diritti fondamentali se si adotta un linguaggio impreciso e, soprattutto, immemore delle categorie ordinanti della tradizione giuridica europea, il cui unico fine sembra essere quello di esaltare il potere arbitrario dei decisori.

Mario Libertini

*Qualche riflessione sull'efficacia orizzontale in diritto privato
delle norme sui diritti fondamentali dei trattati europei*

SOMMARIO: 1. La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato – 2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia – 3. L'apertura dell'ordinamento interno al diritto europeo 4 Diritti, principi e clausole generali – 5. Il problema dell'efficacia diretta nella prospettiva normativistica – 6. Considerazioni conclusive.

1. La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato

Vorrei muovere da una ricostruzione elementare del diritto vigente, fondata sulla ricognizione dei testi normativi, per poi passare a qualche osservazione di ordine più generale sulla tematica degli effetti “orizzontali”, che, in una cultura giuridica avanzata, dovrebbe essere, credo, in gran parte superata, mentre ancora è circondata da molte difficoltà.

Per parlare del diritto vigente, e dovendo concentrare l'attenzione – per coerenza al tema del convegno – sugli effetti di diritto privato che possono trarsi dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, prima di entrare nel tema vorrei fare una premessa. Questa carta è, a mio avviso, un bellissimo documento legislativo e merita adesione sul piano dei giudizi di valore. I contenuti della Carta medesima e, in larga misura, l'elenco dei diritti in essa contenuto, sono più esaustivi e più avanzati di ciò che possiamo trovare in altri documenti, perfino nella nostra Carta costituzionale.

Permane però qualche differenza, e c'è almeno una eccezione, con un potenziale problema di “controlimiti”, che può essere individuata (se ne parlerà negli altri contributi e io vi accenno soltanto). Nella Carta dei diritti fondamentali ci sono numerose norme a tutela dei lavoratori (artt. 27-34), ma non c'è una norma esattamente paragonabile all'articolo 36, comma 1, della nostra Costituzione (diritto alla giusta retribuzione). Sotto questo profilo può nascere un contrasto tra la tutela dell'articolo 36 (che la nostra giurisprudenza ha sempre ritenuto “diretta”) e lo stato del diritto europeo, sia quello scritto,

sia quello “vivente” negli enunciati della giurisprudenza europea.

La sentenza *Rüffert* (Corte Giust. C-346/06) afferma chiaramente la prevalenza del principio della concorrenza fra ordinamenti, caro ad Andrea Zoppini, sul diritto alla retribuzione minima del lavoratore. Secondo la Corte, se si impedisse agli Stati di farsi concorrenza tra loro con diverse politiche del lavoro, sarebbe violato un principio fondamentale, ritenuto prevalente sul diritto alla retribuzione minima del lavoratore. Questo è l'orientamento della Corte di giustizia, e ciò pone sicuramente un problema che, proprio sul piano dei giudizi di valore, è tuttora aperto, e si ripresenta nella più ampia tematica dei possibili conflitti fra diritti sociali e libertà economiche dei trattati europei.

Sul punto non voglio ulteriormente soffermarmi, anche perché sarà oggetto di trattazioni più approfondite più avanti.

Una volta chiarito che non vi è una situazione di coerenza piena e idilliaca fra le diverse carte dei diritti, vorrei ribadire, però, l'assunto di adesione tendenzialmente piena, sul piano dei giudizi di valore, al contenuto della Carta di Nizza (chiamiamola così), con il conseguente invito a “prenderne sul serio” le norme.

Cercherò dunque di soffermarmi, in questa prospettiva, sul valore giuridico che, negli ordinamenti degli Stati membri, e in particolare nel loro diritto privato, hanno queste norme.

Le indicazioni che ci danno i trattati, se guardiamo ai meri dati testuali, sono alquanto ambigue.

Leggendo l'articolo 2 del trattato dell'Unione Europea troviamo una dichiarazione solenne: *“I valori a cui si ispira il diritto dell'Unione sono valori comuni ai singoli Stati”*. È un'indicazione che sta nell'*incipit* dell'insieme delle norme e dei trattati, ed è un'indicazione normativa forte, nel senso dell'unità, pur nella diversità di funzioni, del diritto europeo e del diritto degli Stati membri. In questa dichiarazione possiamo leggere l'espressione di un costituzionalismo multilivello, che dovrebbe essere coordinato in un quadro costituzionale comune a tutti gli Stati membri dell'Unione.

Se guardiamo invece alle norme della Carta dei diritti fondamentali, e in particolare alle norme di chiusura, vediamo un quadro molto più tradizionalista e molto diverso.

Leggendo l'articolo 51, intanto, troviamo enunciata una distinzione fra “diritti” e “principi”. In altri termini, la Carta comprende “diritti” che devono essere rispettati e “principi” che devono essere osservati, ma essa si rivolge – è detto testualmente – a istituzioni, organi e organismi dell'Unione, non si rivolge direttamente ai singoli Stati. Però poi, leggendo l'articolo 52,

troviamo una ulteriore ambiguità: al comma 5 dell'articolo 52 della Carta la distinzione tra diritti e principi viene riutilizzata, nel senso che le norme che contengono "principi" possono essere attuate, con atti normativi di attuazione a valle, sia dall'Unione sia dai singoli Stati, ma non possono essere direttamente invocate davanti ad un giudice nazionale dal privato (possono essere invece "*invocate dinanzi a un giudice solo al fine del controllo di legalità*" dei provvedimenti attuativi, europei o nazionali; in altri termini, stando al dato testuale, non possono essere invocate al fine del "controllo di legalità" su atti privati).

È un'indicazione netta, nel senso della non efficacia diretta, ma il dato testuale è significativo anche perché si riferisce non ad ambedue le categorie di norme di cui si parla all'articolo 51 (cioè quelle che contengono i "diritti" e quelle che contengono i "principi"), ma solo alle norme che contengono "principi".

Quindi, in maniera ambigua, sulle norme che "contengono diritti" – continuo ad usare questa espressione un po' strana ("contengono"), che però è nel testo ufficiale – non abbiamo un'indicazione altrettanto netta in senso contrario alla *Drittwirkung*, come quella che testualmente è sancita dalle norme che contengono principi.

2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia

A questo punto bisognerebbe chiarire la differenza (ci torneremo dopo) fra queste due categorie di norme. Fatto sta però che, su questa base, abbiamo, come è sempre accaduto e come continua ad accadere, un lavoro interpretativo della Corte di giustizia, che in qualche modo è fonte anch'essa di diritto per gli Stati membri e che ha portato, mi sembra, ad una soluzione che non può dirsi definitiva, ma che comunque è molto interessante, e che cercherò di riassumere.

Tale soluzione si trova sancita nella sentenza *Association de médiation sociale* del gennaio 2014 (C-176/12). Una sentenza che riprende tutta un'elaborazione precedente e che mi sembra dia alcune indicazioni nette su questa materia, per ciò che riguarda sempre una prospettiva di diritto europeo e di suo trasferimento nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri.

La prima indicazione che ci dà la Corte di giustizia va nel senso che ci possono essere diritti fondati su fonti europee che sono di applicazione diretta nell'ambito degli Stati membri. Ciò accade quando esista una normativa dettagliata di specificazione del contenuto di questi diritti.

L'interpretazione di questa indicazione della giurisprudenza europea non è sempre facile, perché, sulla tematica dell'efficacia diretta delle norme che pongono i diritti, interferiscono due varianti, che complicano un po' il ragionamento:

- la prima è costituita dalla presenza o meno di direttive di concretizzazione della norma a monte, dettata dalla Carta, che pone a livello di indicazione generale il principio del diritto;

- la seconda è costituita dal problema dei rimedi: la Corte incentra la sua attenzione soltanto sulla possibilità di disapplicazione della norma interna, a seguito della quale si ha la possibilità di una tutela nell'ambito del diritto dello Stato membro, ma limitata al diritto al risarcimento del privato nei confronti dello Stato membro inadempiente (secondo la giurisprudenza *Francovich*).

Questa seconda indicazione non esclude tuttavia, sul piano logico (anche se la Corte di Giustizia non se ne occupa), che ci possano essere altre soluzioni, che attribuiscono qualche ulteriore efficacia nel diritto interno alla norma europea. Può darsi, infatti, che, a seguito della disapplicazione della norma interna contrastante, possa invocarsi un'interpretazione filocomunitaria di una diversa norma interna (di dettaglio o di principio), a cui possa seguire un rimedio specifico nei rapporti interprivati.

Ad ogni modo, la Corte di giustizia afferma che in certi casi abbiamo norme europee così dettagliate che, in base al principio del primato del diritto comunitario, si impone la prevalenza del diritto sancito dalla norma comunitaria sulla norma interna.

Il caso specifico, che viene richiamato nella sentenza, è quello di una norma che comportava una discriminazione nei diritti del lavoratore subordinato, fondata sull'età del lavoratore medesimo. Qui le norme europee sono sufficientemente dettagliate da comportare la disapplicazione della norma interna con esse incompatibile.

Nel caso *Association de médiation sociale* si trattava invece di diritti di contenuto più complesso (cioè i diritti alla informazione e alla rappresentanza dei lavoratori all'interno dell'azienda), che non presentavano, ad avviso della Corte, un sufficiente grado di contrasto tra una norma europea definita in dettaglio e la norma interna, tale da consentire una disapplicazione di quest'ultima; per cui si doveva passare eventualmente a rilevare in altro modo questo contrasto.

Considerati i testi normativi che la giurisprudenza europea si trova ad applicare, e che sono molto "frenati" – come si è visto – sul terreno della possibile *Drittwirkung* (gli articoli 51 e 52 chiaramente nascono da una resistenza degli Stati membri ad un'applicazione diretta delle norme

di principio, ritenuta potenzialmente sconvolgente), credo che si debba considerare, tutto sommato, con atteggiamento positivo lo sforzo di razionalizzazione del sistema, che la Corte di giustizia ha compiuto.

Si deve però subito aggiungere che lo “stato dell’arte”, che vede affermata come conseguenza della lesione di un diritto fondamentale immediatamente applicabile solo la massima *Franovich* (se lo Stato non si è adeguato al rispetto dei diritti fondamentali, chi è stato leso si rivolge al suo Stato e ottiene il risarcimento), è insoddisfacente (nel senso di necessaria ma non sufficiente) e suscettibile di precisazioni.

In sostanza, la giurisprudenza europea ci indica – a mio avviso – solo un modello normativo di base, atto ad attribuire una tutela minima ai soggetti che vedano lesi diritti fondamentali sanciti da norme sufficientemente determinate.

Ciò non esclude che questa tutela minima possa essere rafforzata in vario modo.

Anzitutto, sul piano interpretativo: all’interpretazione delle norme della Carta dev’essere applicato quel criterio “*magis ut valeat*”, che, nell’esperienza giuridica italiana ha costituito – soprattutto dietro l’insegnamento di Crisafulli – passaggio fondamentale sulla via della valorizzazione delle norme costituzionali. Ciò vale sia a risolvere in senso positivo i dubbi sull’attitudine autoapplicativa di norme che pongono diritti, sia a valorizzare il valore di principio che deve pur sempre attribuirsi alle norme che non raggiungono tale livello di determinatezza.

In secondo luogo si deve considerare che la giurisprudenza europea, nel porre limiti all’efficacia diretta “orizzontale” delle norme europee nei rapporti interprivati, non pone limiti e divieti all’efficacia indiretta che le stesse norme possono acquisire, sulla base di strumenti e rimedi previsti nel diritto interno degli Stati membri.

Ciò significa che, al di là della possibilità di disapplicazione di eventuali norme nazionali contrastanti, non si deve pensare affatto che, per il resto, vi sia irrilevanza delle norme che pongono diritti fondamentali.

Viceversa, la rilevanza di diritto interno può aversi anzitutto con la valorizzazione delle norme della Carta come criteri interpretativi vincolanti, nella misura in cui il diritto interno consenta interpretazioni diverse di dati testuali normativi in esso presenti. Ma anche negli spazi di discrezionalità che le norme interne attribuiscono ai giudici, quando dettano clausole generali, i criteri di valore ricavabili dalle norme sulla Carta dovrebbero essere valorizzati come indicazioni giuridiche vincolanti.

Solo quando tutto ciò non è possibile (e fatta salva la possibilità che in Italia ci potrebbe essere di un giudizio di costituzionalità interno della

norma contrastante i diritti fondamentali), dovrebbe valere l'indicazione residuale che dà la Corte di giustizia, cioè quella del diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato membro.

Un secondo, e in certo senso più grave, limite all'efficacia delle norme della Carta dei diritti fondamentali, deriva dalla giurisprudenza consolidata (basata sul già richiamato art. 51, comma 6 della Carta stessa) secondo cui *“le disposizioni della Carta si rivolgono agli Stati membri esclusivamente qualora essi attuino il diritto dell'Unione”*, sicché *“i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione sono destinati ad essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non possono trovare applicazione fuori di siffatte situazioni”* (così, da ultimo, la sentenza *Pelckmans*, C-483/12, del maggio 2014). A questa posizione la nostra Corte costituzionale si è uniformata con la sentenza numero 80 del marzo 2011 (concernente alcune norme procedimentali della legislazione antimafia).

Questa posizione richiederebbe un'attenta analisi interna: l'estraneità al diritto dell'Unione dev'essere intesa “per settore”, cioè per intere materie (nel qual caso rimarrebbero pochi settori totalmente estranei al diritto dell'Unione), o dev'essere intesa “per fattispecie”, con il risultato che le norme europee sui diritti fondamentali non potrebbero mai incidere su norme interne che tocchino aspetti non disciplinati da una norma europea di attuazione dei diritti? Credo che debba essere affermata senz'altro la prima soluzione, con un risultato di grande ampliamento della portata applicativa delle norme della Carta. Ma credo anche che sia possibile un ulteriore passaggio interpretativo.

A mio avviso, l'art. 51, comma 6, della Carta, e la giurisprudenza consolidata che su di esso si è formata, devono intendersi soprattutto come norme delimitative della giurisdizione della Corte di Giustizia (nella citata sentenza *Pelckmans* si legge, infatti: *“ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza”*).

Ciò non significa però che, al di fuori della giurisdizione della Corte di Giustizia, le norme sui diritti fondamentali divengano indifferenti, e i diritti fondamentali stessi possano essere impunemente violati dagli Stati membri.

La “comunanza di valori”, di cui all'art. 2 T.U.E., e il principio di “leale cooperazione” fra Unione e Stati membri, di cui all'art. 4 T.U.E., impongono agli Stati membri un dovere generale di coerenza con la Carta dei diritti che hanno sottoscritto. Sul piano processuale, non ci potranno essere, nelle materie estranee al diritto dell'Unione, decisioni dei giudici

europei e relative sanzioni. Ma il diritto interno, sostanziale e processuale, può ben fare la sua parte nel perseguire quell'obiettivo di coerenza.

3. *L'apertura dell'ordinamento interno al diritto europeo*

In particolare, nell'ordinamento italiano una maggiore apertura dovrebbe ammettersi, a mio avviso (e la nostra Corte costituzionale, su questo profilo, forse un po' di coraggio in più potrebbe averlo).

Noi viviamo in un ordinamento in cui, in primo luogo, l'articolo 2 della Costituzione è stato interpretato, da lungo tempo, nel senso che esso non pone un elenco chiuso, cioè un numero chiuso di diritti inviolabili della persona, bensì un elenco che può essere integrato tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento.

Quale migliore occasione può venire dalla quantità di contenuti, di indicazioni di valore importanti, che ci vengono dalla Carta di Nizza, per considerare integrato, su tanti aspetti, questo elenco?

In secondo luogo, noi abbiamo le indicazioni che ci vengono dalla tradizione storica dell'articolo 11.

In terzo luogo (e forse soprattutto) abbiamo le indicazioni sui “*vincoli del diritto comunitario e del diritto internazionale*”, contenute nell'articolo 117, nuova formulazione, della nostra Costituzione che, come qualsiasi testo normativo, possono essere intesi in senso più o meno ampio e pregnante. Non vedo perché questi “*vincoli*” non debbano essere intesi in senso forte, come espressione di una scelta dell'ordinamento italiano volta ad anticipare, sul piano dell'equilibrio complessivo di interessi e di valori tutelati dall'ordinamento, una *vis expansiva* delle norme della Carta dei diritti fondamentali, che la Carta stessa, di per sé, non è riuscita a realizzare.

Questo ragionamento potrebbe farsi anche per altre carte dei diritti, a cui lo Stato italiano ha prestato adesione, come la Carta dei diritti del fanciullo e via discorrendo.

Tuttavia, la ritrosia a riconoscere un'efficacia più ampia dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti interpretati comunque continua ad esprimersi in vario modo, ed ha radici antiche¹.

¹ Nella amplissima letteratura in argomento, una trattazione approfondita (con conclusioni “prudenti”, ma equilibrate) può leggersi, da ultimo, in G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti della loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Giuffrè, Milano, 2017, 49 ss. Per una impostazione più vicina a

Su queste radici vorrei tentare di soffermarmi. Spero perciò che mi sia consentito di aprire un'ampia parentesi e di tornare molto indietro, cercando di ricollocare, nel quadro delle idee fondamentali su cui la nostra cultura giuridica si è sviluppata, questa problematica, allargando un po' l'orizzonte e spostandoci lontano da un terreno di limitato esame del diritto vigente.

4. *Diritti, principi e clausole generali*

Credo che la prima considerazione da fare sia questa: nelle concezioni più antiche, che costituiscono gli archetipi della nostra visione del diritto in generale, non c'era spazio per i principi, né per i diritti fondamentali. Nelle "civiltà del libro", a cui noi apparteniamo, quello che noi oggi chiamiamo "diritto" è costituito da una serie di comandi provenienti da un potere comunque insindacabile (all'origine divino, ma questa è divenuta, storicamente, una variabile secondaria). Il diritto appare dunque come un sistema di comandi, e come tali questi comandi devono essere interpretati. Abbiamo grandi tradizioni di interpretazione evolutiva della volontà dell'autorità (il diritto talmudico, per esempio), ma in questa prospettiva, ovviamente, non ci sono "principi" e non ci sono "diritti fondamentali", ma solo comandi, di contenuto più o meno ampio.

Alle radici della nostra cultura giuridica sta, dunque, certo una concezione normativistica, ma propria di un normativismo antico, in cui la "norma" si identifica con il "comando" dell'autorità.

La tradizione romanistica, a cui noi apparteniamo, ha arricchito l'orizzonte concettuale del giurista di altre entità e di altri protagonisti, che non sono solo i comandi (che diventano "precetti" in un ordinamento laico in cui non c'è più un potere supremo personificato, come accade invece nella Bibbia e nel Corano, ma ci sono i *mores maiorum* ed altre "fonti", che dettano pur sempre norme di condotta).

In questo universo di norme di condotta sono stati così progressivamente introdotti altri "personaggi". Storicamente i primi fra questi, che si affermano già nella cultura romanistica, sono i "concetti" giuridici, che traducono in termini ontologici insiemi di norme (p.e. *essentialia*, *naturalia*, *accidentalialia negotii*, ecc.ecc.). Così un universo di norme di comportamento è tradotto

quanto si cerca di argomentare nel testo v. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e Mercato*, 2017, 15 ss.; e C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv.dir.civ.*, 2017, 1130 ss.

in un insieme di entità considerate oggettivamente presenti nella realtà (le principali di esse saranno poi chiamate "istituti"), e tendenzialmente condizionanti l'intero ragionamento dei giuristi di professione.

Un altro "personaggio", che a un certo punto della storia, diviene protagonista dei ragionamenti dei giuristi, è costituito dai "diritti soggettivi", intesi originariamente nel senso restrittivo di diritti "titolati" (quindi dominio, con relativo *ius excludendi*; oppure credito o pretesa) e dai "rapporti giuridici" che si costruiscono tra il titolare del diritto e il, o i titolari di situazioni giuridiche passive corrispondenti.

Questo è l'universo ideale in cui si sono formate generazioni di giuristi, si è formata la grande cultura giuridica europea: un universo fatto di comandi, di concetti, di diritti soggettivi titolati. Un universo che non comprende ancora le figure di cui si è prima parlato, e che oggi popolano i nostri ragionamenti e i nostri problemi, quali i principi giuridici e i diritti fondamentali.

In un universo di questo tipo, sia i principi sia i "diritti fondamentali" (concettualmente ben differenti, com'è noto, dai "diritti soggettivi titolati") sono entità estranee.

Da qui il ragionamento sui principi giuridici che si è fatto per lungo tempo (e che oggi dovrebbe essere praticamente dimenticato, ma temo che continui ancora a serpeggiare in molti ragionamenti di sedicente carattere teorico-generale, che continuano a farsi sul tema): un ragionamento che vede(va) i principi come espressione di auspici morali o di pura politica, o come meri riassunti, con valore residuale, di una serie di norme particolari, ma nulla più di questo.

L'attribuzione di valore giuridico vero e proprio ai "principi" e ai "diritti fondamentali" poteva avvenire solo nella prospettiva del normativismo moderno, a sua volta storicamente dipendente dalla rivoluzione statalistica del diritto.

Se mi è consentito continuare a svolgere, a volo d'uccello, questa riflessione sull'evoluzione della nostra cultura giuridica, direi che, ad un certo punto della storia, matura l'unica grande rivoluzione qualificabile – a mio avviso – come "copernicana", nella storia del diritto occidentale, cioè quella costituita dalla costruzione politica della sovranità statale e dall'idea della statualità del diritto e del primato della legge.

In questa prospettiva, il riconoscimento del diritto come espressione della volontà dello Stato comporta la rivalutazione del normativismo in generale.

Nel quadro concettuale che lo *ius commune* si era andato costruendo nei secoli, ed era culminato nella Pandettistica, la norma aveva perduto importanza di fronte all' "istituto" e al "rapporto giuridico". La norma, in

un certo momento della nostra cultura giuridica, era diventata addirittura una sorta di epifenomeno dei dati ontologici su cui veniva costruita l'idea complessiva del diritto. La norma doveva essere "spiegata" alla luce di una realtà ontologica profonda del diritto e doveva essere interpretata alla luce della "natura giuridica" dell'istituto di riferimento.

In una concezione statalistica del diritto, si ripropone invece come essenziale la concezione del diritto come insieme di norme, poste stavolta da questa entità che è lo Stato. Non è più un Dio lontano, non sono più i *mores maiorum*, ma comunque una autorità considerata, per qualche tempo, insindacabile.

Ma poi, nel corso del tempo, il potere statale viene ad essere considerato come espressione di un potere a sua volta regolato da norme e sindacabile.

Questo quadro, proprio del costituzionalismo moderno, dovrebbe essere oggi – anche se così non è sempre – il quadro ideale di riferimento di tutti i ragionamenti giuridici.

Il normativismo statalistico giuspositivista costituisce la base teorica su cui si fondano la grande costruzione a gradi e l'articolazione della teoria della norma giuridica, costruite dalla dottrina giuridica nell'ultimo secolo (Kelsen, ovviamente, in primo luogo).

Il normativismo giuspositivistico porta con sé un secondo mutamento di paradigmi: non solo considerare l'ordinamento come qualcosa che può concepirsi solo se collegato ad una realtà istituzionale concretamente esistente, ma anche considerare l'ordinamento come un insieme di norme aventi varie caratteristiche e varie posizioni gerarchiche all'interno dell'ordinamento stesso.

Nascono così, accanto alla figura della norma di condotta (obbligo/divieto comportamentale e relativa sanzione), che aveva popolato i ragionamenti dei giuristi per secoli, e che tuttora in molti manuali è descritta come la norma giuridica *tout court*, le figure delle norme costitutive e delle norme di organizzazione.

La teoria della norma giuridica si popola così di altre entità, che sono norme sulla produzione di altre norme, o comunque di criteri di qualificazione di comportamenti umani: l'emersione di questa categoria di "super norme" costituisce così la premessa ideale per riconoscere anche ai principi, e alle disposizioni di principio, carattere di norma giuridica, anziché di meri enunciati etico-politici.

È ormai noto da tempo (per chi vuole vedere il fenomeno del diritto contemporaneo nella sua complessità) che gran parte del diritto è fatto di norme di organizzazione, prima ancora che di norme di condotta. Ma le norme di organizzazione sono pur sempre norme giuridiche, che non

impongono o vietano direttamente condotte, ma disciplinano le modalità di costruzione di nuove regole che qualificheranno altri comportamenti, altre fattispecie che opereranno nei rapporti quotidiani fra soggetti presenti nell'ordinamento.

In questa prospettiva, che credo sia quella tuttora fondamentale nella nostra cultura giuridica, anche se non sempre consapevolmente considerata e vissuta da parte dei giuristi, è chiaro che principi e clausole generali assumono un altro significato, cioè si inseriscono nella teoria complessiva dell'ordinamento non in modo conflittuale o spurio, ma anzi in modo organico.

I principi diventano piuttosto norme anch'essi: non più enunciati puramente ideali o politici, ma norme sulla produzione di altre norme; norme a contenuto assiologico, sicuramente, e a contenuto assiologico forte, ma che hanno, come fattispecie, da un lato determinati beni della vita che devono essere tutelati, dall'altro le norme di rango inferiore prodotte da autorità che possono essere le più varie, che vanno dal Parlamento fino ai soci di una associazione o di una società che adottano le norme statutarie, fino al vero e proprio caso del contratto di scambio.

La concezione del principio giuridico come supernorma, cioè come norma di organizzazione che riguarda non i procedimenti, ma i contenuti della norma di rango inferiore che va ad essere costituita mediante tali procedimenti, può essere quella che viene spontaneamente alla mente, quando si adotta una concezione normativistica moderna dell'ordinamento giuridico.

La più attenta dottrina afferma che *“è ormai comunemente accettato che i principi generali sono norme, e che il loro principale tratto distintivo va rintracciato nell'elemento funzionale anziché in quello quantitativo del grado di generalità”*². Non so proprio se il “comunemente” accettato debba intendersi nel senso di un'accettazione davvero generalizzata dell'idea (credo anzi che il retaggio della vecchia concezione dei principi come aspirazioni etico-politiche e programmatiche sia ancora alquanto diffuso). Tuttavia credo che sarebbe bene che questa concezione fosse comunemente accettata e che i principi fossero generalmente intesi come norme sulla produzione di altre norme, che traducono in criteri di qualificazione giuridica giudizi di valore ed esigenze di tutela di certi beni della vita, e che perciò vincolano, sul piano della validità e/o della liceità, i contenuti delle norme di rango inferiore.

La stessa correzione di rotta dovrebbe avvenire per quelle che possiamo

² S. BARTOLE, in *Riv. ital. sc. giur.*, 2014, pp. 10-11, citando Bobbio e Mengoni. Per un convincente sviluppo della concezione normativa dei principi giuridici v. ora G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI, *L'organizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2018, 1 ss.

chiamare “clausole generali”, una categoria di norme rispetto alle quali, a mio avviso (con una proposta che ho avanzato in altre occasioni), si dovrebbe analiticamente precisare che si riferiscono a situazioni in cui al giudice è attribuito un potere discrezionale di regolare conflitti fra soggetti dell’ordinamento che sono portatori di interessi astrattamente meritevoli di tutela, rispetto ai quali l’ordinamento non riesce a definire il conflitto con norme generali e astratte e delega il giudice a stabilire la regola atta a risolvere il conflitto nel caso concreto.

Archetipo storico di questa categoria di norme è quello della disciplina dei rapporti di vicinato nella proprietà. Sulla stessa falsariga si è poi costruita la clausola generale della correttezza professionale nella concorrenza sleale, e via via altre (a cominciare dal principio di buona fede nell’esecuzione dei contratti; ma si pensi anche a tutta la materia dei diritti della personalità, o al bilanciamento richiesto dalla costruzione dei diritti di satira e di parodia, e via discorrendo).

Questa figura delle clausole generali, su cui tanto si è scritto, è stata generalmente vista, nella nostra cultura giuridica tradizionale, come un fenomeno di superamento del principio generale di statualità del diritto; in altri termini, come una delega dal legislatore al giudice a regolare un conflitto secondo la propria coscienza, o traendo comunque dalla realtà sociale, extra giuridica, i criteri di risoluzione del conflitto che si pone nel caso concreto.

In una concezione normativistica avanzata, questa concezione può essere però facilmente sostituita da un’altra, cioè quella per cui il giurista, nel risolvere il problema, cioè nel realizzare il bilanciamento fra interessi astrattamente meritevoli di tutela deve ispirarsi proprio ai “principi” che sono sanciti nell’ordinamento, e che sono sanciti dalle carte dei diritti.

L’esistenza di una clausola generale non significa che il giudice debba rifarsi al proprio sentimento, alla propria coscienza o debba trarre da elementi fattuali e sociali, distinti dalle norme giuridiche, il criterio di soluzione. In altri termini, come pure è stato più volte scritto (a cominciare da Rodotà) i principi devono guidare il giudice nella concretizzazione delle clausole generali.

Una terza conseguenza di un normativismo coerente e moderno è il superamento di quella distinzione tra “diritti” e “principi”, che troviamo sancita nella Carta dei diritti fondamentali.

In Kelsen il superamento è noto, nel senso che il diritto soggettivo diventa anch’esso un riassunto di norme che attribuiscono determinate prerogative a determinati soggetti, ma sono sempre norme giuridiche (il diritto soggettivo diviene così un’espressione riassuntiva di norme giuridiche, concretizzabili in termini di tutela di interessi particolari e concreti, in determinate situazioni

prefigurate dalla norma).

Ma, a prescindere da Kelsen e da quello che può dirsi per i tradizionali diritti soggettivi titolati, è ancora più facile riconoscere le norme che pongono diritti fondamentali sono pur sempre anch'esse disposizioni di principio, che possono immediatamente tradursi, in certe situazioni concrete, nella tutela di determinati interessi presenti nella realtà. Anche questa idea può dirsi oggi, forse, "comunemente accettata": Guido Alpa ha scritto di recente³ che "*i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona*" (e ciò è detto proprio descrivendo, in un quadro giusrealistico – molto diverso da quello che si cerca di testimoniare in queste pagine – gli orientamenti dei giudici europei).

Alcune disposizioni di principio, tipo "la Repubblica tutela il paesaggio" o il sopra citato art. 27 della Carta dei diritti U.E., che attribuisce ai lavoratori diritti di informazione o diritti di rappresentanza all'interno dell'azienda, richiedono la mediazione di norme più di dettaglio per potersi tradurre in concrete pretese in rapporti interprivati.

Si può invece ritenere che le norme che pongono diritti siano anch'esse disposizioni di principio, che però consentono una concretizzazione più avanzata e immediata, in alcuni rapporti, rispetto alle altre disposizioni di principio che richiedono mediazioni normative più complesse, per potersi tradurre in diritto applicato e in concrete pretese intersoggettive.

In questa prospettiva normativistica avanzata, credo si debba condividere l'idea, presente nella giurisprudenza tedesca, per cui le disposizioni di rango costituzionale (in senso lato) che pongono diritti fondamentali, così come le disposizioni di principio, hanno un contenuto assiologico oggettivo da cui tutto l'ordinamento non può prescindere, in tutte le varie figure di qualificazione giuridica che si pongono all'interno dell'ordinamento stesso.

Se un certo contenuto assiologico è fatto proprio dall'ordinamento e considerato meritevole di tutela, ciò significa che esso deve essere coerentemente accolto e sviluppato in tutte le varie istanze, pubbliche e private, spesso intrecciate tra loro, in cui si articolano i rapporti sociali.

Fermo restando poi che l'attribuzione, il riconoscimento dei diritti fondamentali non sempre significa indisponibilità di questi diritti fondamentali: esso significa piuttosto, credo, irrinunciabilità del diritto nel suo contenuto integrale e in prospettiva permanente, cioè inammissibilità di una rinuncia totale e *sine die* di qualsiasi diritto fondamentale. Invece, la disposizione parziale, limitata a certi tempi e a certi contesti, di molti diritti fondamentali, (non certo del diritto alla vita, ma certo di molti altri diritti),

³ In *Riv. ital. sc. giur.*, 2014, p. 103.

è in linea di principio ammissibile.

La coerenza complessiva dell'ordinamento non significa poi che, nella determinazione dei contenuti delle fonti di rango più basso rispetto alla legge, non ci possano essere momenti di deroghe e di bilanciamento dei diritti fondamentali.

In realtà, i diritti "inviolabili", i diritti "indisponibili" e i diritti "fondamentali", non sono sinonimi; e di ciò dovrebbe tenersi conto, anche ai fini dell'applicazione giurisprudenziale delle norme sul risarcimento del danno non patrimoniale.

5. Il problema dell'efficacia diretta nella prospettiva normativistica

Tutto questo è un problema di ricostruzione analitica del contenuto dei diritti fondamentali e della loro efficacia giuridica, che non toglie però che il principio dell'efficacia diretta debba trovare cittadinanza nel nostro ordinamento.

In realtà l'efficacia è, in senso tecnico, mediata (si può dire, in questo senso, "indiretta"), nel senso che essa può realizzarsi per il tramite dell'applicazione delle norme a contenuto indeterminato presenti nell'ordinamento (principi fondamentali dettati da norme interne, clausole generali e norme a contenuto ampio, come quelle che riguardano l'interesse meritevole di tutela del contratto, e via discorrendo). In altri termini, mediante queste norme, il contenuto delle disposizioni di principio contenenti i diritti fondamentali può trovare traduzione ampia, e tendenzialmente piena, nel nostro ordinamento.

Questa è dunque un'efficacia non propriamente diretta, ma è pur sempre un'efficacia di diritto privato, che passa per il tramite di norme a contenuto indeterminato dell'ordinamento interno.

Ma anche per quanto riguarda l'efficacia diretta in senso forte dei diritti fondamentali, una concezione normativistica avanzata è idonea – a mio avviso – a favorire operazioni come quella che la giurisprudenza italiana già settant'anni fa fece sull'articolo 36 della Costituzione. Non dico che questo debba avvenire in ogni caso. Sull'articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea torno a dire che attribuire al giudice il potere di stabilire se ci debba essere una rappresentanza sindacale o no all'interno di un'azienda, e che caratteristiche debba avere, mi sembrerebbe fuori dalla normalità e politicamente insostenibile.

Per ricordare un'altra sentenza della Corte di giustizia che mi viene in

mente, la sentenza *Maruko* (C-267/06) sui diritti previdenziali del vedovo rimasto tale a seguito di matrimonio omosessuale, probabilmente i tempi sono invece maturi per affermare una possibilità di tutela diretta di questo diritto fondamentale della persona umana (e altri esempi si potrebbero fare).

Sicuramente bisognerebbe scendere in un discorso analitico e farlo con molta prudenza, però conclusivamente direi che, sull'efficacia che possiamo chiamare mediata (cioè, per intenderci, quella che si realizza per il tramite delle clausole generali e dell'interpretazione di norme di diritto privato a contenuto indeterminato) tutto l'insieme delle disposizioni di principio, comprese quelle che pongono i diritti fondamentali nella Carta di Nizza, può trovare larghissima ricezione nel nostro ordinamento.

Sull'efficacia diretta in senso stretto, l'indicazione che ci viene dalla Corte di giustizia a favore di una possibilità, quando esista una norma di rango superiore sufficientemente dettagliata, di un'applicazione immediata, dovrebbe portare a valorizzare tutti i possibili rimedi specifici interprivati, ricavabili da norme di diritto interno, senza limitarsi al diritto al risarcimento del danno a carico dello Stato inadempiente.

6. *Considerazioni conclusive*

Vorrei chiudere con poche battute sul tema più generale, sfiorato in precedenza. Credo che oggi un problema centrale della nostra cultura giuridica sia la crisi del normativismo.

Ho cercato di costruire il ragionamento, sopra sommariamente svolto, leggendo la storia della cultura giuridica europea nell'ultimo secolo come la ripresa, in un quadro politico valutativo ben diverso da quello dei diritti premoderni, di una concezione normativistica del diritto, e considerando la concezione normativistica del diritto uno strumento potente per realizzare un'evoluzione dei contenuti e un rafforzamento della tutela di valori fondamentali.

Naturalmente questo significa anche accettare una concezione a gradi dell'ordinamento, e significa accettare una concezione della norma giuridica come "periodo ipotetico" e non come mero comando.

Oggi, tuttavia, questa concezione è in crisi, a favore di un'altra concezione che possiamo chiamare decisionistica (o giusrealistica, in senso lato, anche se pochi giuristi, in Italia, si professano apertamente giusrealisti). È una concezione che possiamo anche definire "post-moderna" (come la chiama Armando Plaia, che ha mostrato una certa simpatia, in un recente

scritto, verso di essa).

È un atteggiamento diffuso, che ha influenzato anche il recente contributo di Natalino Irti, che parla di crisi della fattispecie (come dato storico, non come programma o auspicio dell'autore); un saggio brillante, e che dà da pensare, come tutti i saggi di Natalino Irti, ma che io leggerei non nel senso che oggi sia in crisi la fattispecie come categoria concettuale – perché, sul piano della teoria generale formale, la fattispecie non può essere in crisi, se continuiamo a concepire la norma giuridica come periodo ipotetico - ma nel senso che oggi sia in crisi proprio il normativismo come teoria generale del diritto.

Oggi il dilagare, che Irti vede con preoccupazione, di valori e principi nel ragionamento dei giuristi, può portare a una esaltazione del decisionismo, come sicuramente è nelle possibilità reali (che Irti non vede certo adesivamente, anche se non si esprime a fondo, purtroppo, nel pensare una *pars construens*). Decisionismo che, in una versione estrema, può portare all'affermazione di un modello di giustizia del caso concreto, ma può anche sfociare in una visione del diritto in cui l'impostazione normativa non è del tutto abbandonata, ma è incentrata sull'uso giurisprudenziale, anziché sul primato della legge⁴.

Personalmente ritengo, invece, che l'affermazione di valori e principi nei ragionamenti dei giuristi possa costituire anche la base per un percorso diverso, di razionalizzazione del diritto contemporaneo sul piano di un normativismo avanzato, che continua a riconoscere il primato della legge, ma inquadra la fonte legislativa, e la sua interpretazione, nella rete di principi ricavabili dal sistema costituzionale multi-livello.

In questo quadro, diviene componente essenziale del metodo giuridico una discussione razionale sui principi (i.e. sul contenuto da attribuire alle disposizioni di principio e, con esse, ai diritti fondamentali; nonché sulla gerarchia e sul bilanciamento fra principi). Tutto ciò come premessa per l'utilizzazione razionalmente controllabile degli stessi nell'interpretazione e applicazione delle norme di rango inferiore.

Ciò si può fare senza abbandonare quell'impostazione normativistica che, ai fini di un controllo razionale e di una confrontabilità delle decisioni, costituisce tuttora – a mio avviso – una frontiera di civiltà, alla quale credo che non dovremmo rinunciare.

⁴ La critica a questa prospettiva è ora sviluppata in M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido – Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Foro it. – La Tribuna, Roma, 2018, 495 ss.

Gino Scaccia

*Il controllo di proporzionalità nella giurisprudenza
della Corte di Giustizia dell'Unione europea e
della Corte europea dei diritti dell'uomo*

SOMMARIO: 1. Prologo. La proporzionalità come concetto chiave del costituzionalismo globale – 2. Il test di proporzionalità: profili generali – 3. La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea – 4. La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – 5. Controllo di proporzionalità e bilanciamento in ambito nazionale ed europeo: analogie e differenze.

1. *Prologo. La proporzionalità come concetto chiave del costituzionalismo globale*

Anche un'analisi poco approfondita della giurisprudenza delle Corti europee dei diritti mostra con assoluta evidenza l'importanza e la centralità assunte, nell'iter argomentativo delle pronunce, dal test o controllo di proporzionalità e dalla tecnica del bilanciamento, che della proporzionalità rappresenta una derivazione logica.

Proporzionalità e bilanciamento, letti in endiadi, sono del resto concetti chiave del costituzionalismo globale, frutti maturi della circolazione dei modelli giuridici e delle tecniche argomentative nel sistema multilivello di protezione dei diritti dell'uomo.

Nell'ambiente giuridico europeo continentale, la nozione di proporzionalità trova la prima embrionale formalizzazione normativa nello *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* del 1794, quale criterio generale di applicazione delle pene e delle misure di polizia, che si traduceva nel divieto per le autorità pubbliche di impiegare strumenti limitativi della libertà individuale oltre quanto strettamente necessario alla realizzazione dell'interesse pubblico¹. Dopo un lungo affinamento ad opera della

¹ La prima compiuta formulazione scientifica della nozione si deve a G.H. VON BERG, *Handbuch des deutschen Polizeirechts*, Berlin, 1799, pp. 88 ss. Per una ricostruzione del concetto nel diritto pubblico germanico si veda, per tutti, il classico lavoro di P.

giurisprudenza amministrativa – che forgia il relativo schema di giudizio fin dal caso *Kreuzberg* del 1882 – e poi costituzionale, il test di proporzionalità è divenuto un modulo argomentativo ricorrente nella giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo, della Corte EDU e di molte Corti costituzionali nazionali sparse ovunque nel mondo.

Le ragioni del successo planetario² di questa vera e propria *Zauberformel* del diritto pubblico attuale, messa da parte la potente influenza del pensiero giuridico tedesco, sono molteplici. Mi limito a indicare le più evidenti:

i. l'idea di proporzione si accorda con la cultura dominante dei diritti umani come fondamento e insieme *telos* della comunità politica, e quindi con l'idea dell'interna, immanente misura e limitazione del potere rispetto al bene assiologicamente superiore della libertà³. L'hobbesiano *voluntas, non ratio facit legem*, anche nella sua attualizzazione decisionista di marca schmittiana, non corrisponde più allo spirito del tempo. Nel costituzionalismo liberale contemporaneo il mero richiamo alla *voluntas*, quand'anche democraticamente formata, resta privo di legittimazione morale se non è dotato di una giustificazione ragionevole. Il comando politico si impone e viene accettato come legittimo, guadagnando l'adesione dei consociati, solo se risulta provvisto di una misura minima di coerenza, adeguatezza, proporzione, ragionevolezza rispetto alla fattispecie regolata. La proporzionalità esprime un'esigenza di contenimento – e quindi opera come limite interno – rispetto a ogni potere, pubblico o privato, e al contempo

LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit*, Köln, 1961, nonché, se si vuole, G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, p. 379 ss.

² Segno tangibile di questa diffusione è segno il XXV volume dell'Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XXV – 2009, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, che raccoglie dibattiti sulla proporzionalità di relatori provenienti letteralmente dai quattro angoli del Pianeta.

³ Questo fondamento implicito è alla base della posizione della Corte costituzionale italiana, secondo cui il «principio di proporzione [...] rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.)» sent. n. 220/1995. In altri casi il fondamento della proporzionalità è più facile da rintracciare. Esempio paradigmatico è l'art. 36, paragrafo 1, della Costituzione sudafricana nel quale viene codificato un test proporzionalità per la limitazione dei diritti, là dove si dispone: "I diritti garantiti nella presente Carta (Bill of rights) possono essere limitati esclusivamente da una legge generale ed unicamente nel caso in cui le limitazioni siano ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica, fondata sulla dignità umana, sull'eguaglianza e sulla libertà, prendendo in considerazione tutti i fattori rilevanti, tra cui: a) la natura del diritto; b) l'importanza dello scopo della limitazione; c) la natura ed il grado di estensione della limitazione; d) il rapporto tra la limitazione ed il suo scopo; e) le modalità meno restrittive possibili per il raggiungimento di tale scopo".

concretizza l'idea che gli spazi individuali di libertà debbano essere preservati da interventi eccessivi o inutili, in relazione alla finalità perseguita. In questa generalissima accezione, essa trova applicazione in ogni ambito del diritto, il che spiega la sua fortuna. E in effetti, la proporzionalità: a) nel diritto costituzionale si pone come vincolo generale dell'attività legislativa intesa a comprimere diritti dei privati⁴ nonché come parametro di legittimità della legislazione statale interferente su ambiti di autonomia regionale; b) nel diritto amministrativo propizia il rinnovamento della tradizionale dogmatica dei vizi dell'atto, spostando il focus sul rapporto amministrativo e riassorbendo le figure sintomatiche dell'eccesso di potere nel comprensivo canone della ragionevolezza dell'azione amministrativa; c) nel diritto privato concorre a definire i limiti esterni all'interpretazione della volontà contrattuale⁵ e fornisce una robusta base alla teorica dell'abuso del diritto, che muove dall'assunto che ogni posizione soggettiva di vantaggio, di là dai limiti esterni alla stessa espressamente posti, sia comunque internamente vincolata a un'idea di proporzione, negando la quale si realizza – appunto – l'esercizio abusivo; d) nel diritto internazionale è misura della legalità del ricorso alla forza, con riguardo sia al potere degli Stati di muovere guerra (*jus ad bellum*), sia alla scelta degli strumenti e delle modalità della guerra (*jus in bello*)⁶.

ii. quanto più il “costituzionalismo dei diritti”, avanza pretese fondative di una “legalità cosmopolitica”⁷ eretta sul fondamento universale dei diritti inviolabili e della dignità della persona umana; quanto più si proietta oltre i confini della sovranità statale e della cittadinanza nazionale, tanto più sperimenta la presenza di laceranti conflitti ideali fra i consociati. Visioni religiose, etiche, antropologiche diverse e irriducibili si contrappongono nello scenario pluralistico e multiculturale delle Costituzioni europee, e le controversie giuridiche riflettono e veicolano controversie ideali di rado ricomposte dal legislatore per mezzo di norme espressive di stabili gerarchie di interessi. In un contesto in cui uno strutturale *reasonable*

⁴ Cfr. C. cost. sent. 1/1997, dove si legge “adeguatezza e proporzionalità (...) costituiscono vincoli generali dell'attività legislativa intesa a comprimere diritti dei privati”.

⁵ Sul punto, per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Idem.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, p. 459 ss.

⁶ E. CANNIZZARO, *Contextualizing proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese war*, in *International Review of the Red Cross* (88), 2006, p. 779 ss., pone in risalto le diverse modalità di scrutinio nei due differenziati ambiti dello *jus ad bellum* e dello *jus in bello*.

⁷ Sul punto F. CIARAMELLI, *Legislazione e giurisdizione*, Torino, 2007, p. 96 e, se si vuole, G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. soc.*, 1/2011, p. 135 ss.

*disagreement*⁸ investe persino i valori apicali dell'ordinamento giuridico, il test di proporzionalità, per la sua natura formal-procedurale, offre – o almeno promette di offrire – una tecnica di risoluzione dei conflitti tale da depotenziarne la carica e l'impatto sistematico. Un metodo che pare ispirarsi alla regola cartesiana secondo cui i problemi grandi e complessi possono essere meglio risolti se si suddividono in una molteplicità di problemi piccoli, puntuali, di meno impegnativa risoluzione. E in effetti, il controllo di proporzionalità, specie quando si spinge fino al suo terzo momento applicativo, cioè al bilanciamento, non somministra regole di risoluzione dei casi atte a stabilizzarsi in stabili gerarchie di interessi e principi, ma pone regole di prevalenza basate sulle circostanze del caso e perciò mutevoli e intimamente precarie, rivedibili. La stretta aderenza della sentenza giudiziale alla fattispecie impedisce l'universalizzazione della massima di decisione e i conflitti di *Weltanschauungen*, che opererebbero nella loro forma più generale e definitiva se risolti in sede legislativa, si scompongono in micro-conflitti strettamente calibrati su puntuali, circostanziate fattispecie. Questa proiezione verso il caso della proporzionalità corrisponde alla tendenza relativistica dominante nei nostri ordinamenti pluralistici, che non elaborano rigide gerarchie di valori, ma sistemazioni variabili di interessi, e che per potersi integrare senza traumi in sistemi politico-normativi di dimensioni sovranazionali, e per ciò stesso tendenti al multiculturalismo, tendono ad essere meno prescrittivi e più aperti, meno rigidi e più duttili. Filosoficamente non cognitivisti, ma piuttosto relativisti. La proporzionalità – come è stato anche di recente rilevato – si accorda dunque con le predominanti concezioni “deboli” dei diritti⁹ che muovono dalla rappresentazione di questi come precetti di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*) – secondo la nota teoria di Robert Alexy – da realizzare in presenza di condizioni giuridiche e fattuali mutevoli, e da sottoporre a bilanciamenti ed analisi costi-benefici intrinsecamente instabili¹⁰.

iii. l'argomentazione basata sulla proporzionalità è funzionale alla dilatazione della sfera protettiva dei diritti ed è conforme perciò all'indirizzo culturale ed ermeneutico prevalente, tanto ciecamente fedele alla “religione dei diritti” da far talora assumere ad essa i tratti dell'idolatria. Il ruolo centrale della fattualità nello schema di ragionamento della proporzionalità e il

⁸ Che il *reasonable disagreement* debba essere assunto come premessa e direttiva di azione nel controllo di legittimità costituzionale delle leggi nelle società pluraliste è sostenuto da R. H. FALLON, *Implementing the Constitution*, in 111 *Harvard Law Review*, (1997), p. 56 ss.

⁹ Come le definisce T. I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, p. 158 e pp. 166-168.

¹⁰ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden - Baden, p. 100.

carattere casistico delle relative decisioni cospirano nel favorire l'espansione della gamma di interessi protetti dai diritti. La proporzionalità conduce così, quasi inevitabilmente, a una "politicamente corretta" *rights inflation*¹¹.

iv. Si è già incidentalmente osservato come, almeno nel contesto europeo, decisiva nel favorire la diffusione del controllo di proporzionalità sia risultata l'influenza della letteratura di lingua tedesca sulla costruzione dell'apparato dogmatico impiegato dalle altre corti d'Europa, e in particolare dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Va ora aggiunto che la definizione di un comune codice linguistico fra i giudici d'Europa è quanto mai necessaria per poter intessere un dialogo proficuo fra Corti. Ebbene, la proporzionalità è una delle parole-chiave di questa "lingua franca"¹². In questa prospettiva si comprende perché la Corte costituzionale italiana, tradizionalmente restia a rendere manifesta e a strutturare in un test di giudizio la trama argomentativa delle pronunce, abbia scandito precisamente i passaggi logici del controllo di proporzionalità nella sentenza n. 1 del 2014, affermando a tutte lettere: «Il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di Giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi». Può non essere casuale che il redattore di quella famosa pronuncia sia stato il Professor Giuseppe Tesaurò, fra i più attenti all'apertura di un confronto con le Corti sovranazionali, non foss'altro che per avere svolto per un decennio (1988-1998) il ruolo di Avvocato generale presso la Corte di Giustizia, che il controllo di proporzionalità pratica e ha praticato infinite volte.

¹¹ K. MÖLLER, *Proportionality and Rights Inflation*, in G. HUSCROFT – B.W. MILLER – G. WEBBER, *Introduction*, in *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 155 ss. Secondo Möller l'importanza normativa dei diritti non va enfatizzata, così come il loro ruolo sociale. Piuttosto egli propone di concettualizzare i diritti in modo diverso: *"rights are better understood as endowing us with the right to be treated with a special attitude: an attitude that takes each and every individual seriously as a person with a life to live and that allows government to interfere with our activities only if there are sufficient, and proportionate, reasons to do so"*.

¹² Così felicemente la definisce G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, dicembre 2014, p. 541 ss.

2. *Il test di proporzionalità: profili generali*

Ad imitazione del test di giudizio elaborato nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale tedesca, il controllo di proporzionalità è stato sviluppato anche presso le Corti europee in tre livelli o fasi di giudizio: idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto.

La prima fase misura la relazione fra mezzi e fini sul piano della causalità naturale e giuridica; l'adeguatezza degli strumenti predisposti dal legislatore a realizzare gli obiettivi di interesse pubblico attesi. Occorre a tal fine un nesso di ragionevole strumentalità tra mezzo e fine, ma solo nei termini di un apprezzamento circa la "non manifesta inidoneità" degli strumenti prescelti. Una diversa valutazione, che si spingesse all'indagine dello strumento più idoneo a raggiungere un dato obiettivo politico (anziché di quello "non idoneo"), invaderebbe infatti la sfera di apprezzamento decisionale riservata al legislatore democratico. Esaurita positivamente la verifica di idoneità, si può passare al controllo di necessità, che ha lo scopo di accertare se la misura legislativa sia la più mite tra quelle astrattamente idonee a produrre il medesimo obiettivo pratico, al fine di minimizzare il sacrificio dei diritti individuali, senza pregiudicare l'interesse pubblico. Nella sua terza fase, infine, il controllo di proporzionalità (in senso stretto) si risolve in una valutazione comparativa dei beni e degli interessi costituzionali sacrificati dalla scelta legislativa, fino a confondersi con una schietta operazione di bilanciamento di interessi.

Il secondo test è quello più frequentemente praticato. E' alquanto improbabile, infatti, che le misure predisposte dal legislatore siano del tutto inidonee, anche in astratto, a realizzare il fine cui sono preordinate. Assai più frequente, invece, è che lo strumento scelto dal legislatore non sia il meno offensivo per le libertà individuali e che perciò vi sia una sproporzione, un "eccesso di misura" nella tutela di un bene o interesse pubblico¹³.

Il terzo livello del test, che nella letteratura tedesca si definisce "proporzionalità in senso stretto" (*im engeren Sinne*) è residuale. Ad esso, infatti, si ricorre solo quando, in presenza di misure con pari idoneità e pari efficacia lesiva, il livello più elevato di realizzazione di un interesse pubblico è assicurato da una misura che non appare tuttavia la *più lieve*

¹³ Fra la sterminata letteratura in tema di proporzionalità, si vedano almeno, oltre al già citato lavoro di P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, la monumentale opera di A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012; B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976; per la dottrina italiana, S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

rispetto a quelle in astratto utilizzabili. In questo caso si dovrà compiere una ponderazione tra fini pubblici e sfere di libertà per decidere se, nel caso di specie, debbano essere massimizzate le utilità pubbliche ovvero minimizzati i danni occasionati dalla regolazione normativa ai diritti. Dovrà, insomma, compiersi un bilanciamento di interessi.

Ciascuna delle fasi o stadi del controllo di proporzionalità lascia ampio margine alla discrezionalità giudiziaria. Nella verifica di adeguatezza, ad esempio, ci si potrebbe arrestare alla soglia del riscontro negativo di una non palese inadeguatezza o invece imporre all'autore della misura legislativa o amministrativa in giudizio di dimostrare che lo strumento prescelto è realmente efficace e idoneo a conseguire il fine, coerente e adeguato.

Nella verifica del mezzo più lieve, la profondità del controllo dipende dalla creatività della Corte nell'immaginare una misura alternativa a quella in giudizio. Senza dire che la scelta di un mezzo più mite, cioè meno compressivo di una sfera di libertà, deve comunque garantire lo stesso livello di soddisfazione dell'interesse pubblico, e anche questo è sempre un accertamento molto problematico perché basato su misurazioni gradualistiche che lasciano ampio adito all'opinabile.

Quanto infine al terzo stadio della proporzionalità, basta dire, per dimostrarne la duttilità argomentativa, che in ogni operazione di ponderazione fra interessi o valori (che in tanto sono ricomponibili e armonizzabili in sede giudiziale in quanto si traducano in norme di principio¹⁴) è implicita e ineliminabile una dose elevata di discrezionalità valutativa. In assenza di rigide gerarchie costituzionali pre-date, l'opera di "pesatura" del valore e di ascrizione ad esso di un contenuto normativo nel confronto con valori antagonisti presenta, infatti, margini elevati di arbitrarietà. Ciò dipende dalla natura dell'atto cognitivo che conduce all'applicazione in giudizio di valori. Non si tratta – lo rileva Nicolai Hartmann – «di un "conoscere" nel senso comune della parola, e neppure di un cogliere neutrale nel quale non si rimane toccati dall'oggetto colto. È invece piuttosto un esser afferrati. Si è presi, afferrati da ciò che ad uno appare pieno di valore e appartenente al dover essere. Il rapporto non è per nulla contemplativo; è emozionale, e gli atti poi nei quali questo cogliere si attua sono atti del sentimento, prese di posizione»¹⁵. Prese di posizione, va soggiunto, che talora assoggettano

¹⁴ Per la tesi che principi costituzionali e valori non siano ontologicamente differenziabili, i primi costituendo piuttosto la concretizzazione normativa dei secondi, si consenta il rinvio a G. SCACCIA, *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 313 ss.

¹⁵ N. HARTMANN, *Introduzione all'ontologia critica*, trad. it. di R. CANTONI, Napoli, 1972, 149. Il volume raccoglie scritti comparsi nelle opere *Neue Wege der Ontologie*, Stuttgart,

a controllo di proporzionalità e bilanciamento diritti, interessi, valori che sono letteralmente incommensurabili, intesa l'incommensurabilità – con Timothy Endicott – come «*the impossibility of measuring two considerations in the same scales*»¹⁶.

Appare giustificata, perciò, la conclusione che: «*Proportionality between means and ends is more conducive to a principled practice of judicial review, while proportionality as balancing is an invitation to more or less arbitrary judicial decision making*»¹⁷.

In ragione di questa sua indomabile resistenza all'inquadramento in schemi decisionali di tipo rigidamente deduttivo, e piuttosto di una accentuata permeabilità a giudizi di valore e precomprensioni etico-culturali, il test di proporzionalità può variare di intensità e di risultati a seconda della materia, della misura considerata, del soggetto ricorrente. Ed è precisamente questo che si verifica nell'applicazione che ne fanno la Corte di giustizia UE e la Corte europea dei diritti dell'uomo, a cui ora conviene specificamente dedicarsi.

3. *La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*

La proporzionalità è principio generale dell'ordinamento europeo. Nella formulazione originaria del Trattato istitutivo della Comunità europea esso non compariva, e tuttavia si discuteva se non dovesse considerarsi contenuto implicito della nozione di Stato di diritto in senso materiale e se non potesse comunque rinvenirsi un fondamento implicito nell'art. 40. Ivi si statuiva che l'organizzazione comune dei mercati agricoli – in una delle forme indicate

1943; *Der philosophische Gedanke und seine Geschichte*, Berlin, 1955; *Systematische Selbstdarstellung*, in *Deutsche systematische Philosophie nach Ihren Gestalten*, Berlin, 1933, p. 283 ss.

¹⁶ Così T. ENDICOTT, *Proportionality and Incommensurability*, in G. HUSCROFT - B. W. MILLER - G. WEBBER (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2014, p. 311 ss. e p. 317, che distingue incommensurability and incomparability, definendo quest'ultima come «*the impossibility of finding rational grounds for choosing between two alternatives*». Un'autorevole critica alla incommensurabilità di “*apples and oranges*”, secondo la colorita espressione in uso nella letteratura statunitense, è nell'opinione concorrente del Justice Antonin Scalia alla sentenza della Corte Suprema degli USA *Bendix Autolite Co. v. Midwesco Enters* 486 U.S. 888 (1988).

¹⁷ G. HUSCROFT - B.W. MILLER - G. WEBBER, *Introduction*, in *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 4.

nel medesimo articolo¹⁸ – “può comprendere tutte le misure *necessarie* al raggiungimento degli obiettivi definiti all’articolo 39” e “deve limitarsi a perseguire” i predetti obiettivi. Il riferimento alla necessità dei mezzi rispetto ai fini evocava la teorica della proporzionalità, ma non vi era ancora una espressa e chiara formalizzazione del principio, che è giunta solo con l’art. 3-b del Trattato di Maastricht¹⁹, dal quale è rifulsa sostanzialmente invariata nell’art. 5, paragrafo 4, TUE, ove si prevede che “In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati”. La disposizione appena citata fa sistema con il Protocollo n. 2 allegato al Trattato UE, specificamente intitolato all’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, il quale, in particolare, stabilisce nell’art. 1 che “ciascuna istituzione vigila in modo continuo sul rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità” e nell’art. 5 che “i progetti di atti legislativi sono motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità” e che “ogni progetto di atto legislativo dovrebbe essere accompagnato da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”.

L’art. 5 del TUE e il richiamato Protocollo n. 2 definiscono il profilo di un principio operante in due distinte aree tematiche:

a) è misura del corretto esercizio delle competenze dell’Unione, insieme alla sussidiarietà, in quanto condiziona la scelta fra i diversi strumenti di intervento, esprimendo una preferenza per quello che più ampiamente rispetta l’identità degli Stati membri²⁰;

b) inoltre è parametro di validità delle misure nazionali o degli atti dell’Unione che incidono sull’esercizio di diritti fondamentali. L’art. 52, par. 1 della CDFUE, dopo aver stabilito che “Eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà”²¹ prosegue disponendo che “nel rispetto del principio di

¹⁸ Tali forme erano precisamente: a) regole comuni in materia di concorrenza; b) un coordinamento obbligatorio delle diverse organizzazioni nazionali del mercato; c) un’organizzazione europea del mercato.

¹⁹ Sul punto, l’articolo citato disponeva: “L’azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato”.

²⁰ Oltre ad essere canone ermeneutico delle norme attributive di poteri alla UE, che impone sempre l’interpretazione “meno onerosa” per gli Stati membri (così nella sentenza 12 novembre 1969, in causa C-29/69, Stauder c. Ulm – Sozialamt).

²¹ Analogo discorso vale per le libertà garantite dai Trattati e dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, come risulta dal congiunto operare degli art. 6, par. 3 TUE, art. 52, par. 3 CDFUE.

proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

Le prime timide e implicite evocazioni del principio in sede giurisprudenziale si trovano nelle sentenze *Federation Charbonniere de Belgique* del 1956, ove si legge che «in applicazione di una regola giuridica generalmente accettata, la reazione indiretta dell'alta autorità ad un atto illecito delle imprese deve essere *commisurata* all'importanza dell'atto illecito»²² e *Mannesmann* del 1962, in cui il principio di proporzionalità integra il parametro in base al quale regolare il potere dell'autorità di «adottare meccanismi finanziari per salvaguardare l'equilibrio del mercato»²³.

Con la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970, la Corte di Lussemburgo veniva direttamente investita del quesito se la proporzionalità costituisse anche nell'ordinamento comunitario un limite generale alla legislazione compressiva di diritti. Pur senza dispiegare un apparato argomentativo adeguato all'importanza del problema, il principio di proporzionalità venne in quella occasione ricavato in via di riduzione generalizzante dal diritto dei Paesi membri e considerato diritto applicabile nella UE alla stregua di una tradizione costituzionale comune²⁴.

È solo con la sentenza *Cassis de Dijon*, tuttavia, che il rispetto della proporzionalità viene indicato come parametro del divieto di restrizioni quantitative all'importazione. La Corte, in questa fondamentale pronuncia, che introduce una linea di interpretazione molto estensiva delle libertà del mercato, riconosceva che limitazioni ai diritti e alle libertà comunitarie sono legittime solo quando siano necessarie a finalità di interesse generale o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, e ciò a prescindere dal carattere discriminatorio della misura²⁵. La proporzionalità veniva sganciata

²² CGCE, sent. 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, §.A-1.

²³ CGCE, sent. 13 luglio 1962, C-19/61, *Mannesmann AG contro Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, §. I.1.

²⁴ CGCE, sent. 17 dicembre 1970, C- 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, § 3- 4.

²⁵ Con la linea giurisprudenziale *Dassonville* (CGCE, 11 luglio 1974, causa C- 8/74) - *Cassis de Dijon* (sentenza del 20.2.1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral-AG*) le norme a protezione della libera circolazione delle merci sono state considerate applicabili ad ogni regolazione nazionale idonea a porre ostacoli ingiustificati al libero mercato concorrenziale (CGUE, 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione/Italia*; CGUE, 20 marzo 2014, causa C-639/11, *Commissione/Polonia*; CGUE, 21 settembre 2016, causa C-221/15, *Établissements Fr. Colruyt NV.*), ancorché prive di effetti discriminatori o protezionistici e

dall'eguaglianza e guadagnava una sua autonomia come criterio generale di limitazione delle libertà, necessario perché il bilanciamento fra le diverse posizioni tutelate come diritti preservasse sempre il contenuto essenziale di questi²⁶.

Grazie alla compiuta emancipazione dalle fattispecie di discriminazione soggettiva (e quindi dall'eguaglianza), il test di proporzionalità è diventato il canone di scrutinio generale delle misure limitative dei diritti.

Fra le moltissime pronunce in cui la proporzionalità è impiegata come criterio di giudizio delle restrizioni recate dagli Stati membri alle libertà fondamentali, particolarmente perspicua è la sentenza *Gebhard* del 1995²⁷, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio Nazionale Forense italiano, ove si legge (punto 37), che “i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”.

Lo schema *Gebhard* è stato usato, talvolta con solo lievi e non significative variazioni semantiche, in moltissime pronunce nelle quali si è statuito che “il principio di proporzionalità, come parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione, esige che gli strumenti predisposti da una norma

quindi sono state estese anche a discipline nazionali dirette a finalità sociali, come quelle in tema di tutela dell'ambiente (CGUE, 7 febbraio 1985, causa C-240/83, Oli usati; CGUE 13 marzo 2001, causa C-379/98, Preussen Elektra; CGUE, 7 aprile 2011, causa C-402/09, Ioan Tatu.) o quelle rivolte a introdurre meccanismi di solidarietà sociale (CGUE, 17 febbraio 1993, cause riunite 159/91 e 160/91, Poucet c. Pistre; CGUE, 17 giugno 1997, causa C-70/95, Sodemare). Quest'interpretazione iperestensiva del libero mercato, che ha fatto coincidere ogni rottura dell'eguaglianza, anche se ragionevolmente giustificata alla luce di valori non mercantili, con una violazione della libera concorrenza, ha prodotto una forte spinta deregolativa negli Stati membri (lo spiega efficacemente A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 430). Quando infatti ogni regolazione pubblica, anche se rivolta alla protezione di beni e interessi collettivi e comuni non attraibili alla logica mercantile, viene valutata nella sua funzionalità rispetto ai dettami del libero mercato, è fatale che lo spazio di intervento del legislatore nazionale si restringa e che venga ad essere assunta come benchmark di ogni regolazione pubblica la disciplina più liberale a livello europeo.

²⁶ L'intervento si considera infatti sproporzionato e inaccettabile quando sia tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati (v., fra le molte, sentenze 8 aprile 1992, causa C-62/90, Commissione c. Germania, § 23, e 5 ottobre 1994, causa C-404/92 P, X c. Commissione, § 18).

²⁷ Cfr. sent. 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*; v. anche sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, § 32.

siano idonei a realizzare lo scopo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo”²⁸.

Volendo azzardare un giudizio sintetico che prescindendo dalle specificità dei casi di specie e cerchi di cogliere le regolarità nell’uso del test di proporzionalità, può osservarsi che la penetrazione dello scrutinio è diversa a seconda della materia, degli oggetti e della natura delle misure all’esame. La Corte oscilla, in particolare, fra il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento discrezionale all’autorità coinvolta nella controversia ad un approccio “quasi-legislativo” nel quale “*uses the ‘proportionality’ principle to impose measures of legislative nature on Member states, even though formally the Court is only ‘interpreting’ EU law and thus seemingly not invading into legislative competences of Member states*”²⁹.

La scelta fra un atteggiamento *deferential* e una condotta più attivista, che finisce talora per condizionare il processo politico degli Stati membri attraverso la sollecitazione a compiere specifici interventi legislativi di tipo correttivo, viene a dipendere dall’oggetto della regolazione e dalla natura nazionale o europea della misura in esame.

Quanto al primo profilo (la materia trattata), sono prevalenti le pronunce in cui, attraverso il controllo di proporzionalità, diritti fondamentali non mercantili sono connessi, rafforzandole, a libertà fondamentali garantite agli individui *contro* i rispettivi Stati membri³⁰ rispetto a quelle in cui, al contrario,

²⁸ Tra le molte sentenze che enunciano il principio di proporzionalità, si vedano almeno CGUE, 10 dicembre 2002, C-491/01, British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, § 122, nonché CGUE, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a., § 46 e giurisprudenza ivi citata. La citazione testuale è tratta da sent. CGUE, 23 settembre 2013, C-508/13, Repubblica di Estonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea, §28. In dottrina, *ex plurimis*, C. POLLAK, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz*, in *Der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Baden-Baden, 1991, p. 111 ss.; H. KUTSCHER, *Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, in H. KUTSCHER – G. RESS – F. TEITGEN – F. ERMACORA – G. UBERTAZZI, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985, p. 89 ss.; E. PACHE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *Der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften*, NVwZ 1999, p. 1033; K.-V. SCHILLER, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Europäischen Gemeinschaftsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH*, in *RIW*, 1983, p. 928 ss.

²⁹ Così N. REICH, *How proportionate is the proportionality principle? Some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the internal market case law of the ECJ*, Oslo conference on “The Reach of Free Movement”, 18-19 May 2011, p. 14.

³⁰ Si vedano i casi CGUE, 26 giugno 1997, C-368/95, Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und Vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag; CGUE, 25 marzo 2004, C-71/02, Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH.

l'esigenza di tutela di detti diritti autorizza gli Stati a imporre – sempre nel rispetto della proporzionalità – misure limitative delle libertà economiche (gli esempi più famosi, su cui si tornerà di seguito, sono Schmidberger e Omega). A ulteriore conferma della vocazione europea ad espandere le libertà del mercato fino alle soglie della compatibilità con il principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali. E quindi di una complessiva lettura iper-estensiva della libera concorrenza e della libertà di circolazione di merci e servizi che portano a considerare come “sproporzionatamente” lesive delle libertà del mercato anche misure dirette a finalità di protezione sociale, e con ciò limitano la discrezionalità legislativa consentendo al diritto europeo di condizionare i sistemi sociali nazionali.

Quanto al secondo profilo (la natura dell'atto in questione) sembra invece potersi rilevare un'asimmetria fra lo scrutinio delle misure nazionali restrittive delle libertà fondamentali garantite dai Trattati e il controllo sulla compatibilità della disciplina di fonte europea con il principio di proporzionalità. In particolare, la verifica di idoneità è ispirata a maggiore severità quando viene in esame la conformità al principio di proporzione di misure nazionali compressive di libertà mercantili rispetto ai casi in cui il controllo giurisdizionale riguarda atti delle istituzioni comunitarie. Nella prima ipotesi la Corte di Lussemburgo afferma che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo invocato di imporre restrizioni soltanto se i mezzi impiegati sono coerenti e sistematici³¹. Il giudice comunitario, più precisamente, richiede che lo Stato fornisca adeguata dimostrazione dell'attitudine effettiva dell'azione sottoposta a giudizio a realizzare un fine di interesse pubblico che renda giustificabile la limitazione delle libertà del mercato. Non basta a tal fine, dunque, una verifica di non manifesta inidoneità, ma si richiede piuttosto un apprezzamento in positivo.

Un chiaro esempio nella sentenza del 18 gennaio 2001³², la quale ha dichiarato incompatibili con il diritto dell'Unione i decreti che avevano trasferito un consistente volume di traffico aereo dall'aeroporto di Linate a quello di Malpensa, sulla base del rilievo che «il rinvio di tale trasferimento o un trasferimento progressivo (...) sarebbe stato *più adeguato* alla realizzazione dell'obiettivo perseguito dalle autorità italiane e avrebbe consentito di limitare le restrizioni alla libertà di prestazione dei servizi aerei da e per Milano»³³.

³¹ CGUE, 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10, Costa e Cifone, § 63; Placanica et al., cit., § 48 e 53.

³² In causa C-361/98.

³³ Il corsivo nella citazione della sentenza è nostro.

Analogamente, nel ritenere in contrasto con l'art. 30 del Trattato³⁴ una legge tedesca che aveva limitato al 30 giugno e al 30 dicembre le due date di scadenza apportionabili sulle confezioni dei medicinali, la Corte di giustizia ha imputato al governo tedesco di non aver «provato che il provvedimento controverso costituisca *il mezzo più idoneo* a diminuire il rischio del consumo di prodotti scaduti, rappresentando al tempo stesso quello meno restrittivo per gli scambi intracomunitari» (sentenza 1 giugno 1994)³⁵.

Di segno analogo la sentenza *Costa e Cifone* con cui la Corte di Lussemburgo ha preso in esame la normativa italiana che imponeva solo ai nuovi operatori del mercato il rispetto di distanze minime fra i punti vendita di giochi d'azzardo, lasciando invariata la posizione degli operatori già presenti. Dopo aver premesso che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo invocato soltanto se i mezzi impiegati sono *coerenti e sistematici*, la Corte ha sollecitato il giudice nazionale a verificare se l'imposizione delle distanze minime soltanto ai nuovi concessionari fosse veramente idonea a realizzare l'obiettivo (dichiarato dal Governo italiano), di far sì che i nuovi operatori si stabilissero in luoghi poco frequentati, assicurando così una maggiore copertura a livello nazionale dei punti vendita di giochi d'azzardo³⁶.

Un tale onere dimostrativo non ricade generalmente sulle istituzioni comunitarie, i cui interventi regolativi sono considerati adeguati a superare il primo livello del controllo di proporzionalità a condizione che non siano manifestamente inidonei. Nei giudizi relativi alla validità di atti dell'Unione, la Corte «si limita ad accertare il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire»³⁷. Si aggiunga che, ove le valutazioni compiute dal legislatore comunitario siano «complesse»

³⁴ E ciò sull'assunto che avrebbe potuto determinare una riduzione del periodo di commerciabilità dei prodotti importati e pertanto costituire una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa.

³⁵ In causa 317/92, Commissione c. Repubblica federale di Germania.

³⁶ Sent. 16.2.2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10, *Costa e Cifone*, § 63 e 64.

³⁷ Sent. 14.5.2009, causa C-34/08, *Disarò*, in tema di quote latte, § 76; in termini, v. sent. CGUE, C-508/13, *Repubblica di Estonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, punti 28-29, ove si afferma: «solo la manifesta inidoneità di una misura adottata in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale misura»; sent. 10 dicembre 2002, causa C-491/00, *British American Tobacco (Investments) Limited e Imperial Tobacco Limited c. Secretary of State for Health*, § 123; sent. 8 giugno 2010, causa C-58/08, *Vodafone Ltd. e altri contro Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, § 52; sent. 5 marzo 2009, causa C-479/07, *Francia c. Consiglio*, § 63 e giurisprudenza ivi citata.

(aggettivo di contenuto ineffabile), l'atto di fonte europea è censurabile solo se esso «non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere o se il legislatore non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del suo potere discrezionale»³⁸.

Anche nella seconda fase del test di proporzionalità – e cioè in sede di verifica della necessità dell'intervento – la giurisprudenza della Corte di Giustizia fa registrare un maggiore attivismo nell'individuazione di misure alternative e meno restrittive di quelle scrutinate quando vengano in questione provvedimenti nazionali.

Un esempio perspicuo nella sentenza Gambelli³⁹. La Corte era chiamata a decidere se ponessero un legittimo ostacolo alla libertà di stabilimento le restrizioni previste dalla normativa italiana all'attività di raccolta di scommesse sportive (restrizioni consistenti nel divieto – assistito da sanzione penale – di effettuare scommesse dal proprio domicilio via Internet con un *bookmaker* situato in un altro Stato membro). Si poneva, come sempre, il problema della giustificazione della misura limitativa alla luce del test di proporzionalità come elaborato nella ricordata sentenza *Gebhart*. Ebbene, nel paragrafo 62 della pronuncia i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che «la mera raccolta di risorse fiscali non vale come tale a giustificare la misura» e che «in ogni caso l'obiettivo di un'autentica riduzione delle opportunità di giuoco e il finanziamento di attività sociali attraverso un prelievo sugli introiti derivanti dai giuochi autorizzati costituisce solo una conseguenza vantaggiosa accessoria, e non la reale giustificazione, della politica restrittiva attuata».

L'assenza di una ragionevole giustificazione del divieto porta la Corte a concludere che esso può risultare una misura eccessiva rispetto a quanto necessario per impedire frodi ai consumatori. Di qui la decisione di rimettere al giudice nazionale la verifica se costituisca una restrizione eccedente quanto strettamente necessario per la lotta alla frode «escludere la possibilità per le società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri di ottenere concessioni per la gestione di scommesse sportive, soprattutto *quando esistano altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività delle dette società*». La misura alternativa e più lieve rispetto alla drastica scelta del legislatore italiano di colpire con la sanzione penale chiunque – domiciliato in Italia – scommetta via Internet con un bookmaker straniero, viene indicata direttamente dalla Corte, e consiste in non meglio precisati «altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività delle società di scommesse».

³⁸ Sent. 9 settembre 2003, C-236/01, Monsanto, § 135; nonché Generics (UK) e a., cit., § 67.

³⁹ Sent. 6 novembre 2003, causa C-243/01, Gambelli.

Strumenti che – non può escludersi – potrebbero essere stati scartati dal legislatore italiano proprio per la loro incerta efficacia, o per gli oneri organizzativi e finanziari conseguenti all'attività di controllo.

Ulteriore caso in cui la Corte di Giustizia, senza saggiarne a fondo la concreta fattibilità in termini amministrativi o finanziari, ha indicato misure alternative a quella prescelta dal legislatore nazionale, negando che essa sia la più mite fra quelle prospettabili in astratto, è la sentenza *Peijper*. In questa pronuncia la Corte ha considerato “più restrittiva del necessario” una normativa nazionale che consentiva al produttore di un medicinale ed ai suoi concessionari esclusivi di «monopolizzare l'importazione e lo smercio del prodotto mediante il semplice rifiuto di esibire i documenti relativi al prodotto in generale o ad una singola ben determinata partita del medesimo», ponendo a carico dello Stato membro l'onere di dimostrare «chiaramente che qualsiasi altra normativa o prassi imporrebbe all'amministrazione un impegno assai più gravoso del normale».

Questo diverso atteggiamento sembra potersi spiegare alla luce della finalità politica, che la Corte di Lussemburgo fa propria, di favorire l'integrazione europea nella misura più estesa, limitandosi a riconoscere possibilità di deroga (e quindi di preservazione dell'identità nazionale, secondo il disposto dell'art. 4 TFUE) alle sole ipotesi in cui l'uniforme disciplina comunitaria comprometta principi di struttura degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. In ultima analisi, è il principio del primato del diritto europeo – e la connessa esigenza di uniformità regolativa – a fare premio su ogni altra contraria considerazione. La *primauté*, così come trova integrale e perfetta attuazione mediante la disapplicazione generalizzata della disciplina interna incompatibile con quella europea e per questo talora riassorbe e occulta il problema della diretta efficacia degli atti normativi comunitari, nella stessa misura condiziona l'esercizio dello scrutinio giudiziario sull'applicazione del principio di proporzionalità, rendendolo più intransigente quando riguardi le misure adottate dagli Stati membri.

4. La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Diversamente dall'ordinamento dell'Unione europea, nel contesto del sistema convenzionale il principio di proporzionalità non costituisce limite generale, interno e immanente all'esercizio del potere pubblico e dunque

non opera come «barriera di autodifesa»⁴⁰ di tutti i diritti fondamentali, ma è piuttosto indicato come clausola limitativa di specifici diritti garantiti dalla CEDU: quelli previsti negli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 10 (libertà di espressione) e 11 (libertà di riunione e associazione); a cui si aggiunge, in forza dell'art. 1 del Protocollo n. 1, il diritto di ogni persona fisica o giuridica al rispetto dei propri beni. Gli anzidetti diritti sono limitabili con il ricorrere di tre condizioni: *i*) la previsione legale della misura limitativa del diritto, *ii*) lo scopo legittimo della limitazione; *iii*) la proporzionalità della misura rispetto al suo scopo (“misura necessaria in una società democratica”).

Anche nel sistema CEDU, come in quello eurounitario, il test di proporzionalità si articola in tre fasi di giudizio. Peraltro il ricorso alla terza fase del controllo, cioè al bilanciamento vero e proprio, è più frequente a Strasburgo che a Lussemburgo, per la maggiore complessità del quadro convenzionale dei diritti, e per l'equivalenza assiologica fra libertà economiche e libertà civili e sociali, non ancora piena, al contrario, nell'ambiente del diritto UE.

Nella giurisprudenza della CGUE sul rispetto del principio di proporzionalità da parte di misure adottate dagli Stati membri in deroga alle norme dell'Unione sono oggetto di valutazione l'adeguatezza e la necessità delle misure statali e l'assenza di soluzioni meno pregiudizievoli per le libertà fondamentali. Analogamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione dell'art. 15, che disciplina le deroghe agli obblighi previsti dalla CEDU in caso di guerra o di “altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”⁴¹, e delle c.d. clausole di interferenza con le libertà garantite dalla Convenzione, non ha disconosciuto che gli Stati godono di un margine di apprezzamento nell'individuazione delle misure derogatorie o di interferenza, ma ha tuttavia preteso che dette misure siano ragionevolmente necessarie e che siano protrate nella stretta misura e nei tempi in cui la situazione lo richieda.

La Corte ha ripetutamente affermato che, nel definire se una misura è

⁴⁰ *Selbstverteidigende Schranke*, secondo il lessico in uso nella giurisprudenza e nella dottrina di lingua tedesca: v. ad es. Z.YI, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der Grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a.M., 1998, p. 27.

⁴¹ L'articolo richiamato, nel paragrafo 2, vieta peraltro ogni deroga “all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3” e pone a carico degli Stati l'obbligo di informare tempestivamente il Segretario generale del Consiglio d'Europa delle misure prese e dei motivi che le hanno determinate, nonché della data in cui le misure cessano d'essere in vigore e le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

“*necessary in a democratic society*”, deve essere valutato se, alla luce del caso considerato nella sua globalità, “*the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes*”⁴². Più precisamente, la nozione di necessità richiede che l’interferenza nella libertà individuale corrisponda a una necessità sociale imperativa e che sia proporzionata al fine legittimo perseguito, avendo riguardo al ragionevole bilanciamento che deve essere ricomposto fra i contrapposti interessi rilevanti in materia (si prenda ad esempio *A, B and C v. Ireland*, § 229).

Anche nella giurisprudenza della CEDU la profondità del controllo di proporzionalità varia, in particolare, a seconda del tipo di misura in esame e della materia cui essa si riferisce.

Il controllo di proporzionalità incide anche e soprattutto sulla scelta della misura da adottare; se debba trattarsi di misura particolare e individuale o di misura generale.

L’adozione di misure generali viene ritenuta più idonea rispetto ad alcune politiche: la Corte di Strasburgo la reputa necessaria, per esempio in materia di politica economica e sociale⁴³, previdenziale e pensionistica⁴⁴, elettorale⁴⁵, in tema di limitazione del diritto di voto per i detenuti⁴⁶, di fecondazione assistita⁴⁷, di distruzione di embrioni congelati⁴⁸, di suicidio assistito⁴⁹ o con riguardo al divieto di propaganda religiosa⁵⁰.

Secondo il modulo di giudizio enunciato nel caso *Tierfarbriken Schweiz*

⁴² *Ex plurimis*, Corte EDU, 3 novembre 2011, no 57813/00, S.H. and Others v. Austria, § 91; Corte EDU, 27 agosto 2015, Parrillo v. Italia, no. 46470/11, § 168, in cui si chiedeva alla Corte di Strasburgo se il diritto al rispetto per la vita privata e familiare tutelato dall’art. 8 CEDU comprenda anche il diritto a donare i propri embrioni creati in vitro alla ricerca scientifica: Corte Edu, 12 luglio 2011, n. 25702/94, K. and T. c. Finlandia, § 154; 24 marzo 1988, Olsson c. Svezia (n. 1), § 68; Kutzner c. Germania, n. 46544/99, § 65; P., C. e S. c. Regno Unito, n. 56547/00, § 114; da ultimo, sentenza della Grande Camera 24 gennaio 2017, n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia che ha ritenuto legittima e proporzionata la decisione dei giudici italiani di riconoscere l’esistenza della relazione genitori-figli solo in presenza di un legame genetico o di un’adozione legale e conseguentemente di disporre l’allontanamento di un bambino da una coppia che non rispondeva ad alcuno di questi due requisiti.

⁴³ *Ex multis*, 21 febbraio 1986, n. 8793/79, James e altri c. Regno Unito.

⁴⁴ Grande Camera, 6 luglio 2005, nn. 65731/01 e 65900/01, Stec e altri c. Regno Unito, § 51-52; 4 novembre 2008, n. 42184/05, Carson e altri c. Regno Unito.

⁴⁵ Sent. 16 marzo 2006, n. 58278/00, Ždanoka c. Lettonia.

⁴⁶ Sent. 6 ottobre 2005, n. 74025/01, Hirst c. Regno Unito; 22 maggio 2012, n. 126/05, Scoppola c. Italia.

⁴⁷ Sent. 4 dicembre 2007, n. 44362/04, Dickson c. Regno Unito.

⁴⁸ Sent. 10 aprile 2007, n. 6339/05, Evans c. Regno Unito.

⁴⁹ Sent. 29 aprile 2002, n. 2346/2002, Pretty c. Regno Unito.

⁵⁰ Sent. 3 dicembre 2003, n. 44179/98, Murphy c. Irlanda.

(*Vgt*) c. *Svizzera* e *Murphy* c. *Irlanda*, le misure generali sono sottoposte a un debole controllo di proporzionalità. La Corte di Strasburgo, infatti, non si chiede se si sarebbero potute adottare regole meno restrittive, né verifica se lo Stato può provare che senza la limitazione lo scopo perseguito non sarebbe stato raggiunto. Piuttosto si limita a valutare se, allorché lo Stato ha adottato la misura generale contestata e ritenuta arbitraria in rapporto agli interessi in gioco, il legislatore ha agito nell'ambito del margine di apprezzamento ad esso riservato⁵¹.

Specie in casi che provengono da ricorsi individuali diretti, la Corte non si avventura nel controllo astratto della legislazione rilevante, non volge lo sguardo al "contesto generale", ma resta concentrata sull'esame delle specifiche questioni sollevate dal caso. Concede, insomma, un più ampio margine di apprezzamento al legislatore⁵².

In materia economico-sociale, il *margin of discretion* riconosciuto agli Stati è tanto ampio che il test di proporzionalità si risolve per intero in una verifica di non manifesta irragionevolezza della misura in esame. In tema di limitazioni al diritto di proprietà, ad esempio, la Corte ha costantemente riconosciuto allo Stato un ampio margine di apprezzamento con riguardo sia alla scelta dei mezzi compressivi sia alle finalità di interesse generale che possono giustificare finanche la totale privazione del diritto al pacifico godimento dei propri beni⁵³. Tuttavia i giudici di Strasburgo esigono, sul piano procedurale, che al soggetto interessato sia comunque fornita una "ragionevole opportunità" di contestare la misura patita dinanzi ad un'autorità imparziale⁵⁴; sul piano sostanziale, che la proporzionalità fra mezzi impiegati e scopi perseguiti sia plausibilmente dimostrabile⁵⁵. Come certamente non era nel recentissimo caso in cui lo Stato sloveno aveva proceduto alla vendita all'incanto di un immobile per recuperare un credito

⁵¹ Si vedano ancora *James* e altri cit., § 51 e *Evans*, cit., § 91.

⁵² *Paradiso* e *Campanelli* c. *Italia*, punto 180 ss.; *S.H. and Others* v. *Austria*, punto 92; *Olsson* v. *Sweden* (no. 1), punto 54.

⁵³ Cfr. Causa 12 luglio 2016, n. 11593/12, *Vrzić* c. *Croazia*, § 100; 29 aprile 1999, nn. 25088/94, 28331/95 e 28443/95, *Chassagnou and Others* c. *France*, § 75; Causa 28 luglio 1999, n. 22774/93, *Immobiliare Saffi* c. *Italy*, § 49; 17 luglio 2003, *Luordo* c. *Italia*, n. 32190/96, v. *Italy*. Per un caso in cui si è ritenuto che le misure fiscali disposte nei confronti della società petrolifera *Yukos* fossero inique ed equivalenti a una espropriazione senza indennizzo, in violazione dell'art. 6 Cedu e dell'art. 1 del Protocollo n. 1, v. 20 settembre 2011, n. 14902/04, *Yukos* c. *Russia*.

⁵⁴ Causa 16 luglio 2009, n. 20082/02, *Zehentner* c. *Austria*, § 73; Sentenza 25 aprile 2017, *Vaskrsić* v. *Slovenia*.

⁵⁵ *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd* v. *the United Kingdom* [GC], no. 44302/02, § 55.

di 134 € e in presenza di un debitore dotato di una regolare retribuzione e quindi facilmente aggredibile per la soddisfazione del credito⁵⁶.

Di là da casi autoevidenti come quello riportato, lo scrutinio delle misure nazionali limitative di diritti è generalmente intonato a una certa deferenza nei confronti degli Stati membri; è alquanto “*relaxed*”. Lo spazio di scelta discrezionale degli Stati è invece più stretto quando viene in questione «un aspetto particolarmente importante dell’esistenza o dell’identità individuale»⁵⁷; oppure quando la classificazione del legislatore sia “sospetta”, riguardi cioè soggetti o minoranze storicamente fatte oggetto di pregiudizi e di esclusione sociale o gruppi vulnerabili anche per una condizione transitoria che li emargina socialmente (si pensi ad esempio ai malati di AIDS). In casi del genere, il legislatore, per giustificare la limitazione in questione, deve esibire “*very weighty reasons*”.

Così, ad esempio, nel caso *I.B. c. Grecia*⁵⁸, la Corte di Strasburgo ha ritenuto discriminatoria una sentenza della Corte di Cassazione greca che aveva considerato legittimo il licenziamento di un malato di AIDS, giustificandolo con la necessità di ripristinare la pace in azienda, poiché numerosi lavoratori avevano manifestato indisponibilità a lavorare al fianco del dipendente malato, sulla falsa premessa di un rischio di contagio della malattia; in *Kiyutin c. Russia* ha definito sproporzionato il diniego opposto a un malato di AIDS di fissare la propria residenza in Russia rispetto al fine di protezione della salute pubblica al quale esso mirava⁵⁹; e in *Alajos Kiss c. Ungheria* ha affermato che l’esclusione dal diritto di voto disposta in via generale per le persone soggette a misura di tutela parziale o totale a causa di disabilità intellettive, senza una valutazione caso per caso delle effettive facoltà mentali, è eccessiva e priva di equilibrio e non può trovare giustificazione nel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati, che si riduce quando si riferisce a gruppi sociali vulnerabili e storicamente vittime di pregiudizi⁶⁰.

⁵⁶ Vaskrsić c. Slovenia, *cit.*

⁵⁷ Paradiso e Campanelli, *cit.*, §182; Evans, *cit.*, § 77.

⁵⁸ Sentenza 3 Ottobre 2013, n. 552/10.

⁵⁹ Sentenza 10 marzo 2011, n. 17570/15.

⁶⁰ Corte EDU, 20 maggio 2010, n. 38832/06, *Alajos Kiss c. Ungheria*, § 42, nel quale si afferma «se una restrizione dei diritti fondamentali si trova ad essere applicata ad un gruppo sociale specialmente vulnerabile, vittima di particolari discriminazioni nel passato, come quello delle persone con disabilità mentale, il margine di apprezzamento dello Stato non può che essere nella sostanza ancora più ristretto e vi devono essere ragioni molto serie a sostegno delle restrizioni. La ragione a sostegno di tale approccio, che si oppone a classificazioni rigide, è che tali gruppi sono stati storicamente vittime di un pregiudizio che ha prodotto conseguenze di lunga durata e che è alle origini della loro attuale condizione di

Una circostanza rilevante per definire l'ampiezza del margine di apprezzamento è l'esistenza di un consenso generalizzato tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa un data modalità di protezione giuridica dei diritti (il cosiddetto *consensus standard*)⁶¹. Quando l'accordo è vasto, si restringe la discrezionalità del legislatore e la Corte spinge verso l'applicazione di uno standard uniforme nella protezione dei diritti a livello convenzionale. Quando invece non c'è consenso sull'importanza relativa dell'interesse in gioco o sui mezzi più adatti a proteggerlo, e in particolare quando il caso pone questioni di ordine etico e morale di particolare delicatezza, il margine di apprezzamento è più ampio e la decisione tende ad essere favorevole allo Stato membro. Si prendano, ad esempio la sentenza *Schwizgebel c. Svizzera*⁶², in cui si considera giustificato il rifiuto delle autorità svizzere di autorizzare la seconda adozione da parte di una donna che aveva una consistente differenza di età rispetto all'adottando; la sentenza *Sindicatul "Păstorul cel Bun" c. Romania*⁶³, ove si contestava la mancata registrazione di un sindacato di sacerdoti, motivata dalle autorità pubbliche con l'esigenza di preservare la neutralità statale rispetto alle comunità religiose e di conservare la loro autonomia; la pronuncia *Animal Defenders International c. Regno Unito*, nella quale i giudici di Strasburgo non hanno considerato limitazione sproporzionata della libertà di espressione il divieto di trasmettere una pubblicità "animalista" in ragione del suo contenuto politico così escludendola dal generale divieto di pubblicità operante in tale ambito⁶⁴.

Resta da dire, quanto alla Cedu, che la proporzionalità è stata qui configurata come parametro interno allo stesso controllo sul rispetto del principio di non discriminazione di cui all'art. 14, cioè come passaggio logico necessario per la verifica in ordine alla discriminatorietà di un dato trattamento giuridico. Ha quindi un'area di applicazione più estesa che in ambito CGUE. Si legge infatti in numerose pronunce che l'articolo 14 «does

esclusione sociale. Tale pregiudizio può indurre la formazione di stereotipi anche nelle leggi, così da impedire la valutazione individualizzata delle capacità e dei bisogni delle persone appartenenti a detti gruppi».

⁶¹ "The existence of a European consensus is an additional consideration relevant for determining whether the respondent State should be afforded a narrow or a wide margin of appreciation" (così *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 81, ECHR 2007 V, and *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, § 31, 9 January 2003; *Kiyutin c. Russia*, 10 marzo 2011, § 65).

⁶² CGUE, sent. 10 giugno 2010, ric. n. 5762/07.

⁶³ CGUE, sent. 9 luglio 2013, ric. n. 2330/09.

⁶⁴ CGUE, sent. 22 aprile 2013, ric. n. 48876/08. Si veda pure la sent. 7 luglio 2011, ric. n. 37452/02, *Stummer c. Austria*, in tema di considerazione a fini pensionistici del lavoro prestato in carcere.

not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct «factual inequalities» between them; indeed, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may, in the absence of an objective and reasonable justification, give rise to a breach of Article 14»⁶⁵.

5. Controllo di proporzionalità e bilanciamento in ambito nazionale ed europeo: analogie e differenze

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi senza fine e i confronti fra le diverse modalità di svolgimento del test di proporzionalità potrebbero raggiungere livelli di specificazione tali da richiedere un microscopio. Sebbene anche analisi dettagliatissime rivestano un sicuro interesse per lo studioso, pare tuttavia più utile – ai limitati fini di queste pagine – svolgere una più generale riflessione sulla complessiva strategia argomentativa delle Corti e sulle premesse assiologiche di questi bilanciamenti concreti, così da tracciare qualche linea di analisi e di razionalizzazione del frammentario e alluvionale materiale giurisprudenziale.

Più che censire le singole ipotesi di allineamento o disallineamento fra le giurisprudenze costituzionali ed europee, le assonanze e le dissonanze, che possono dipendere anche dalle vicende peculiari dei ricorsi o dalle modalità processuali di formulazione delle domande giudiziali, pare più proficuo chiedersi, in termini generali, se la Corte di giustizia e la Corte Edu svolgano bilanciamenti fra diritti e controlli di proporzionalità in condizioni di contesto e in un *habitat* culturale e politico assimilabile a quello delle nostre Corti costituzionali.

A questo riguardo, è osservazione ricorrente che la Corte di Giustizia ha per lunghi anni perseguito una strategia di subordinazione sul piano assiologico dei diritti fondamentali rispetto alle libertà del mercato e alle esigenze della concorrenza. Il segno esteriore di questa precomprensione assiologica favorevole alle libertà del mercato era il dispiegarsi del test di proporzionalità solo lungo due delle tre fasi di cui si è detto: idoneità e necessità. Si registrava la sostanziale assenza, nello svolgersi del test di proporzionalità, del terzo livello di scrutinio: quello della proporzionalità in

⁶⁵ Cfr. 18 febbraio 2009, n. 55707/00, Andrejeva c. Lettonia, § 82; 12 aprile 2006, nn. 65731/01 e 65900/01, Stec e altri c. Regno Unito, § 51; 6 aprile 2000, n. 34369/97, Thlimmenos c. Greece, § 44; 6 luglio 2011, n. 37452/02, Stummer c. Austria, § 88; 18 marzo 2010, n. 42184/05 Carson and Others c. Regno Unito, § 61; 4 dicembre 2007, n. 44362/04, Dickson c. Regno Unito, § 78.

sensu stretto. La fase in cui sarebbe toccato misurare le libertà fondamentali del mercato con altri diritti per ricomporre l'equilibrio più ragionevole fra i diversi confliggenti interessi in campo veniva elusa, evitata. Le libertà mercantili si sottraevano al bilanciamento con diritti civili e sociali ritenuti di rango inferiore, e anzi venivano a conformare anche posizioni giuridiche che avrebbero meritato una diversa ricostruzione in un'ottica non meramente economicista. Il caso della tassazione della prostituzione, quando non vietata e svolta «al di fuori di qualsiasi prosenetismo», in quanto prestazione di servizi retribuita rientrando nella nozione di «attività economiche»⁶⁶ è paradigmatico di questa visione monodimensionale della socialità umana, ritagliata sul figurino isomorfo dell'*homo oeconomicus*.

In anni più recenti, i giudici di Lussemburgo hanno cominciato a riequilibrare i piatti della bilancia, compiendo operazioni di bilanciamento fra libertà economiche e diritti fondamentali non mercantili con vantaggio per questi ultimi. Casi celeberrimi come *Schmidberger*⁶⁷ e *Omega*⁶⁸ hanno visto la Corte enunciare diritti fondamentali non subalterni al mercato ed anzi limitativi delle libertà fondamentali su cui si incardina lo spazio mercantile unico⁶⁹.

Nel caso *Schmidberger*, in merito alla proclamazione di uno sciopero che avrebbe causato un blocco dell'autostrada del Brennero per circa trenta ore, la Corte era chiamata a stabilire se il principio della libera circolazione delle merci, eventualmente in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato, imponesse a uno Stato membro di garantire il libero accesso alle principali vie di comunicazione e se tale obbligo dovesse prevalere sulla libertà di sciopero e di riunione garantiti dagli artt. 10 e 11 della CEDU. I giudici di Lussemburgo, operando un bilanciamento fra i due principi in conflitto, hanno statuito che l'autorizzazione di tale manifestazione da parte delle autorità austriache aveva ricomposto un corretto equilibrio tra la tutela dei diritti fondamentali dei manifestanti e le esigenze della libera circolazione delle merci, chiarendo che il rispetto dei diritti fondamentali si impone sia alla Comunità sia agli Stati membri e che la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario.

Venendo al caso *Omega*, in esso veniva contestata la compatibilità con i principi di libera prestazione dei servizi e di libera circolazione delle merci del divieto imposto in Germania ad un'attività commerciale consistente

⁶⁶ Sentenza 20 novembre 2001, procedimento C-268/99, Aldona Malgorzata, § 49, 69.

⁶⁷ Sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger.

⁶⁸ Sentenza 14.10.2004, causa C-36/02, Omega.

⁶⁹ Si veda anche Corte giust. 26 giugno 1997, causa C-368/95, Familiapress.

nella gestione di un gioco in cui sono simulati omicidi, sulla premessa che esso induceva alla banalizzazione della vita e dunque a una mortificazione del valore costituzionalmente sancito della dignità dell'uomo (art. 1 *Grundgesetz*). Nel riconoscere la preminenza assiologica annessa alla dignità umana nella Legge fondamentale tedesca, la Corte ammetteva che una simile posizione poteva anche non poggiare su una concezione condivisa da parte degli Stati membri in ordine alla tutela da apprestare al diritto fondamentale in questione; e che tuttavia tale diversità di regime protettivo – corrispondente alle diverse impostazioni di ordine morale, religioso o culturale accolte nei singoli Stati – non portava per ciò stesso ad escludere la necessità e la proporzionalità delle disposizioni nazionali oggetto di scrutinio⁷⁰.

Nei casi riportati venivano in questione diritti che occupano le più alte posizioni in una scala ideale di valori costituzionali. Diritti assoluti e anzi assolutissimi, fondativi di tutti gli altri e preconditione degli stessi, com'è il caso della dignità umana. Sta di fatto, però, che per la prima volta, in *Schmidberger* e *Omega*, diritti non mercantili si sono visti riconoscere la prevalenza sulle libertà del mercato.

Questo processo di maturazione in ambito UE di una vasta costellazione di diritti ha trovato compimento con il riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dello stesso valore giuridico dei Trattati.

Alle tradizionali libertà economiche si sono affiancati, in posizione formalmente equiparata sul piano giuridico e quindi non gregaria su quello assiologico-valoriale, i diritti fondamentali di natura civile e politica contemplati nella Carta. Ci si è spinti, in questa scia, fino a sostenere che la teorica dei controlimiti alle limitazioni di sovranità autorizzate dall'art. 11 Cost. sarebbe ormai contraddittoria con il concetto di integrazione quale risulta dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia – che offre un grado di protezione dei diritti almeno analogo alle Corti nazionali – e dal conferimento di valore giuridico pieno alla CDFUE. In alcune pronunce della sezione tributaria della Corte di Cassazione si è letto addirittura che la stessa possibilità di conflitti tra diritto comunitario e diritto statale non sarebbe più concepibile in uno spazio giuridico europeo ormai integrato⁷¹.

⁷⁰ Così sent. *Omega*, punto 38: «la necessità e la proporzionalità delle disposizioni adottate in materia non sono escluse per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro»; v. anche, in tal senso, sentenze *Lääriä e a., cit.*, punto 36, e *Zenatti, cit.*, punto 34; 11 settembre 2003, causa C-6/01, *Anomar e a.*, punto 80).

⁷¹ Questa affermazione che ricorre – identica – in almeno otto pronunce del giudice di legittimità (Cass. civ. sez. trib. 19.11.2010 n. 23418, 29.12.2010 n. 26286, 16.5.2012 n. 7659, 7660, 7661, 7663, 23.5.2012 n. 8108, 1.6.2012 n. 8817 e 8818): «La (stessa) teoria

Affermazioni affrettate, che applicazioni recenti di tale dottrina da parte di numerose Corti supreme di Stati membri hanno smentito nei fatti⁷².

Anche la Corte costituzionale italiana, che si era finora limitata a prospettare la sussistenza di un controlimito comunitario dichiarando però l'inammissibilità della questione (sent. n. 232/1989), ha per due volte opposto principi supremi della Costituzione a obblighi di fonte internazionale (di natura pattizia e consuetudinaria) nelle sentenze n. 264/2012 (in tema di riconoscimento in Italia di trattamenti pensionistici maturati in Svizzera: le cd. "pensioni svizzere")⁷³ e 238/2014, in relazione alla norma consuetudinaria costituente *jus cogens*⁷⁴ che esclude la giurisdizione

dei controlimiti, che pure trovava ragionevoli giustificazioni negli anni 70-80 del secolo scorso, quando il processo di integrazione era nelle fasi iniziali, sembra oggi in aperta contraddizione con il concetto stesso di integrazione quale risulta attualmente anche in ragione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia – che ha fornito prove sufficienti di tutela dei diritti fondamentali – e del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente valore vincolante anche nei confronti delle istituzioni europee, al punto che il conflitto tra diritto comunitario e diritto statale non sembra oggi più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato». Per un commento, se si vuole, G. SCACCIA, *Rottamare la teoria dei controlimiti?*, in *Quad. cost.*, 1/2013, p. 141 ss.

⁷² Vanno ricordate la decisione del 15 dicembre 2015 (BVR 2735/1) con cui il Tribunale costituzionale federale tedesco ha svolto per la prima volta il controllo di identità costituzionale in relazione all'applicazione di un atto normativo comunitario; la sentenza del medesimo tribunale del 18 luglio 2005 (2 BVR 2236/04) nonché la sentenza della Corte polacca P1/05 del 27 aprile 2005 sul mandato di arresto europeo; le sentenze della Corte della Repubblica ceca Sugar Quota III e Eaw del 2006, oltre alle sentenze della medesima Corte sul trattato di Lisbona (Lisbona I del 2008 e Lisbona II del 2009); la pronuncia della England and Wales High Court (Administrative Court) nel caso *Thoburn v. Sunderland City Council* del 18 febbraio 2002. Sentenza della Corte Suprema danese, 6 dicembre 2016, ricorso 15/2014. Sebbene tecnicamente non si configuri come opposizione di un controlimito, merita un cenno anche la sentenza del Tribunale costituzionale portoghese 5 aprile 2013, n. 187 (Acórdão 187/2013), con la quale si è dichiarata l'illegittimità, per contrasto con i principi di eguaglianza e proporzionalità, di draconiane misure di taglio degli stipendi dei dipendenti pubblici inserite nella legge di bilancio, nonostante che esse facessero parte di un pacchetto di misure concordate nel 2011 con la c.d. Troika (Commissione UE, BCE e FMI) quale contropartita di ingenti aiuti economici (sul punto, v. R. ORRÙ, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2014, p. 1015 ss.).

⁷³ Più nello specifico, la Corte costituzionale ha considerato legittimo, perché funzionale ad esigenze di solidarietà fiscale e di eguaglianza sostanziale, il ricorso a legge di interpretazione autentica (nella specie, la legge 27 dicembre 2006 n. 296 – legge finanziaria 2007, che aveva modificato retroattivamente i criteri di calcolo delle "pensioni svizzere" in senso non favorevole rispetto alla posizione degli assicurati), disattendendo la sentenza della CGUE del 31 maggio 2011, caso *Maggio ed altri c. Italia*, che quella medesima disciplina aveva ritenuto non giustificata da motivi imperativi di interesse generale.

⁷⁴ Come interpretata dalla Corte di Giustizia internazionale, in particolare nella pronuncia

per crimini di guerra commessi da Stati *jure imperii*.

Da ultimo, i giudici di palazzo della Consulta, dopo aver rimesso alla CGUE una questione di interpretazione dell'art. 325, §§ 1 e 2, del TFUE con cui preannunciavano l'innescò di un controlimite qualora la Corte di Lussemburgo non avesse mutato l'avviso espresso nella Sentenza Taricco (ord. n. 24/2017), hanno preso atto con la sent. n. 115/2018 delle precisazioni contenute nella sent. 5 dicembre 2017 della Grande Sezione della CGUE, che hanno permesso di superare il dissidio⁷⁵.

Il riaccendersi di contrasti fra le Corti non sorprende ed è anzi il fisiologico riflesso dell'infittirsi dell'integrazione sovranazionale e dell'espandersi progressivo del diritto europeo verso ambiti finora lasciati al dominio esclusivo delle sovranità nazionali. L'improvvisa reviviscenza della teorica dei controlimiti, che voci non isolate ritenevano fosse da confinare ormai fra i relitti del passato⁷⁶, induce però a chiedersi se – al di là dei

del 3 febbraio 2012, Germania c. Italia. La Corte costituzionale ha rilevato il contrasto tra la norma internazionale consuetudinaria in questione e il principio supremo consistente nel "diritto di agire e resistere in giudizio" a difesa dei propri diritti fondamentali violati da crimini di guerra, con violazione degli artt. 24 e 2 Cost., nella misura in cui il "diritto al giudice" rappresenta manifestazione della garanzia della dignità della persona umana posta dall'art. 2 Cost. al centro dell'ordine costituzionale (punto 3.4 del Considerato in diritto).

⁷⁵ Chiaro, in tal senso, il brano della pronuncia in cui la Corte afferma che l'interpretazione da essa avvalorata nel senso che sussista un impedimento per il giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata nella sentenza della Grande Sezione della CGUE 8 settembre 2015 nella causa C-105/14, Taricco, "se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità". A testimonianza del grande rilievo teorico e pratico della pronuncia, i commenti sono già numerosissimi: si vedano almeno R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di 'controlimiti' costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Federalismi.it*, 5.4.2017; G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, Consultaonline, Studi 2017/1, 16 marzo 2017; F. BAIO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, Consultaonline, Studi 2017/1, 9 marzo 2017; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, in *Oss. AIC*, 1/2017, 21 aprile 2017; A. ANZON, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Os. AIC*, 2/2017, 15 maggio 2017.

⁷⁶ Nella misura in cui la dottrina dei controlimiti evoca l'idea di un confine preciso e di una separazione, anziché di un'embricazione fra sistemi, si è sostenuto che essa sarebbe ormai superata, perché disallineata rispetto all'avvenuta emancipazione del diritto UE dal suo originario fondamento esclusivamente economicista: così, L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2011, p. 127 ss.; ma anche D.U. GALETTA, *La previsione di cui all'art. 3, comma 1, cpv. 1 della legge*

contrasti di merito, non vi sia anche, sul piano del metodo, una qualche diversità fra Corti nazionali e Corti europee nel modo in cui viene applicato il canone della proporzionalità e sono svolte le operazioni di bilanciamento.

Tali differenze sono a nostro giudizio sensibili e possono cogliersi su svariati piani:

a. Strutturalmente diversa è, in primo luogo, la natura del controllo giurisdizionale rispettivamente svolto. Quello esercitato dalla Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale è uno scrutinio rivolto alla tutela oggettiva della Costituzione; si configura come giurisdizione di diritto oggettivo. Pur prendendo le mosse da un caso, per il legame assicurato dalla pregiudizialità costituzionale con un'ipotesi di concreta applicazione giuridica, il giudizio costituzionale trascende il giudizio *a quo* e lo assume solo come punto di partenza per mettere alla prova la tenuta della regolazione generale-astratta presente nella legge. Il giudizio della Corte non si sovrappone mai, dunque, né esaurisce i suoi effetti nella vicenda concreta, ma la assume nella sua universalizzabilità.

Al contrario il sindacato della Corte di Strasburgo, pur quando coinvolga una legge, non è “in astratto”, ma è sempre svolto con specifico ed esclusivo riguardo alle conseguenze pratico-applicative della disciplina al fine di valutarne la puntuale conformità alle norme europee o alla CEDU. Il giudizio è concreto e subiettivo⁷⁷.

Inoltre, sul piano della sostanza dei diritti coinvolti nei bilanciamenti, va osservato che mentre il conflitto fra diritti civili e libertà economiche, nei giudizi dinanzi alla CGUE, si è risolto talora a favore dei primi, lo scrutinio sui diritti sociali – che peraltro non rientrano nella competenza dell'Unione – non è stato funzionale al loro più ampio riconoscimento, ma piuttosto a bilanciarli secondo una precomprensione politico-ideale *pro-market*, e in ultima analisi è valso a sottoporli a processi di relativizzazione che forse in ambito nazionale non sarebbero stati altrettanto facilmente possibili. Basti citare, a questo riguardo, i casi *Viking*⁷⁸, *Laval*⁷⁹, e *Rüffert*⁸⁰.

Nel primo caso si discuteva della richiesta di un importante gestore

di revisione del Titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti, in *Problemi del federalismo*, 2011, p. 293 ss.

⁷⁷ Corte plenaria, James e altri c. Regno Unito, sentenza del 21 febbraio 1986, § 36.

⁷⁸ CGUE, 11 dicembre 2007, C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti.

⁷⁹ CGUE, 18 dicembre 2007, C-341/05; Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet.

⁸⁰ CGUE, 3 aprile 2008, C-346/06, Dirk Rüffert contro Land Niedersachsen.

finlandese di traghetti (*Viking*) di immatricolare le sue imbarcazioni in Estonia, con il deliberato intento di beneficiare dei più favorevoli parametri previsti per la regolazione dei rapporti di lavoro ivi. La Corte ha affermato che la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, la restrizione di una libertà fondamentale e che l'obiettivo della tutela e del miglioramento delle condizioni di lavoro dei marittimi rappresenta una ragione imperativa di interesse generale; inoltre ha considerato legittima l'azione sindacale collettiva quando finalizzata a proteggere i posti di lavoro e a migliorare le condizioni di lavoro, ribadendo che il diritto allo sciopero è riconosciuto dall'ordinamento comunitario.

In *Laval*, dove un'impresa edile lettone che doveva eseguire un appalto in Svezia rivendicava, in aperto contrasto con i sindacati nazionali, l'applicazione dei minimi retributivi e dei parametri stabiliti da un contratto collettivo regolarmente stipulato in Lettonia, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che, in assenza di una contrattazione collettiva che imponesse condizioni uniformi minime ai contratti degli edili, le trattative caso per caso fra parte datoriale e lavoratori non potevano essere imposte alle imprese straniere, «sia perché ciò renderebbe impossibile prevedere i costi, sia perché, nel caso di specie, i sindacati volevano imporre alcune condizioni superiori a quelle previste dalle stesse leggi svedesi nelle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g) della direttiva». Nonostante l'art. 3.7 della direttiva contenga una previsione che parrebbe far salve le condizioni più favorevoli, la Corte ha escluso un'interpretazione secondo la quale lo Stato membro ospitante potrebbe subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima.

In sostanza, e riassumendo, in questa pronuncia il *test* di proporzionalità ha impedito un'applicazione della direttiva favorevole a un'espansione delle tutele sindacali attraverso la contrattazione collettiva⁸¹. Come è stato

⁸¹ Fra i molti commenti delle pronunce, di particolare interesse ai fini del presente lavoro è N. Hös, *The principle of proportionality in the Viking and Laval cases: An appropriate standard of judicial review?*, in *EUI Working Papers Law*, 2009/06; per commenti, sovente critici, alle pronunce Viking e Laval: R. REBHAIN, *Grundfreiheiten und Arbeitskampf*, in *Zeitschrift für europäisches Sozial und Arbeitsrecht*, 2008, 109; A.C. L. DAVIES, *One Step Forward, Two Steps back? The Viking and Laval cases in the ECJ*, in *Industrial Law Journal*, 2008, p. 126; B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2008, 2, p. 11 ss.; M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, p. 4 ss.; F. VECCHIO, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, in www.europeanrights.eu, 3 novembre 2010; E. LONGO, *Viking, laval e la*

osservato⁸², la Corte sembra essersi preoccupata di conservare il vantaggio competitivo dei prestatori di servizi stabiliti in Paesi con più bassi costi del lavoro.

Venendo infine al caso *Rüffert*, la Corte di Lussemburgo ha dichiarato che l'obbligo disposto dalla legislazione del *Land Niedersachsen* di rispettare il minimo salariale previsto da un contratto collettivo applicabile localmente costituisca una limitazione alla libera prestazione dei servizi e in particolare contrasti con la direttiva sul distacco dei lavoratori, che impone di rispettare i minimi salariali fissati da contratti collettivi solo se di applicazione generale nel paese di distacco.

Integrazione economica e politica sociale erano, nell'impianto originario dei Trattati, dimensioni autonome; la prima non pregiudicava la diversificazione in ambito nazionale delle politiche del lavoro. Ma a partire dalle menzionate sentenze *Viking*, *Laval* e *Rüffert* anche le regolazioni laburistiche, in quanto idonee a limitare l'uniforme accesso al mercato, sono soggette a un controllo di proporzionalità che tende a privilegiare gli ordinamenti nazionali capaci di garantire una maggiore efficienza allocativa. In queste pronunce, infatti, alla libertà contrattuale dell'imprenditore si riconosce lo status di diritto fondamentale e le politiche pubbliche in generale, ma segnatamente le politiche del lavoro (compresa la contrattazione collettiva), vengono rappresentate come strumenti privati che comprimono l'esercizio della libertà di impresa. Per conseguenza, maggiore è la limitazione imposta al mercato dalle regolazioni nazionali, più elevato sarà l'onere giustificativo da assolvere nel giudizio di proporzionalità. Più elevato, dunque, il rischio di contrasto con le logiche del mercato e con il diritto dell'Unione. L'effetto per il nostro ordinamento, come ha rilevato un'attenta dottrina, è che "l'azione collettiva dei lavoratori è sottoposta dalla Corte di Giustizia ad uno stretto scrutinio di proporzionalità a tutela della libertà economica fondamentale dell'imprenditore, che viene quindi protetta ben al di là del contenuto essenziale". Un contenuto che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha definito in relazione al contrapposto diritto di sciopero e che incontra l'unico limite assoluto nel divieto di recare danno alla produttività⁸³.

costruzione dell' «economia sociale di mercato» in Europa, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sul diritto in Europa*, Bologna 2011, pp. 209-224; M. COLUCCI, *L'Unione Europea in un delicato equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, 1, p. 239 ss.

⁸² M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2/2008, pp. 389-391.

⁸³ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione Europea*, in *costituzio-*

Riassumendo: far valere nei rapporti orizzontali fra privati la libertà di contratto dell'imprenditore e contrapporla ai diritti collettivi delle organizzazioni sindacali significa entrare all'interno della dinamica conflittuale laburistica rafforzando la posizione del datore di lavoro privato. Il sistema delle relazioni sociali, in tal modo, è parzialmente sottratto alla logica dell'autoregolazione attraverso il confronto dialettico e sottoposto alla regolazione del legislatore e delle Corti europee.

b. L'esame di proporzionalità è rivolto alle limitazioni materiali dei diritti, ma non si occupa delle garanzie istituzionali degli stessi, dei profili formali di protezione. Emerge in particolare il problema del coordinamento fra le previsioni procedurali che sono preordinate alla salvaguardia e limitazione dei diritti fondamentali. L'esame di proporzionalità, rivolto al contenuto regolativo della norma e alla sua capacità lesiva dei diritti individuali, assorbe ed esaurisce le esigenze garantistiche sottese alle forme di limitazione dei diritti previste a livello nazionale. Ma vi è davvero assoluta identità e quindi fungibilità piena fra l'esigenza di una base legale e il rispetto della riserva di legge per la limitazione dei diritti? Il tema si è posto con solare evidenza in seguito alla già sopra richiamata sentenza Taricco della CGUE⁸⁴ e al giudizio di legittimità costituzionale che ne è scaturito. In questa occasione in cui alla Corte costituzionale è stato chiesto di valutare se fosse compatibile con il principio supremo di legalità e tassatività in materia penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che nel nostro ordinamento costituzionale una fonte diversa dalla legge statale – e in particolare una norma di diritto primario dell'Unione europea dotata di effetto diretto (art. 325, §§ 1 e 2, TFUE)⁸⁵ – possa incidere *in malam partem* sulla determinazione dei presupposti che condizionano l'applicazione della pena nel caso concreto, estendendo l'area della punibilità rispetto a quanto risulterebbe in base alla legge statale. La

nalismo.it, 3/2016, 113. La distinzione danno alla produzione (consentito) e danno alla produttività (vietato) è stata introdotta da Cass. 30 gennaio 1980, n. 711.

⁸⁴ La Corte di giustizia ha affermato l'obbligo per il giudice italiano di disapplicare le disposizioni di cui agli artt. 160 e 161 c.p. nella parte in cui fissano un termine assoluto di prescrizione pur in presenza di atti interruttivi, in relazione a reati di frode fiscale (nella specie evasione dell'IVA) che offendono gli interessi finanziari dell'Unione Europea.

⁸⁵ Secondo l'interpretazione accreditata della sentenza Taricco, i §§ 1 e 2 dell'art. 325 TFUE imporrebbero al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione "che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato", anche quando – come accade in Italia – nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità.

risposta negativa che la Corte costituzionale ha dato con l'ordinanza n. 24 del 2017 e con la sent. n. 115 del 2018 – cui si è già sopra fatto cenno – conferma che il problema delle garanzie procedurali di limitazione dei diritti è tutt'altro che pacificato nel sistema di tutela multilivello dei diritti.

Detto problema, anzi, mette a sua volta in questione l'efficacia pratica della regola a cui la Corte costituzionale ha affidato l'integrazione fra i diversi livelli di tutela e quindi, in definitiva, la regolazione dei conflitti fra Corti: la regola – declinata nella sentenza n. 317 del 2009 – che impone sempre di dare applicazione a quella fra le regolazioni in conflitto (nazionale ed europea) che garantisce il livello di protezione più elevato. L'individuazione del punto in cui si realizza il “plus di tutela”, infatti, non può essere svolta se non si considerano sistematicamente, accanto alle garanzie materiali dei diritti, le garanzie istituzionali che ad esse sono sottese. Ne ha fornito un'anticipazione la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012, con la quale si è ritenuto che non sia sufficiente a integrare gli estremi di una “*abolitio criminis*” un mutamento di giurisprudenza tale da far ritenere “non prevista dalla legge come reato” una condotta che ha dato causa a una sentenza di condanna passata in giudicato, perché a ciò è di ostacolo la riserva di legge in materia penale⁸⁶; e lo ha rimarcato la stessa sentenza n. 264 del 2012, in cui la Consulta ha differenziato la tutela sistemica da essa fornita a quella frazionata e puntuale apprestata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁸⁷. Da ultimo lo ha riconfermato nel modo più autorevole e compiuto l'ordinanza n. 24 del 2017 sul caso Taricco, allorché la Corte, premesso che «il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali» e che piuttosto esso implica e presuppone il rispetto del “tasso di diversità (...) necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)», ha difeso la propria competenza ad opporre al diritto dell'Unione un controlimite “procedurale”, conseguente alla violazione del principio di stretta legalità

⁸⁶ Un istituto – ricorda la Corte – che demanda il potere di normazione in materia penale, in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo e segnatamente sulla libertà personale, all'istituzione rappresentativa dell'intera collettività nazionale che esprime le sue determinazioni all'esito di un procedimento in cui è assicurato il confronto dialettico tra tutte le forze politiche e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione.

⁸⁷ Si veda il punto 4.1 del Considerato in diritto, dove si afferma: «il richiamo al margine di apprezzamento nazionale elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali dev'essere sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro».

formale in materia penale per preservare l'identità costituzionale italiana.

c. Come ha notato Norbert Reich, la Corte europea di giustizia, nel prendere posizione, attraverso il controllo di proporzionalità, a favore o contro misure statali che, nella prospettiva degli Stati membri «*are usually justified by a public interest test, which have undergone a political bargaining process subject to their constitutional requirements, and which first will be subject to scrutiny by the national jurisdictions including their EU conformity (...) necessarily becomes involved in Member state policies*»⁸⁸.

Il tema non può certo dirsi nuovo. Anche le Corti costituzionali nazionali devono, infatti, rintuzzare la ricorrente accusa di essere organi privi di legittimazione democratica che interferiscono sul corso dei processi politici. Vi è, tuttavia, una differenza sostanziale fra i bilanciamenti compiuti dalle Corti costituzionali nazionali (o meglio i giudizi sui bilanciamenti ricomposti dal legislatore) e i bilanciamenti ricomposti dalla Corte di giustizia e dalla Corte EDU. Solo le prime, e non anche le seconde, operano infatti in uno spazio condizionato dall'immanenza della forma di governo e subiscono perciò i limiti sistemici che derivano dal loro innesto negli equilibri costituzionali. Le Corti europee agiscono invece in uno spazio astratto dai condizionamenti del Politico. La Corte di Giustizia e soprattutto la Corte EDU sembrano davvero incarnare in forma pura l'ideale di una giurisdizione neutrale, emancipata da qualunque condizionamento di ordine sistemico e politico perché sorta al di fuori di un apparato statale. Una giurisdizione senza Stato. In un simile contesto, è quasi del tutto assente il dialogo fra attori politici e attori giurisdizionali. Eppure questo dialogo è decisivo non solo per definire la cornice ambientale entro la quale le Corti inscrivono le loro decisioni, ma anche perché attiva il processo circolare di *duplex interpretatio* dal quale le Corti traggono definizioni normative, criteri di ermeneusi, prassi applicative dei testi, con ciò stesso limitando la propria discrezionalità interpretativa.

Non favorisce certo il dialogo con gli attori politici, e anzi lo ostacola, il fatto che le Corti ricostruiscano i conflitti fra norme legislative come conflitti fra concetti e valori costituzionali da esse stesse foggiate in via pretoria e rispetto ai quali le possibilità di elaborazione politica sono limitate. Per loro intrinseca natura, infatti, i diritti fondamentali non possono essere saturati dalla definizione legale; rifuggono la pura riduzione alla legalità e vivono piuttosto – nella dimensione sovranazionale quasi interamente – nella forma loro conferita dalla giurisprudenza. Si chiede allora Mark Dawson: «*Where*

⁸⁸ N. REICH, *op.cit.*, p. 10.

Courts choose to discuss balancing through concepts and values of their own making, to what extent do they leave room for political actors to engage in a proactive dialogue?»⁸⁹.

Manca oltre tutto, in ambito sovranazionale, quel limite estremo all'elaborazione giurisprudenziale del diritto costituzionale che è segnato dal potere di revisione costituzionale. È questo potere, in fondo, a chiudere il circuito della legittimazione politica della giustizia costituzionale, lasciando al Politico la possibilità di sanzionare, cambiando la Costituzione, interpretazioni evolutive considerate non in linea con la coscienza sociale o almeno con l'interpretazione che ne danno le forze politiche egemoni. Come il legislatore attraverso l'interpretazione autentica ribadisce il primato della *voluntas legislatoris* sul diritto vivente, dell'indirizzo politico sull'ermeneutica giurisprudenziale, così la revisione costituzionale segna il confine esterno all'interpretazione creativa della Costituzione da parte dei giudici costituzionali, e quindi al *judicial activism*. Ebbene, questo limite è di fatto inoperante nei confronti delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo. Trattati europei e CEDU, infatti, possono essere modificati solo all'unanimità e ciò è altamente irrealistico, visto il numero elevato degli Stati membri. Con la conseguenza che le Corti d'Europa, «(...) *lacking a credible threat of being censured by political institutions, have no real incentive to be politically responsive*»⁹⁰. L'interpretazione avvalorata dalle "giurisdizioni costituzionali europee" è dunque praticamente insanzionabile, se non attraverso un rigurgito di nazionalismo, con la minaccia di fuoriuscire dal sistema, e cioè revocando l'adesione all'Unione (la ferita di Brexit è ancora sanguinante) o alla CEDU. Nell'alternativa – egualmente scomoda – fra la pedissequa "conformazione-ottemperanza" e la radicale contestazione dei trattati, l'unica risposta possibile al *judicial activism* europeo resta così affidata al "dialogo" fra Corti, o meglio alla sottrazione dei giudici nazionali al vincolo interpretativo imposto a livello sovranazionale.

Risulta da quanto sinteticamente osservato che i diritti sembrano vivere in ambito sovranazionale in una dimensione puramente giurisdizionale, non incontrando limiti nella politica, perché applicati da Corti non immerse in un circuito politico-rappresentativo. In apparenza ciò dovrebbe assicurare: le Corti europee in quanto giurisdizioni incondizionate e incondizionabili

⁸⁹ M. DAWSON, *The political face of judicial activism: Europe's law-politics imbalance*, in M. DAWSON – B. DE WITTE – E. MUIR (eds.), *Judicial activism at the European Court of Justice: causes, responses and solutions*, Edward Elgar, 2013, p. 11 ss.

⁹⁰ M. DAWSON, *op.cit.*, 23; V. HATZOPOULOS, *Actively talking to each other: the Court and the political institutions*, in M. DAWSON – B. DE WITTE – E. MUIR (eds.), *op.cit.*, p. 102 ss.

perché “senza Stato e senza sovranità”, dovrebbero agire come le più alte istanze di neutralizzazione. È da chiedersi, però, se la *spoliticizzazione* delle Corti europee – intesa come indifferenza ai condizionamenti dettati dall’esigenza di inserirsi armoniosamente nella forma di governo – coincida con loro *neutralità* o se al contrario non sia solidale con una teoria che affida alle istanze giurisdizionali più che a quelle politiche l’attuazione in chiave evolutiva e autotelica dei diritti fondamentali, e considera perciò a tale fine necessario e indispensabile il conferimento di un accentuato potere creativo alla giurisprudenza, tanto da farne l’interprete ultimo della coscienza sociale, a preferenza dello stesso legislatore democratico. Questa concezione, che dissocia, almeno in parte, i diritti dalla loro dimensione politico-discorsiva si contrappone a una concezione “repubblicana”, diretta a conservare il primato dei circuiti democratico-rappresentativi nella conformazione giuridica delle libertà ed a contenere per quanto possibile l’attività nomopoietica della giurisprudenza.

Questo neo-costituzionalismo dei diritti imperniato sul ruolo dominante delle giurisdizioni implica, in ultima analisi, la de-politicizzazione degli stessi, lo sganciamento dalla loro dimensione storico-concreta e dalle garanzie istituzionali che li presidiano. E proprio la spoliticizzazione dei diritti, la loro sottrazione alla dimensione del conflitto ideale e sociale potrebbe spiegare il successo del test di proporzionalità, che ben si presta a favorire l’emancipazione progressiva dei diritti dai processi deliberativo-discorsivi di formazione dell’opinione e ad attrarli interamente nella dimensione della giurisdizione.

Il grandioso progetto politico avviato con la creazione di uno spazio sovranazionale di tutela dei diritti al di sopra e *contro* la sovranità statale in vista della kantiana Pace perpetua – merito storico indissolubile del continente europeo – potrebbe perciò realizzarsi a prezzo del divorzio dei diritti dal Politico. Tanto da corrodere uno dei postulati del giuspositivismo continentale: che la legge esprima un valore morale superiore alla sentenza e al contratto; e da segnare l’approdo dei sistemi costituzionali ad un *Jurisdiktionsstaat* che affida le proprie *chance* di realizzazione più alle istituzioni giudiziarie che a quelle politiche.

SEZIONE SECONDA
LIBERTÀ E DIGNITÀ

Giorgio Resta

*Diritti fondamentali e diritto privato
nel contesto digitale*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Chi è beneficiario della tutela dei diritti fondamentali? – 3. Quali riflessi sull'interazione pubblico-privato? – 4. L'accesso sistematico da parte del potere pubblico ai dati detenuti da intermediari privati – 5. Libertà contrattuale e diritti fondamentali nel contesto digitale – 5.1. Gli attributi della persona come oggetto del contratto: dati come controprestazione – 5.2. I limiti dell'autonomia contrattuale: l'esempio delle *non-disparagement clauses*.

1. *Introduzione*

Una riflessione sulla rilevanza contemporanea della *Drittwirkung* nel settore dei diritti della persona deve muovere da una considerazione preliminare. Il tema dell'efficacia irradiante dei principali costituzionali sui rapporti tra privati, già tematizzato nell'esperienza di Weimar, si è definitivamente imposto all'attenzione del giurista nel secondo dopoguerra, in un contesto nel quale:

- a) i confini tra pubblico e privato erano ancora sufficientemente saldi;
- b) lo stato manteneva un ruolo centrale nel governo dei rapporti socio-economici;
- c) i problemi applicativi ai quali la teorica della *Drittwirkung* si indirizzava erano di natura prettamente locale e nazionale.

È in un siffatto contesto che l'idea dell'applicazione diretta o indiretta dei diritti costituzionali ai rapporti tra privati inizia a prendere piede nella cultura tedesca, con una chiara finalità di redistribuzione del potere sociale soprattutto nei settori connotati dalle maggiori asimmetrie, e segnatamente in quello dei rapporti di lavoro, nella famiglia e nell'ambito delle comunicazioni di massa. Così concepita, la teorica della *Drittwirkung* si è gradualmente estesa, sia pure assumendo diverse morfologie, in molti ordinamenti europei connotati da costituzioni rigide¹.

¹ Sul punto si veda A. COLOMBI CIACCHI, *European Fundamental Rights, Private Law, and*

Dietro questa apparente storia di continuità, si celano però discontinuità importanti, le quali derivano sia dalla trasformazione dell'assetto normativo ed istituzionale di riferimento, sia dal generale mutamento del quadro socio-economico. Dal primo punto di vista basti richiamare l'impatto della costruzione europea e segnatamente la diversificazione tra il sistema delle libertà economiche e dei diritti fondamentali, nonché l'emersione del diritto privato europeo in quanto diritto privato regolatorio². Dal secondo punto di vista si pensi soltanto alla globalizzazione dei mercati e a quei complessi processi di trasformazione socio-economica evocati dall'espressione "economia digitale". L'impatto di questi fenomeni sulla tematica della *Drittwirkung* è di primario rilievo e merita di essere meditato con attenzione in tutte le sue dimensioni applicative. In queste pagine vorrei soffermarmi in particolare sul problema della tutela della persona nelle reti telematiche, riflettendo innanzitutto sulle trasformazioni dei dati di contesto e poi sulle questioni poste al sistema giuridico e le prime risposte elaborate dalle corti europee.

Se si dovessero indicare i maggiori profili di discontinuità rispetto al quadro complessivo che faceva originariamente da sfondo alla teoria della *Drittwirkung*, la scelta potrebbe ragionevolmente ricadere sui seguenti elementi:

il filtro originario dato dalla territorialità dei poteri esercitati e delle tutelate invocate è ormai venuto in larga parte a cadere, atteso che le minacce alla sfera individuale acquistano carattere sistematicamente transfrontaliero³;

nelle reti telematiche il rapporto tra potere pubblico e potere privato appare sostanzialmente capovolto: il governo delle relazioni digitali in rete è prevalentemente esercitato da soggetti privati, anche per il tramite degli strumenti tecnologici;

l'asimmetria di potere reale è tale per cui le autorità statali si trovano spesso nella necessità di richiedere (o imporre) l'ausilio degli operatori privati per accedere alla sfera personale di terzi. Se questo può dar vita a conflitti (come nel celebre caso Apple relativo alla strage di San Bernardino)⁴, in altri casi dà vita a inedite forme di cooperazione tra poteri pubblici e

Judicial Governance, in H.-W. MICKLITZ, *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, p. 102 ss.

² Sul punto si veda H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, in ID., *Constitutionalization of European Private Law*, cit., p. 1 ss.

³ Sul punto sin d'ora H.-J. PAPIER, *Rechtstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft*, in *NJW*, 2017, p. 3025 ss.

⁴ Su cui v. G. RESTA, *Il caso Apple e il dilemma dei diritti nella società della sorveglianza*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 38, 2016.

poteri privati, che modificano sensibilmente la natura delle minacce per i diritti del singolo⁵.

Tutto ciò altera profondamente il quadro delle interazioni tra diritto pubblico e diritto privato, con la conseguenza che la stessa dogmatica dei diritti fondamentali necessita di essere ripensata sotto diversi profili, com'è testimoniato dal proliferare di scritti, rapporti e dichiarazioni internazionali sui diritti fondamentali in Internet o sulla *rule of law* nel mondo digitale⁶. La giurisprudenza delle due Corti europee in materia di Internet offre un laboratorio privilegiato per misurare la natura delle sfide poste al sistema tradizionale dei diritti fondamentali e alla stessa teoria della *Drittwirkung*. Di seguito ci si soffermerà su tre profili principali: a) i destinatari del precetto di protezione dei diritti fondamentali e il problema dell'extraterritorialità; b) l'interazione tra pubblico e privato nell'accesso alla sfera personale; c) l'applicazione dei diritti fondamentali nei rapporti contrattuali e segnatamente nell'offerta dei servizi digitali.

2. Chi è beneficiario della tutela dei diritti fondamentali?

Quanto al primo punto, i discorsi del privatista sono destinati inevitabilmente a confrontarsi con quelli del cultore del diritto costituzionale e internazionale, dal momento che il progresso tecnologico rende quanto mai attuale il problema dell'individuazione del destinatario dei precetti di tutela dei diritti fondamentali. Esiste, difatti, un nesso molto stretto tra la facilità con la quale possono essere oggi commessi illeciti a carattere transfrontaliero e la natura delle reazioni dell'ordinamento giuridico, che sempre più spesso sfidano il principio di territorialità. Assolutamente emblematica, da questo punto di vista è la vicenda della sorveglianza elettronica di massa, che ha coinvolto la National Security Agency statunitense ed altre agenzie di sicurezza europee, innescando una serie di rilevanti risposte a livello legislativo, dottrinale e giurisprudenziale⁷.

⁵ Sul punto v. il recente volume curato da F. CATE – J. DEMPSEY, *Bulk Collection*, Oxford, 2017.

⁶ COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The Rule of Law in the Internet and in the Wider Digital World*, Strasbourg, 2014; O. POLLICINO – G. ROMEO, a cura di, *The Internet and Constitutional Law. The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, London - New York, 2016.

⁷ Per riferimenti v. F. BIGNAMI – G. RESTA, *Transatlantic Privacy Regulation: Conflict and Cooperation*, in 78 *Law & Cont. Prob's* 101 (2015).

Se è stato possibile operare una raccolta sistematica ed indiscriminata di dati e metadati relativi a cittadini statunitensi e stranieri, come rivelato da Edward Snowden, ciò è avvenuto in primo luogo grazie alla struttura della rete e alla natura delle tecnologie disponibili⁸. Queste fanno sì che soggetti pubblici e soprattutto soggetti privati siano tecnicamente in grado di collezionare, conservare, aggregare, analizzare e trasferire un volume enorme di dati personali relativi a qualsiasi individuo che partecipi al sistema delle comunicazioni globali o utilizzi un qualsiasi dispositivo elettronico connesso alla rete (c.d. *Internet of things*)⁹. Di qui la natura transfrontaliera delle aggressioni alla sfera personale: differentemente da quanto avveniva in passato, oggi è possibile incidere *in situ* sul livello di protezione dei diritti di uno spettro indifferenziato di individui, quale che sia il luogo in cui essi si trovino¹⁰. Ciò solleva immediatamente una serie di domande rilevanti per la teoria dei diritti fondamentali e di risulta per la teoria della *Drittwirkung*: posto che sui poteri pubblici e indirettamente sui soggetti privati gravano in virtù delle norme costituzionali e degli accordi sovranazionali specifici precetti di protezione dei diritti umani (tra i quali la *privacy*), fin dove si estende il raggio applicativo di tali doveri, e in particolare chi ne è il beneficiario?¹¹ I cittadini? Tutti gli uomini? Coloro che, indipendentemente dalla nazionalità, sono di fatto soggetti all'effettivo controllo tecnologico? E di riflesso, fin dove una corte nazionale può spingersi nel sindacare l'azione di un soggetto collocato al di fuori del proprio territorio?

In risposta a tali quesiti sembrano delinarsi due modelli contrastanti.

Il primo è quello esemplificato dall'approccio statunitense, basato su un duplice registro di tutela, rispettivamente riconosciuta ai cittadini USA o ai residenti permanenti e agli stranieri. L'intero impianto normativo statunitense - dal livello costituzionale (il riferimento è alla lettura restrittiva data dalla Corte Suprema alle garanzie iscritte del Quarto Emendamento)¹² a quello della normativa ordinaria (il riferimento è, in particolare, al

⁸ D. S. KRIS, *On the Bulk Collection of Tangible Things*, in 7 *J. Nat'l Security L. & Pol'y* 209 (2014); C. COMELLA, *Alcune considerazioni sugli aspetti tecnologici della sorveglianza di massa*, a margine della sentenza "Safe Harbour" della Corte di giustizia dell'Unione Europea, in *Dir. inf.*, 2015, p. 719.

⁹ La differenza tra le tecniche di small data e big data surveillance è sintetizzata in maniera particolarmente nitida da M. HU, *Small Data Surveillance v. Big Data Cybersurveillance*, in 42 *Pepp. L. Rev.* 773 (2015).

¹⁰ V. ad es. P. MARGULIES, *The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism*, 82 *Fordham L. Rev.* 2137 (2014).

¹¹ H.-J. PAPIER, *Rechtstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft*, cit., p. 3029 ss.

¹² In particolare, sin dal caso *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 1092 (1990)

Foreign Intelligence Surveillance Act e al Privacy Act) - circoscrive le garanzie di tutela, quantomeno nell'ipotesi del trattamento per finalità di "sicurezza nazionale", ai soli cittadini e residenti permanenti negli USA, mentre esclude, o limita al massimo, la protezione della riservatezza e della vita privata degli stranieri¹³. La *privacy*, in quel modello, è costruita non tanto come diritto dell'uomo, quanto come privilegio di quella "classe di persone che siano parte della comunità nazionale o che abbiano altrimenti sviluppato legami sufficienti con questo paese, tali da farle considerare parte integrante di tale comunità"¹⁴. Di conseguenza, non sussistono prescrizioni che limitano *ex ante* le possibilità di intercettazioni, raccolte e conservazioni di dati relative a soggetti stranieri, ove queste ricadano nel novero della *foreign intelligence information*. Si è obiettato, e i vari documenti emanati dagli organi delle Nazioni Unite avvalorano tale lettura, che una siffatta impostazione confligge frontalmente con il Patto internazionale dei diritti civili e politici, che sancisce l'obbligo in capo agli stati di garantire i suddetti diritti a tutti gli individui che si trovino "sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione" (art. 2)¹⁵. Tuttavia è noto che gli Stati Uniti si attengono ad una lettera particolarmente restrittiva della norma, intendendo la preposizione "e" come congiuntiva e non come disgiuntiva,

recentemente richiamato in maniera adesiva in *Clapper v. Amnesty International USA*, 133 Sup. Ct. 1138, 1154 (2013). La Corte Suprema ha affermato l'applicabilità del Quarto Emendamento a tutte le fattispecie di perquisizione e sequestro all'interno del territorio nazionale, indipendentemente dalla nazionalità dei soggetti coinvolti. Pertanto, si tratti di cittadini statunitensi, o di stranieri presenti a qualsiasi titolo sul suolo americano, le garanzie sancite dal Quarto Emendamento devono ritenersi comunque operanti. Per contro, qualora le ingerenze con la sfera privata si realizzino al di fuori del territorio nazionale, il Quarto Emendamento potrà essere invocato unicamente da quella "classe di persone che siano parte della comunità nazionale o che abbiano altrimenti sviluppato legami sufficienti con questo paese, tali da farle considerare parte integrante di tale comunità". Di conseguenza, mentre la cittadinanza è un criterio irrilevante ai fini del giudizio sulla legittimità di perquisizioni e sequestri condotti sul territorio USA, essendo tali atti comunque soggetti al rispetto dei vincoli costituzionali, essa opera come parametro identificativo della disciplina applicabile in tutte le ipotesi di azione extraterritoriale. Ne deriva che le intercettazioni condotte "al di fuori del territorio nazionale" ricadono nell'area di operatività del Quarto Emendamento unicamente nel caso in cui i soggetti coinvolti siano cittadini USA o a questi equiparabili. Per contro, qualora si tratti di stranieri, il Quarto Emendamento non sarebbe applicabile, in quanto norma strutturalmente preordinata alla tutela del popolo americano.

¹³ D. SEVERSON, *American Surveillance of Non-U.S. Persons: Why New Privacy Protections Offer Only Cosmetic Change*, 56 *Harv. Int'l L. J.* 465 (2015).

¹⁴ *United States v. Verdugo-Urquidez*, *cit.*

¹⁵ I. GEORGIEVA, *The Right to Privacy under Fire – Foreign Surveillance under the NSA and the GCHQ and Its Compatibility with Art. 17 ICCPR and Art. 8 ECHR*, 31 *Utrecht J. Int'l & Europ. L.* 104 (2015).

e dunque negando qualsiasi vincolo extraterritoriale al rispetto dei diritti umani e tra questi del diritto alla privacy¹⁶.

All'approccio USA si contrappone un secondo modello, che muove da un'idea più coerentemente universalistica dei diritti umani e ne predica la titolarità in capo a qualsiasi persona¹⁷. Il diritto europeo sembra orientarsi in questo senso. Da un lato la disciplina in materia di trattamento dei dati personali riconosce le garanzie di legge a qualsiasi persona fisica "indipendentemente dalla nazionalità o dal luogo di residenza" (art. 3 e cons. 14 GDPR), sicché si deve ritenere che le operazioni di trattamento dei dati personali poste in essere da un titolare stabilito nell'Unione siano soggette al rispetto della disciplina in oggetto, indipendentemente dalla nazionalità dei soggetti interessati al trattamento. Dall'altro lato, la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, che a differenza del Regolamento Generale include nel suo raggio applicativo anche l'ipotesi del trattamento per scopi di tutela della sicurezza nazionale, prescrive il rispetto delle norme CEDU da parte degli Stati membri nei confronti di "ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione". Ci si può chiedere, quindi, se nel quadro dei rapporti digitali i precetti di protezione dei diritti fondamentali – visti sia come doveri d'astensione sia come obblighi positivi di tutela – possano predicarsi anche in relazione a soggetti stranieri e residenti al di fuori del territorio nazionale¹⁸. Com'è noto, la Corte Europea dell'Uomo ha progressivamente abbandonato la concezione puramente 'territoriale' della giurisdizione, per abbracciare una nozione 'funzionale'. In questo senso, si è ritenuto che sussiste la giurisdizione dello Stato contraente anche qualora esso operi al di fuori dei confini nazionali o gli effetti della sua azione si producano su scala extraterritoriale, purché sussista un "effettivo controllo" su un'area o un gruppo di persone¹⁹. Una siffatta nozione funzionale può essere estesa anche al controllo sulle comunicazioni digitali di terzi? E segnatamente, un programma di sorveglianza di massa simile a quello posto in essere dalle agenzie di sicurezza statunitensi e inglesi sarebbe da reputarsi legittimo alla luce del diritto europeo, anche se diretto al controllo di soggetti stranieri?

¹⁶ V. in generale B. VAN SCHAAK, *The United States' Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Obligations: Now Is the Time for Change*, 90 *Int'l L. Stud.* 20 (2014).

¹⁷ H.-J. PAPIER, *Rechtstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft*, cit., p. 3029 ss.

¹⁸ In tema F. BIGNAMI – G. RESTA, *Human Rights Extraterritoriality: The Right to Privacy and National Security Surveillance*, in E. BENVENISTI – G. NOLTE, *Community Obligations Across International Law*, Oxford, forthcoming 2018.

¹⁹ Tra le altre v. *Loizidou v. Turkey*, 310 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1995); *Al-Skeini v. United Kingdom*, 53 Eur. Ct. H.R. 18 (2011).

Alcuni studiosi si sono pronunciati in senso affermativo, sostenendo che il ‘controllo’ virtuale sulle comunicazioni permesso dalle attuali tecnologie della sorveglianza rappresenta il logico sviluppo della nozione di controllo effettivo di un’area propria del mondo ‘reale’²⁰. La Corte europea non si è ancora pronunciata su questo specifico profilo (in un diverso caso, *Ben el Mahi c. Danimarca*, ha soltanto escluso che un gruppo di cittadini marocchini potesse agire contro la Danimarca per violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione in materia religiosa per la pubblicazione dei cartoons su Maometto)²¹, ma verosimilmente lo farà a breve. Difatti, nel caso *10 Human Rights Organisations v. UK*²², molteplici associazioni per la tutela dei diritti civili europee ed extraeuropee, tra le quali l’American Civil Liberties Union e la Canadian Civil Liberties Association hanno citato in giudizio il Regno Unito asserendo di aver subito una violazione dei propri diritti *ex artt.* 8 e 10 CEDU, nonché dell’art. 14 (discriminazione tra cittadini e stranieri) per effetto del programma TEMPORA posto in essere dal GCHQ inglese. Qualora venisse affermata la legittimazione attiva, non è improbabile un giudizio di condanna del Regno Unito, in quanto la decisione della Grande Camera nel caso *Zakharov c. Russia*²³ e la successiva *Szabó e Vissy c. Ungheria*²⁴ fanno chiaramente intendere che un programma di *bulk collection* con le caratteristiche di PRISM o TEMPORA non sarebbe in linea – in primo luogo sotto il profilo della proporzionalità – con il precetto dell’art. 8 della Convenzione. Le decisioni da ultimo citate sono entrambi molto rilevanti, anche perché instaurano un preciso e importante circuito motivazionale con la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Digital Rights*²⁵.

Inoltre almeno un cenno deve essere fatto in questo contesto all’altro

²⁰ M. MILANOVIC, *Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age*, 56 *Harv. J. Int. L.* 81 (2015), pp. 120-30; I. GEORGIEVA, *The Right to Privacy under Fire – Foreign Surveillance under the NSA and the GCHQ and Its Compatibility with Art. 17 ICCPR and Art. 8 ECHR, cit.*, p. 113 (2015).

²¹ *Ben el Mahi v. Denmark*, 11-12-2006, App. N. 5853/06.

²² *10 Human Rights Organisations v. United Kingdom*, App. N. 24960/15 (May 2015).

²³ Eur. Ct. H.R., 4-12-2015, *Zakharov v. Russia*, App. n. 47143/06.

²⁴ Eur. Ct. H.R., 12-1-2016, *Szabó and Vissy v. Hungary*, App. N. 37138/14.

²⁵ Corte di giustizia, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, in *Dir. inf.*, 2014, p. 851, con nota di S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1044, con nota di C.M. CASCIONE, *I diritti fondamentali prevalgono sull’interesse alla sicurezza: la decisione data retention della Corte di giustizia e gli echi del Datagate*.

grand arrêt di Lussemburgo nell'ultimo triennio, ossia il caso *Google Spain*²⁶, il quale viene qui in discussione proprio per la lettura estremamente flessibile della clausola di applicazione territoriale (art. 4, c. 1, lett. a della direttiva 95/46) e segnatamente della formula “contesto delle attività di uno stabilimento”. Questa adotta come criterio quello dell'offerta di beni e servizi a un interessato residente nel territorio dell'Unione, anticipando la scelta poi compiuta nel Regolamento, all'art. 3, c. 2. Non è difficile leggere nel caso *Google Spain* un effetto-riflesso della mutata natura delle minacce ai diritti fondamentali evocata in precedenza: quanto più le violazioni acquistano carattere transfrontaliero, tanto più si registra la tendenza degli ordinamenti giuridici a discostarsi da una lettura rigida del principio di territorialità sin qui assunto a fondamento e limite del potere sovrano degli stati²⁷. E tuttavia i rischi di una siffatta tendenza non sono irrilevanti, atteso che ai tentativi di affermare una forma di giurisdizione ‘universale’ da parte di ciascuno stato o area regionale può corrispondere un'analogo reazione da parte di altri poteri sovrani, in danno della certezza del diritto²⁸.

3. Quali riflessi sull'interazione pubblico-privato?

Il riferimento al caso *Zakharov c. Russia* permette di spostare il discorso sul secondo profilo rilevante, ossia l'effetto irradiante dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti tra privati. Il nesso con il primo punto è evidente: se si circoscrive la tutela ai soli cittadini, si finirà logicamente per ammettere la sussistenza di un obbligo positivo di protezione soltanto in presenza di rapporti obbligatori che intercorrano con cittadini o residenti²⁹. Peraltro, non è certo che neanche in tal caso si possa predicare l'esistenza di un

²⁶ Corte di giustizia, 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, causa C-131/12; la decisione è pubblicata in *Dir. inf.*, 2014, p. 535.

²⁷ In generale v. B. VAN ALSENOY – M. KOEKKOEK, *Internet and jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the 'right to be delisted'*, 5 *Int'l Data Privacy L.* 105, pp. 110-111 (2015); G. SARTOR – M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 657.

²⁸ In quest'ottica D. J.B. SVANTESSON, *The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law – Its Theoretical Justification and Its Practical Effect on U.S. Businesses*, 50 *Stan. J. Int'l L.* 53, p. 71 (2014); Id., *Extraterritoriality in the Context of Data Privacy Regulation*, 7 *Masaryk Univ. J. L. & Tech.* 87 (2013).

²⁹ In generale sull'estensione delle Schutzpflichten nel contesto digitale, H.-J. PAPIER, *Rechtstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft*, cit., p. 3030.

obbligo positivo di protezione, poiché diversi ordinamenti, e in particolare l'ordinamento statunitense subordinano la tutela in discorso alla presenza di una *state action*³⁰. Questa potrebbe ritenersi astrattamente presente in una fattispecie simile a *Zakharov c. Russia*, ove gli attori lamentavano l'installazione da parte del fornitore dei servizi di telecomunicazione di dispositivi elettronici in grado di intercettare il contenuto di qualsiasi comunicazione; installazione che era stata prescritta da un apposito regolamento del Ministero delle Comunicazioni. Ma certamente sarebbe da escludersi in tutti i casi di accordi stipulati volontariamente da soggetti privati senza aver subito alcuna pressione in tal senso da parte dei poteri pubblici. Eppure sono proprio questi i casi che appaiono oggi più rilevanti, proprio in ragione di quel mutamento di contesto precedentemente evocato, il quale altera nelle reti telematiche il tradizionale equilibrio intercorrente tra l'esercizio del potere pubblico e quello del potere privato. Sono sempre più i soggetti privati, infatti, ad assumere e far valere una posizione di primazia tecnologica e sociale, la quale dà vita a due fenomeni inediti e particolarmente rilevanti nella prassi:

a) l'accesso da parte dei poteri pubblici alla sfera personale dei singoli tende a essere sistematicamente mediata da un altro soggetto privato;

b) le condizioni "tecnologiche" della contrattazione a distanza sono tali da ridurre i già ristretti margini di negoziazione presenti nel mondo reale, tanto da rendere la determinazione unilaterale del contenuto del contratto un fenomeno sistematicamente replicato, con effetti distorsivi sul livello di tutela dei diritti fondamentali del cittadino.

4. *L'accesso sistematico da parte del potere pubblico ai dati detenuti da intermediari privati*

Dal primo punto di vista è sufficiente richiamare la vicenda dell'NSA e la controversia *Schrems* portata dinanzi alla Corte di Giustizia³¹. Il programma di raccolta dei massa dei metadati era stato posto in essere proprio attraverso la collaborazione (volontaria in alcuni casi, obbligatoria nella maggior parte di essi) dei maggiori *providers*, che intrattenevano rapporti contrattuali con gli utenti dei servizi di telecomunicazione.

³⁰ M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, 1 *Int'l. J. Const. L.* 79, p. 89 (2003).

³¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, 6 ottobre 2015, causa C-362/14, Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner [Ireland].

Ma proprio questo filtro era tale da porre fuori gioco molte delle tutele tradizionali pensate rispetto all'azione dei poteri pubblici: emblematico a questo riguardo è l'impiego della *third party doctrine*, al fine di neutralizzare le garanzie formalizzate nel Quarto Emendamento della Costituzione USA³². Rispetto ai metadati in possesso dei *providers*, le corti hanno negato la sussistenza di una *reasonable expectation of privacy*, così di fatto intaccando in maniera drammatica il dispositivo istituzionale di protezione della sfera individuale³³. Se si riflette sulle implicazioni di tale modello rispetto all'integrità dei rapporti digitali, si vedrà come gli intermediari collezionano una massa enorme di informazioni relative agli utenti della rete (è questo lo spirito della 'sorveglianza liquida' nell'epoca dei *big data*)³⁴, la quale rappresenta una 'riserva' particolarmente appetibile anche per i poteri pubblici. Ciò pone un duplice problema. Da un lato quello della restrizione dei poteri di accesso automatico da parte delle autorità pubbliche ai dati relativi a terzi conservati da soggetti privati nell'ambito della propria attività professionale (cfr. ora il Considerando 31 del Regolamento, ove si legge che "le richieste di comunicazione inviate dalle autorità pubbliche dovrebbero sempre essere scritte, motivate e occasionali e non dovrebbero riguardare un intero archivio o condurre all'interconnessione di archivi")³⁵. Dall'altro quello del controllo sul regolamento contrattuale, la cui disciplina dovrebbe prevenire tecniche private di aggiramento delle regole poste a presidio dei diritti fondamentali nell'ambito del trattamento dei dati da parte del settore pubblico.

Il caso *Schrems* può essere utilmente richiamato per notare come la Corte di Giustizia avesse ritenuto il *Safe Harbour* incompatibile con la disciplina europea, in quanto tale accordo conteneva una clausola in bianco in virtù della quale i principi in oggetto avrebbero potuto subire restrizioni «se e in quanto necessario per soddisfare esigenze di sicurezza nazionale, interesse pubblico o amministrazione della giustizia [degli Stati Uniti]»³⁶. Ora è legittimo interrogarsi sulla validità di una clausola di

³² In tema M. BEDI, *Facebook and Interpersonal Privacy: Why the Third Party Doctrine Should Not Apply*, in 54 *B.C.L. Rev.* 1, 12-17 (2013); F. BIGNAMI, *The US legal system on data protection in the field of law enforcement. Safeguards, rights and remedies for EU citizens*, Bruxelles, 2015, p. 10.

³³ Per riferimenti v. S. K. PELL, *Systematic Government Access to Private-Sector Data in the United States I*, in F. CATE – J. DEMPSEY, a cura di, *Bulk Collection*, cit., p. 173 ss., p. 177; F. BIGNAMI – G. RESTA, *Transatlantic Privacy Regulation: Conflict and Cooperation*, cit.

³⁴ D.S. KRIS, *On the Bulk Collection of Tangible Things*, cit.

³⁵ In tema G. RESTA, *Systematic Government Access to Private-Sector Data in Italy*, in F. CATE – J. DEMPSEY, *Bulk Collection*, cit., p. 111 ss.

³⁶ Allegato I, quarto comma, Decisione 2000/520 della Commissione. In tema v. G.

questo tipo, la quale, invece di essere prevista in un accordo internazionale, sia riprodotta in un contratto tra un *provider* come Facebook e un privato. Si deve notare, a questo, proposito, che la disciplina del trasferimento dei dati personali all'estero contenuta nel Regolamento, oltre a prevedere le ipotesi di trasferimento previa valutazione di adeguatezza, adozione di *binding corporate rules* o clausole tipo di protezione dei dati, mantiene la clausola residuale del consenso come autonoma base di legittimazione di un trasferimento. L'art. 49, c. 1, lett. a), in particolare, stabilisce che anche in mancanza di una decisione di adeguatezza, è possibile trasferire dati personali se "l'interessato abbia esplicitamente acconsentito al trasferimento proposto, dopo essere stato informato dei possibili rischi di siffatti trasferimenti per l'interessato, dovuti alla mancanza di una decisione di adeguatezza e di garanzie adeguate"³⁷. Non è difficile rendersi conto del fatto che nei contratti di accesso a servizi proposti dalle multinazionali della rete una clausola negoziale di trasferimento dei dati all'estero possa essere agevolmente introdotta senza che l'utente/consumatore abbia modo di contestare o incidere sul suo contenuto. Il che fa emergere la necessità di un controllo dell'autonomia contrattuale preordinato al mantenimento del quadro delle garanzie relative al diritto alla protezione dei dati personali. O si pensi al caso Microsoft: qualora nei contratti di fornitura del servizio email si fosse prevista la possibilità di comunicare dati personali su richiesta delle autorità pubbliche USA, questa clausola avrebbe potuto essere invocata per aggirare il problema della extraterritorialità? Tale questione, di rilievo centrale, è stata espressamente sollevata nel recente report del Consiglio d'Europa sulla *rule of law* nel mondo digitale e merita di essere studiata con attenzione³⁸.

5. Libertà contrattuale e diritti fondamentali nel contesto digitale

La seconda serie di problemi tocca più in generale il rapporto tra la fornitura a distanza di contenuti digitali e il sistema dei diritti fondamentali. L'osservazione della prassi e del dibattito scientifico permette di isolare due

RESTA, *La sorveglianza di massa e il conflitto regolatorio USA/EU*, in *Dir. inf.*, 2015, p. 697 ss., pp. 714-716.

³⁷ Cfr. il commento di D.A. PAULY, in B.P. PAAL – D.A. PAULY, a cura di, *Datenschutz-Grundverordnung*, München, 2017, p. 593.

³⁸ COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The Rule of Law in the Internet and in the Wider Digital World*, cit., p. 35.

principali profili controversi: i) la rinuncia a diritti fondamentali come oggetto del contratto; ii) la compressione di diritti fondamentali come effetto di obblighi accessori al regolamento pattizio.

5.1. *Gli attributi della persona come oggetto del contratto: dati come controprestazione*

Il primo punto può essere riformulato esemplificativamente ponendo l'interrogativo se i dati personali possano costituire una valida controprestazione – e segnatamente la principale controprestazione – di un contratto di fornitura di contenuti digitali. *Daten als Leistung?* Su questo interrogativo ci si confronta da molti anni, ma è soltanto negli ultimi tempi che lo sfruttamento dei dati è divenuto la pietra angolare del nuovo modello di “capitalismo senza capitale”³⁹. O meglio, sono i dati ad essere divenuti il nuovo “capitale”. Il tema è noto a chiunque si occupi di *big data*, ma la realtà quotidiana lo ha reso un fenomeno di comune esperienza: basti pensare soltanto all'evoluzione del mercato assicurativo e alla riduzione dei premi prevista per chi acconsenta all'installazione di dispositivi elettronici che monitorano il comportamento alla guida dell'autovettura. Tecnicamente, emergono una serie di problemi che incrociano il diritto della concorrenza, il diritto dei consumatori, la teoria generale del contratto e il sistema della protezione dei dati personali. Qui si farà cenno soltanto a due questioni oggi al centro del dibattito.

La prima è se i dati personali possano essere giuridicamente equiparati ad un “prezzo” (o una “controprestazione”) ai fini dell'applicazione della disciplina consumeristica. Il tema è stato affrontato in particolare dalla dottrina tedesca, specie con riferimento all'interpretazione del § 312 BGB, che limita l'applicazione delle regole sui contratti a distanza ai negozi con prestazioni corrispettive⁴⁰. Di recente, però la stessa Autorità antitrust è italiana ha avuto modo di soffermarsi su questo problema, nell'ambito di due importanti controversie che implicavano l'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali sleali e più in generale dei rimedi

³⁹ J. HASKEL – S. WESTLAKE, *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Princeton, 2017.

⁴⁰ In tema v. A. METZGER, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag*, in *AcP*, 2016, p. 816 ss., pp. 845-846; C. LANGHANKE – M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *EuCML*, 2015, p. 218; M. NARCISO, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, in *EuCML*, 2017, p. 198.

a tutela del consumatore⁴¹. L'Autorità non ha avuto dubbi nel ritenere il Codice del consumo applicabile alle fattispecie di fornitura di servizi della società dell'informazione a titolo formalmente 'gratuito', in quanto il valore economico dei dati personali era tale da giustificare la sussistenza di un rapporto di scambio a carattere sostanzialmente sinallagmatico⁴². È opportuno notare che in questo senso si è orientata la proposta di direttiva sui contratti di fornitura dei servizi digitali, il cui art. 3 equipara l'offerta di contenuti digitali a fronte di un prezzo a quella che avviene in cambio di una "controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato" (il Considerando n. 13 sottolinea l'esigenza di non discriminare tra i due modelli di *business*)⁴³. Le obiezioni in proposito sollevate dal Parere del Garante Europeo, e volte a escludere l'equiparazione dei dati a delle merci⁴⁴ non paiono decisive, poiché il problema di fondo non è negare una circostanza di fatto ormai acquisita nella *data driven economy* (ed innegabile da chiunque abbia una visione realistica dei fenomeni)⁴⁵, bensì conformare la disciplina applicabile al rapporto in modo tale da assicurare la contestuale salvaguardia delle garanzie fondamentali della persona.

Questa, difatti, è la seconda questione precedentemente evocata. Come incide il carattere personale dei beni coinvolti sulla definizione delle regole applicabili ai contratti preordinati alla cessione dei dati personali – e non necessariamente da parte di un consumatore – in cambio di un servizio? Qui emerge in maniera nitida il problema del coordinamento tra la disciplina generale del contratto e la disciplina dei dati personali. A tal riguardo potrebbe utilmente richiamarsi la distinzione, formulata diversi anni fa da Davide Messinetti, tra il consenso al trattamento come negozio

⁴¹ AGCM, 11-5-2017, n. 26597, WhatsApp – Trasferimento Dati a Facebook, in Bollettino n. 18/2017, 57; AGCM, 11-5-2017, n. 26596, WhatsApp – Clausole Vessatorie, in Bollettino n. 18/2017.

⁴² Per un approfondimento v. G. RESTA, *Digital Platforms Under Italian Law*, in *Medialaws*, 2, 2018, forthcoming.

⁴³ COM (2015) 634, art. 3.1: "This Directive shall apply to any contract where the supplier supplies digital content to the consumer or undertakes to do so and, in exchange, a price is to be paid or the consumer actively provides counter-performance other than money in the form of personal data or any other data". Per un'analisi dettagliata v. A. METZGER, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag*, cit., spec. 821; G. SPINDLER, *Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze - Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte*, in *MMR*, 2016, pp. 147, 150.

⁴⁴ European Data Protection Supervisor, Opinion on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, n. 4/2017, ove si afferma che il dato personale "is related to a fundamental right and cannot be considered as a commodity".

⁴⁵ A. METZGER, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag*, cit., p. 818.

unilaterale che permette l'apertura della sfera privata ai terzi e il contratto come accordo bilaterale che disciplina le modalità e i limiti dell'utilizzazione economica dei dati⁴⁶. Il consenso opererebbe cioè come co-elemento della fattispecie e come una sorta di *Geschäftsgrundlage* del contratto. Esclusa, per quanto detto, l'ipotesi dell'invalidità del contratto per illiceità della causa, è essenziale chiarire se un consenso manifestato in funzione di una promessa di corrispettivo (nella forma dell'accesso gratuito al servizio della società dell'informazione) possa ritenersi senza incertezze un consenso "libero" ai sensi della disciplina del trattamento dei dati personali, e segnatamente del nuovo Regolamento Generale europeo. Non è chiaro come tale nozione debba essere intesa. Come ha ben chiarito Shaira Tobani⁴⁷, consenso libero può voler dire astrattamente: a) consenso informato; b) consenso emesso in condizioni di effettiva autonomia decisionale; c) consenso non condizionato ad una controprestazione. Mentre nel primo caso il requisito della libertà verrebbe a coincidere con i consueti parametri negoziali, nella terza ipotesi si accoglierebbe un modello regolatorio non diverso da quello delineato in relazione alla circolazione del corpo umano, ove la libertà del consenso presuppone normativamente l'assenza di corrispettivo (in questo senso è da intendersi il divieto di fare il corpo e le sue parti fonte di profitti, ai sensi dell'art. 3 della Carta dei diritti UE)⁴⁸. Nel secondo modello, invece, libertà significa assenza di coartazione, la quale può derivare soprattutto dal divario di potere negoziale (si pensi in particolare alla materia dei servizi sanitari o dei rapporti di lavoro) o dall'abuso di posizione dominante sul mercato (si pensi all'effetto *lock-in* nel caso Facebook/Whatsapp). Il Garante in alcuni provvedimenti sembra avere guardato con favore al terzo modello, affermando che: "[i]l consenso del contraente per l'attività promozionale deve intendersi libero quando non è preimpostato e non risulta – anche solo implicitamente in via di fatto – obbligatorio per poter fruire del prodotto o servizio fornito dal titolare del trattamento. Esemplicando, non è libero il consenso prestato quando la società condiziona la registrazione al suo sito web da parte degli utenti e, conseguentemente, anche la fruizione dei suoi servizi, al rilascio del consenso al trattamento per la finalità promozionale"⁴⁹.

⁴⁶ D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss., spec. 365.

⁴⁷ S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Rimini, 2016, p. 43; Ead., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. Dir. priv.*, 2016, pp. 513, 519.

⁴⁸ Per riferimenti v. G. RESTA, voce *Doni non patrimoniali*, in *Enciclopedia del diritto. Annali IV*, Milano, 2011, p. 510 ss.

⁴⁹ Provv. 330/2013. Per un'analisi dettagliata degli orientamenti del Garante v. S. THOBANI,

Aderendo a una siffatta impostazione, sarebbe difficile configurare un rapporto contrattuale, là dove la controprestazione sia costituita dalla vera e propria messa a disposizione dei dati personali, in quanto ciò sarebbe indice, secondo l’Autorità, di un consenso non libero. Tuttavia, le scelte compiute dal Regolamento testimoniano di una posizione più liberale. Nell’art. 4, n. 10, il consenso è definito “manifestazione di volontà libera, specifica, informata, inequivocabile dell’interessato con la quale esso manifesta il proprio assenso a che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento”. Nell’art. 7, comma 4, si prevede che “nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l’eventualità, tra le altre, che l’esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all’esecuzione di tale contratto”. Dalla lettera della norma sembra potersi desumere soltanto una *linkage prohibition* a carattere “debole”, e cioè la prescrizione consistente nell’assumere come specifico indice valutativo (ma non esclusivo parametro di giudizio) il nesso intercorrente il consenso al trattamento e l’esecuzione del contratto o la prestazione di un servizio (art. 7, comma 4)⁵⁰. Non si stabilisce, invece, l’impossibilità di dar vita ad una relazione sinallagmatica tra la prestazione di un servizio e la messa a disposizione di dati e metadati. Ciò non toglie tuttavia che ciò possa avvenire soltanto in quadro di libertà e trasparenza. È dunque da richiedere un controllo attento sul rispetto degli oneri informativi in capo al titolare del trattamento sia alla stregua della disciplina sulla protezione dei dati, sia di quella in materia di tutela del consumatore. Tecnicamente, si è giustamente osservato che le condizioni relative al prezzo e alla qualità delle prestazioni coinvolte (da esplicitare in ragione degli artt. 21-22 Codice del consumo) includono anche il “valore dei dati”⁵¹. Sicché non può ritenersi “libero e informato” un consenso che non sia stato reso in un contesto che permetta al disponente di avere una chiara percezione di ciò che sta cedendo in cambio di un servizio. Inoltre il requisito della libertà impone l’assenza di costrizioni nel processo volitivo. Ed ovviamente qualora ci si trovi in presenza non soltanto di pressioni indebite, ma anche

La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità, cit., pp. 530-540.

⁵⁰ Sul punto v. P. SCHANTZ, *Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht*, in *NJW*, 2016, p. 1841 ss., pp. 1845-1846; C. LANGHANKE – M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration, cit.*, p. 221.

⁵¹ Per riferimenti v. A. DE FRANCESCHI, *Digitale Inhalte gegen Personenbezogene Daten: Unentgeltlichkeit oder Gegenleistung?*, in M. SCHMIDT-KESSEL – M. KRAMME, a cura di, *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, Sippligen, 2017, pp. 113 e 125-131.

di abuso di potere negoziale ai sensi della disciplina della concorrenza, il consenso (e di riflesso il contratto a valle) potrebbe ritenersi viziato⁵². A tal scopo risulta di fondamentale importanza verificare se i servizi promessi in cambio della prestazione del consenso siano offerti in regime sostanzialmente monopolistico oppure esistano valide alternative sul mercato⁵³.

Inoltre il dato che merita di essere segnalato è che, anche qualora si opti per la tesi più liberale, ritenendo cioè che i dati personali siano suscettibili di costituire valida controprestazione, ciò non significa appiattare il modello di circolazione su quello proprio dei diritti patrimoniali. Difatti, è di immediata evidenza che il quadro normativo in materia di protezione dei dati è ricco di strumenti atti ad operare in funzione conformativa del regolamento contrattuale conseguente. Basti notare non soltanto che i diritti di accesso di cui all'art. 15 e ss. del Regolamento permangono invariati anche nell'ipotesi della disposizione per contratto dei dati personali, e ciò per tutta la durata del rapporto (ed anche oltre, se si considera il rimedio della cancellazione nell'ipotesi del c.d. diritto all'oblio). Ma soprattutto che il Regolamento garantisce ora espressamente il rimedio della revoca del consenso. L'art. 7, c. 3, afferma "il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento", precisando che "il consenso è revocato con la stessa facilità con la quale è stato prestato". Ciò significa, in altri termini, che il potere di revoca entra a far parte dell'ordine pubblico contrattuale, sicché sarebbe invalida una clausola che stabilisse la rinuncia alla revocabilità. Di qui la conclusione che i contratti sui dati personali, benché lecitamente stipulati, sono connotati da una strutturale precarietà, la quale si giustifica proprio in ragione della natura di diritti fondamentali delle posizioni coinvolte e in particolare delle caratteristiche intrinseche del diritto all'autodeterminazione informativa⁵⁴.

5.2. *I limiti dell'autonomia contrattuale: l'esempio delle non-disparagement clauses*

Qualche cenno, infine, al problema della rinuncia ai diritti fondamentali non come oggetto del contratto, bensì come effetto di un'obbligazione

⁵² In quest'ottica cfr. il commento all'art. 7 del Regolamento di E.M. FRENZEL, in B.P. PAAL – D.A. PAULY, a cura di, *Datenschutz-Grundverordnung, cit.*, p. 115; nonché A. METZGER, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag, cit.*, p. 823.

⁵³ In quest'ottica v. A. METZGER, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag, cit.*, p. 824.

⁵⁴ In questa prospettiva v. G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 299 ss.

accessoria. Mi è occorso in passato di occuparmi del tema della successione *mortis causa* nei rapporti digitali, la quale evidenzia casi macroscopici di restrizione della libertà testamentaria derivanti dalle condizioni generali di contratto adottate dei maggiori *content providers*⁵⁵. Non ritornerò in questa sede sul punto, benché esso abbia ormai assunto un'importanza centrale, tanto da suscitare un ampio dibattito nella maggior parte degli ordinamenti europei⁵⁶. Vorrei invece segnalare uno sviluppo piuttosto interessante che si ricava dall'osservazione della prassi contrattuale, e segnatamente la diffusione delle c.d. "non disparagement clauses", ossia clausole che impegnano il consumatore o in genere la parte contrattuale a non pubblicare commenti e recensioni negative sui beni o servizi ricevuti⁵⁷. Queste clausole si giustificano con l'importanza che assume ormai il sistema del *rating* (e quindi della sanzione reputazionale) per la gran parte dei settori dell'industria e del commercio; esse sono volte, in particolare, a limitare il rischio che il consumatore in maniera capricciosa o immotivata esprima giudizi critici tali da compromettere la reputazione dell'impresa. Tuttavia, l'effetto di tali clausole, specie ove siano assistite da una penale contrattuale, consiste nella compressione della libertà di parola e di critica. Due casi portati all'attenzione di Corti federali distrettuali USA testimoniano della rilevanza del fenomeno: nel primo, *Robert Allen Lee v. Makhnevich*⁵⁸, la clausola in questione era inserita all'interno di un contratto di cura medica e obbligava il paziente a non pubblicare in rete giudizi lesivi della reputazione del professionista; nel secondo, *Palmer e Kulas v. Kleargear.com*⁵⁹, una coppia dell'Utah si era vista decurtare dalla carta di credito 3.500 \$ a titolo di penale contrattuale per avere diffuso recensioni negative del servizio di vendita a distanza offerto dalla controparte. In entrambi i casi le corti hanno affermato l'invalidità delle clausole per *unconscionability* e *lack of consideration*; ma in altri casi queste ed altre clausole sono state ritenute valide⁶⁰, come nell'ipotesi in cui l'impresa preveda l'automatica cessione del *copyright* sulle recensioni del prodotto (in modo poi da poterne ottenere la cancellazione da tutti i siti nei quali esse siano state pubblicate)⁶¹.

⁵⁵ G. RESTA, *La morte digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 891 ss.

⁵⁶ V. da ultimo M. BOCK, *Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses*, in *AcP*, 2017, p. 370.

⁵⁷ V. C.B. PRESTON, 'Please Note: You Have Waived Everything': *Can Notice Redeem Online Contracts?*, 64 *Am. Un. L. Rev.* 535 (2015).

⁵⁸ *Robert Allen Lee v. Makhnevich*, No. 1:11-cv-08665 (S.D. N.Y. February 21, 2015).

⁵⁹ *Palmer v. Kleargear.com*, No. 13-cv-00175 (D. Utah May 5, 2014).

⁶⁰ *Free Life Int. v. Am. Ed. Mus. Pub's*, no. cv07-2210-phxdgc (D. Ariz. 2009); *Gallard v. Johnston*, No. 1:2014cv04411 1290775 (S.D.N.Y. March 19, 2015).

⁶¹ *Small Justice LLC v. Xcentric Ventures LLC*, No.13-CV-11701, 2015WL1431071

La questione ha sollevato un'accesa discussione negli Stati Uniti, inducendo la California all'approvazione di una legge (c.d. Yelp bill), che ha modificato il codice civile californiano stabilendo la nullità di siffatti 'obblighi di silenzio' e sanzionando il comportamento del professionista che in qualsiasi modo eserciti pressioni per dissuadere il consumatore dall'esercizio del diritto di critica⁶². È da ritenere che clausole di questo tipo possano reputarsi invalide nel nostro sistema *ex art.* 1418 c.c., implicando esse una compressione sproporzionata del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, rilevante alla stregua della clausola dell'ordine pubblico interpretata in maniera costituzionalmente orientata⁶³.

(D. Mass., March 27, 2015).

⁶² Cal. Civ. Code, § 1670.8.(a).1, ove si stabilisce che alcun *“contract or proposed contract for the sale or lease of consumer goods or services may not include a provision waiving the consumer’s right to make any statement regarding the seller or lessor or its employees or agents, or concerning the goods or services”*.

⁶³ In generale sul problema della rinuncia al diritto alla libertà d'espressione nell'ambito di un accordo contrattuale V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 545 ss.; G. R. SHELL, *Contracts in the Modern Supreme Court*, in 81 *Cal. L. Rev.* 431, p. 477 (1993).

Daniele Maffei

*La discriminazione contrattuale
e la dignità della persona*

SOMMARIO: 1. Divieto di discriminazione e parità di trattamento – 2. I problemi più importanti nell'applicazione del divieto di discriminazione – 3. L'ambito di applicazione del divieto di discriminazione – 4. Il problema della discriminazione indiretta. – 5. Il giudizio di meritevolezza degli interessi - 6. L'elemento soggettivo. – 7. Conclusione.

1. *Divieto di discriminazione e parità di trattamento*

Vorrei muovere dall'insegnamento di Pietro Rescigno nei suoi studi sulla parità di trattamento, per confrontare quella nozione di parità di trattamento con la nozione di discriminazione contrattuale¹. Pietro Rescigno ci ha insegnato che, se si applicasse il principio di parità di trattamento ai rapporti contrattuali, si avrebbe una limitazione assurda della libertà contrattuale, che ne risulterebbe distrutta. Non sono certamente io l'esegeta delle pagine del professor Rescigno, ma mi pare di poter dire che, tra i Maestri, Egli non abbia abusato nemmeno un poco di espressioni come assurdo e distrutto, e ciò rende notevole che queste espressioni siano state invece dal Maestro adoperate per dipingere il pericolo che, nel diritto dei contratti, deriverebbe ai traffici dall'applicazione della parità di trattamento.

Eppure la definizione di parità di trattamento che noi troviamo nelle fonti che recepiscono la direttiva comunitaria è esattamente questa: si applica il principio di parità di trattamento nei rapporti contrattuali ed occorre chiedersi se la parità di trattamento nei rapporti contrattuali è una regola che presidia un diritto fondamentale – il che può suggerirne una lettura non soltanto particolarmente severa ed incisiva, ma addirittura equivalente, in definitiva, a una generalizzata riscrittura giudiziale del

¹ P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1515 ss.

contenuto dei contratti comunque incisi da questioni di discriminazione² -, oppure è una regola che costituisce un limite anche grave all'esercizio della libertà contrattuale – il che può suggerire un tocco leggero, un *light touch*, attento all'ammonimento di Pietro Rescigno³.

Senza considerare le letture estreme, vorrei provare ad affrontare pochi problemi per esaminare le varie sfaccettature di questa alternativa.

Intanto per parità di trattamento nelle cosiddette leggi antidiscriminatorie si intende il divieto di discriminazione.

Proverò ad indagare alcuni problemi, ma debbo anticipare che, oggi, da una rinnovata ricognizione, alla quale ho proceduto, dello stato giurisprudenziale sul punto, emerge un quadro piuttosto desolante. Ci sono dibattiti dottrinali molto elevati, ma nella giurisprudenza, per lo più inedita, sul divieto di discriminazione si agitano problemi piuttosto basilari.

Primo: a discriminare, nella conclusione dei contratti, sono assai poco i privati e invece molto la pubblica amministrazione o gli enti pubblici o simili, dunque regioni, comuni, università, federazioni sportive. Sicché, analizzando la problematica nella prospettiva delle presenti pagine collettanee – diritti fondamentali, diritto privato – si assiste a un rovesciamento del canone più consueto, perché si scopre che il problema, nella discriminazione contrattuale, non è, come accade per gli altri ambiti, quello di vincolare, al rispetto dei diritti fondamentali, i privati, ciò essendo ovvio per la pubblica amministrazione, ma è sovente l'opposto; far capire ai pubblici amministratori che non possono discriminare; che discriminare nei contratti non è mai una scelta squisitamente politica sottratta al vaglio della liceità giuridica, ma è un limite giuridico all'azione.

Il secondo dato che emerge – ed è desolante - è che l'esame della dinamica del giudizio si risolve nella prova dell'intento di discriminare che è formalizzato, nientemeno, nella motivazione del provvedimento amministrativo: la pubblica amministrazione, a volte, discrimina, volendo farlo, e, quando lo fa, lo dice.

Non è ad oggi diffuso, ma è destinato ad affermarsi, il cumulo, ricorrendone le condizioni soggettive richieste dal codice del consumo,

² Ne è esempio G. CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 950 ss., cui aderisce M. CIANCIMINO, *La discriminazione contrattuale: profili rilevanti per la tutela della persona. Note a margine di un recente dibattito dottrinale* in *Dir. fam. persone*, 2018, p. 667 ss. Una critica già in D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 161 ss.

³ L'approccio illustrato in G. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: leggi, diritti, giustizia*, Milano, 1997.

tra tutela consumeristica e tutela antidiscriminatoria, quante volte la clausola più gravosa per il consumatore aderente, persona fisica e portatore di una qualità personale rilevante, gli consente di chiedere la tutela reale dell'eliminazione della clausola, ancorché non eccessivamente gravosa, o, in aggiunta al rimedio consumeristico, il risarcimento del danno morale, con funzione riparatoria ed anche dissuasiva⁴.

2. I problemi più importanti nell'applicazione del divieto di discriminazione

I problemi operativi che invece si agitano in dottrina nel ritagliare i confini del divieto di discriminazione – se si trascurano, ripeto, le letture estreme, che adoperino il divieto di discriminazione come strumento per pervenire a obblighi generalizzati di contrattare ed alla riscrittura giudiziale del contenuto dei contratti - sono più nobili, e se ne possono isolare quattro.

La prima questione è se il divieto di discriminazione si applichi a tutti i rapporti contrattuali, ovvero soltanto a quelli che si sono conclusi a seguito di una dichiarazione al pubblico, cioè se si applica all'offerta al pubblico di beni o di servizi o anche alla contrattazione individualizzata⁵.

Il secondo problema è se nell'ambito dei rapporti contrattuali si applichi il divieto, oltre che di discriminazione diretta, anche di discriminazione indiretta, cosa ovvia nel diritto del lavoro, ma problematica nell'ambito dei rapporti contrattuali⁶.

Il terzo problema è se il divieto di discriminazione comporti un sindacato sulla meritevolezza degli interessi perseguiti dai contraenti quando rifiutano di contrattare o contrattare a condizioni diverse.

L'ultimo problema è se il divieto di discriminazione sia un illecito di dolo, segnatamente di dolo specifico, cioè se si consumi soltanto quando il contraente agisce sulla base di un preconcetto, ovvero se il divieto operi oggettivamente.

⁴ C. ULESSI, *Diritti dei consumatori e normativa antidiscriminatoria*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, I, p. 199 ss.

⁵ Su questo problema si vedano almeno: A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 219 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 560 ss.

⁶ Sulla nozione di discriminazione indiretta *ex plurimis* C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008, p. 249.

3. L'ambito di applicazione del divieto di discriminazione

Il primo problema è il più difficile – forse è anche l'unico vero problema, insieme al quarto e ultimo che esaminerò oltre –, perché coinvolge più intensamente i diritti fondamentali.

Abbiamo un dato testuale, che però non è necessariamente decisivo, perché la norma contiene la previsione di un divieto di discriminazione nell'offerta al pubblico di beni o servizi e tuttavia fa cenno anche ad un principio generale di non discriminazione che potrebbe condurre ad estendere il divieto anche alle contrattazioni individualizzate.

Io porrei un'alternativa: il divieto di discriminazione è un divieto di trattamento, così presidia l'uguaglianza, oppure esso presidia la dignità della singola persona? Vorrei provare a porre questa alternativa, forse estremizzando: a cosa serve il divieto di discriminare? Il divieto di trattare una persona in maniera peggiore, in considerazione di una sua qualità personale, cioè quale diritto fondamentale sta presidiando? Se sta presidiando un diritto fondamentale di uguaglianza sostanziale, se per intenderci lo mettiamo sotto la casella dell'articolo 3, c. 2 della Costituzione anziché dell'articolo 2, il divieto di discriminazione non ha probabilmente deroghe, dal punto di vista oggettivo. Si applicherà quale che sia la tecnica di contrattazione. Si applicherà nella forma della discriminazione diretta e indiretta, si applicherà indipendentemente dall'elemento soggettivo, si tradurrà probabilmente in un divieto generalizzato di disparità di trattamento.

Se noi invece riconduciamo il divieto di discriminazione ad una tutela della dignità della singola persona, dobbiamo chiederci in concreto quando la dignità della singola persona è lesa. È lesa quando la persona è trattata peggio, è esclusa in un'offerta al pubblico? O è lesa anche quando è trattata in maniera peggiore, o si rifiuta di contrattare, in una contrattazione individualizzata?

Mettendo il problema in termini molti banali: chi vuole vendere la sua automobile, o vuole affittare il proprio immobile soltanto a persone che presentano una certa qualità personale, lo può fare o no rifiutando insindacabilmente la proposta di una persona sgradita? Certamente non lo può fare appiccicando un cartello con su scritto: "astenersi" e facendo una lista di qualità sensibili. Perché avremmo, qui, una dichiarazione al pubblico bella e buona.

Può però riservarsi una tecnica di contrattazione che lascia spazio alla sua idiosincrasia, o non può? Io credo che la risposta qui sia molto difficile, in dottrina si discute molto su questo punto e si percepisce l'imbarazzo di dare una risposta negativa. Ovvero si percepisce l'imbarazzo di affermare che

il divieto di discriminazione si applica soltanto ai contratti col pubblico e non anche ai contratti conclusi a seguito di dichiarazione individualizzata. Proviamo però a pensare cosa accade se noi applichiamo un divieto di discriminazione alla contrattazione individualizzata: stiamo vietando a un soggetto che riceve una proposta contrattuale di rifiutarla in base ad una caratteristica di etnia, di religione, di nazionalità. Io credo che la risposta a questa domanda sia molto difficile, ma che se noi riteniamo che uno spazio di autonomia debba essere riservato al contraente che decide, anziché di rivolgersi al pubblico, di fare delle scelte idiosincratice, dobbiamo limitare, nell'ambito dei rapporti contrattuali extra lavoristici, il divieto di discriminazione ai contratti col pubblico. Non possiamo applicarlo ai contratti individualizzati ⁷.

Io credo che la risposta negativa a questa domanda debba essere tenuta ferma, perché se non è tenuto fermo questo limite, devo dire che l'insegnamento di Pietro Rescigno circa i pericoli a cui viene sottoposta la libertà contrattuale, che di per sé è attualissimo, mi sembrerebbe, oltre che attualissimo come monito, anche decisivo.

Mi parrebbe cioè che applicare un divieto di discriminazione anche ai contratti individualizzati, a parte la tecnica di accertamento che avrebbe particolare difficoltà di attuazione, sarebbe impossibile. Nel dibattito sui limiti oggettivi e sul perimetro della tecnica di contrattazione a cui viene applicato il divieto di discriminazione, compaiono sia considerazioni che attengono più strettamente al modo in cui verrebbe lesa, ovvero premiata, la dignità personale o l'uguaglianza, anche considerazioni di efficienza e di struttura del mercato. Ci sono temi in agenda. Se una squadra di calcio è di proprietà di soci stranieri, si può prevedere un tetto alla partecipazione azionaria dello straniero? O che un tot di amministratori deve essere italiano? La risposta negativa è piuttosto scontata.

Si capisce che nel momento in cui il soggetto intende discriminare e per riservarsi la possibilità di discriminare rinuncia a rivolgersi al pubblico, egli rinuncia ad un guadagno notevolissimo. Egli rinuncia alla tecnica più ovvia per essere premiato dal mercato, scatenando una concorrenza fra i possibili aspiranti al bene o al servizio. Probabilmente questa è la ragione per la quale a discriminare è più la pubblica amministrazione che non i privati, perché discriminare, oltreché ad essere odioso e stupido, costa. Quindi se il privato decide di non rivolgersi al pubblico per offrire il suo bene o il suo

⁷ Il divieto di discriminazione è qui inteso non certamente come principio che va ad innervare clausole generali come l'ordine pubblico o il buon costume, si capisce che una clausola odiosa e discriminatoria in un contratto individualizzato è nulla. Ci stiamo chiedendo se si possa rifiutare di contrattare nell'ambito dei contratti individualizzati.

servizio, ma lo offre soltanto a quelli che gli piacciono, probabilmente vede appagata la sua idiosincrasia, ma ne subisce un danno economico. Negoziare individualmente con intento discriminatorio sarà qualche volta un gesto stupido; a volte sarà odioso. Ma non sempre quel che è odioso e stupido è illegale, come, all'opposto, non sempre ciò che compiace è per forza legale.

Naturalmente la disapplicazione del divieto di discriminazione nei contratti individualizzati non è un premio o un incentivo a discriminare. Così, è ben chiaro che chi recede dalla trattativa individualizzata, oggi, allegando di avere scoperto che la controparte è straniera, va considerato come un contraente scorretto, che recede senza una giusta causa. Ma, restando al perimetro del divieto di discriminazione, la diffusione di condotte discriminatorie, nei contratti individualizzati conclusi in particolari territori e in momenti peculiari, benché comporti certamente un pericolo di esclusione sociale, non si può contrastare sacrificando la libertà di chi vive in quel territorio. Noi tutti, credo, formeremo un nostro giudizio, tra i giudizi non giuridici non tra quelli lusinghieri, sugli abitanti di quel territorio.

Deve essere ben chiaro che andare a vietare la discriminazione nei contratti individualizzati è vieppiù assurdo quando, come accade nella società multietnica, le qualità personali che possono agire da fattori di esclusione non sono poche, ma molte, moltissime. Non si tratta infatti più di proteggere le abitudini e le convinzioni e convenzioni di singoli gruppi da quelli delle maggioranze, ma di brandire la spada del divieto ad ogni piè sospinto, piallando le libertà di tutti. Obiettivo, come è chiaro, di chi immagina una società di uguali, più che di individui liberi.

Occorre piuttosto evidenziare l'illiceità delle condotte discriminatorie di quei privati che non si rifiutano di contrattare, né contrattano a condizioni peggiori per l'altro contraente, ma impediscono il libero esercizio della libertà contrattuale di altri privati, spesso imprese, che offrono beni e servizi a vantaggio delle persone a rischio di discriminazione.

È il caso deciso da dal Tribunale di Milano, sez. I, est. dott.ssa Martina Flamini, ord. 23 febbraio 2017, ne *ilcaso.it*, in cui il Tribunale ha condannato perché discriminatoria la condotta di una sezione locale di partito che aveva fatto affiggere manifesti che condannavano l'accoglienza delle persone richiedenti asilo allo scopo di osteggiare una cooperativa che erogava servizi di accoglienza. È altresì il caso delle imprese che prestano servizi di accoglienza a favore di persone richiedenti asilo, in convenzione con le Prefetture, e che per questo siano criticate allo scopo di disincentivare questa tipologia di impresa.

4. *Il problema della discriminazione indiretta*

Il secondo problema che vorrei considerare – un problema che, per la verità, per diritto civile dei contratti non dovrebbe quasi porsi – è se il divieto di discriminazione si applichi, come da molti Autori si sostiene, sulla scorta di un equivoco passaggio letterale della normativa in materia, anche nella forma della discriminazione indiretta e così se ciascun contraente debba non soltanto evitare di rifiutare di contrattare o contrattare a condizioni peggiori per l'altro contraente in dipendenza di una qualità personale rilevante come fattore di discriminazione, ma debba anche approntare tecniche di contrattazione, finanche di organizzazione aziendale, che, a monte, non si traducano in atti, fatti, condotte, che in qualsiasi modo vadano di fatto a pregiudicare l'effettiva uguaglianza sostanziale delle sue controparti contrattuali, attuali o potenziali. Qui l'alternativa tra la lettura del divieto di discriminazione come attuazione della dignità della persona o come mezzo per assicurare l'uguaglianza sostanziale è molto, molto evidente.

Nell'ambito del diritto del lavoro il divieto della discriminazione indiretta è un dato scontato, nell'ambito dei rapporti contrattuali non lo è. A differenza però di ciò che accade per la delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione del divieto alle offerte al pubblico o non, dove ho detto che il testo della legge è nel senso che si applichi soltanto alla contrattazione al pubblico, qui invece è l'opposto. Non c'è dubbio che la formula delle leggi antidiscriminatorie estenda la discriminazione indiretta anche ai rapporti contrattuali.

Il problema della discriminazione indiretta a mio avviso è molto delicato, perché se noi estendiamo il divieto di discriminazione indiretta a tutti i rapporti contrattuali, obblighiamo non soltanto i contraenti privati, le persone fisiche, che potrebbero forse fare questo sforzo, ma anche le imprese a predisporre, nelle dinamiche di mercato, un'organizzazione aziendale che non possa astrattamente pregiudicare, in considerazione di qualità personali, gli aspiranti al bene o al servizio. Questo mi sembra semplicemente non configurabile, non realistico, direi neppure auspicabile, e quindi da escludere.

Chi sostiene l'opposto porta l'esempio della predisposizione di condizioni generali di contratto redatte in lingua italiana e lo porta per sostenere che l'utilizzo della lingua italiana è un mezzo proporzionato, che non pregiudica i potenziali aderenti che non parlano la lingua italiana. A me pare che questo esempio dimostri esattamente l'opposto: l'utilizzo di condizioni generali di contratto in una lingua che l'aspirante al bene o al servizio non parla è un esempio di discriminazione indiretta enorme. Non c'è alcun dubbio che

firmare un contratto che non si capisce bene sia un problema serio: eppure noi non possiamo obbligare le imprese ad utilizzare condizioni generali di contratto che siano espresse in tutte le possibili lingue parlate dagli aspiranti al bene o al servizio.

La discriminazione indiretta non lede la dignità di alcuna singola persona. Essa può soltanto incidere sulla pretesa di gruppi di persone a far sì che specifiche idiosincrasie di quel gruppo debbano incidere sullo stesso processo iniziale di ideazione dei beni e dei servizi da offrire sul mercato, limitando la libertà e la fantasia del mercato.

Questo esito è altamente indesiderabile, nel mercato, ma non solo nel mercato. Perché ogni singolo individuo è libero di affermare se stesso coi mezzi e nei modi che gli piacciono e che possono piacere ad altri, anche se non a tutti. Il divieto di discriminazione deve sdrammatizzare gli scontri di abitudini, convinzioni e convenzioni, guai se premiasse chi urla più forte per zittire la libertà altrui.

5. Il giudizio di meritevolezza degli interessi

Il terzo problema, facile anch'esso (nel senso che anch'esso, come il precedente, per diritto civile dei contratti non dovrebbe probabilmente neppure essere posto), è se, ai fini del giudizio sulla discriminazione contrattuale debba essere presa in considerazione la meritevolezza dell'interesse perseguito dal soggetto. Per quale ragione un soggetto discrimina? Per quale ragione pone a base della sua tecnica di contrattazione, del rifiuto di contrattare, della pretesa di inserire clausole diverse, una qualità personale del contraente? Lo fa in base ad interessi gerarchicamente, assiologicamente valutati, oppure questo aspetto è irrilevante?

Questo è un problema, ripeto, facile. C'è una tendenza, tipica di un certo approccio poco bilanciato, nel riconoscimento di nuovi diritti, a ritenere che, nell'ambito dei rapporti contrattuali, il soggetto passivo della discriminazione sia portatore di un diritto fondamentale - ed è pacifico che lo sia - ma non lo sia, nella stessa misura, anche il soggetto attivo della potenziale discriminazione. Comunque, non rileva che lo sia. E' ovvio invece che la libertà contrattuale è una componente essenziale della dignità della persona di tutti i contraenti, proponenti ed oblati. E il diritto del potenziale soggetto passivo della discriminazione non è concepibile senza un bilanciamento con il diritto del potenziale soggetto attivo della

discriminazione e senza considerare, così, quali e quanti altri interessi, esigenze, anche di sistema, preferenze, costi, benefici, siano implicati nella scelta.

Se non fosse così, se la dignità contrattuale non fosse rilevante anche *sub specie* di esercizio della libertà contrattuale di tutti i contraenti, i divieti di discriminazione nei rapporti contrattuali non esisterebbero. La persona è protetta da divieti di discriminazione nei rapporti contrattuali quando quel tipo di discriminazione mette in pericolo la sua inclusione sociale, di cui una componente essenziale è l'accesso a beni o servizi. Se questo è vero, si giustifica che l'ambito oggettivo, il perimetro di applicazione del divieto di discriminazione sia limitato alle offerte di beni o di servizi al pubblico, perché sono tipicamente queste che mettono a repentaglio il possibile accesso del soggetto a beni o a servizi, senza comportare un eccessivo sacrificio della libertà contrattuale del soggetto, e che non sia affatto sindacato il perché chi si rivolge al pubblico lo fa in un modo o in un altro e lo fa per un interesse o per un altro.

6. *L'elemento soggettivo*

Da ultimo – quarto problema: importante e molto delicato operativamente, come dicevo, al pari del primo di questo breve elenco – dal punto di vista dell'elemento soggettivo, una lettura ampia del divieto di discriminazione, quella cioè che include nel perimetro del divieto anche la discriminazione indiretta e pretende di controllare anche i contratti individuali andando a sindacare il perché di ogni singola manifestazione di volontà, è propensa a leggere il divieto di discriminazione come illecito oggettivo, che prescinde dal preconetto, dall'elemento soggettivo.

È, questa, una pretesa di sganciare la discriminazione dal preconetto consapevole e volontario che si basa su un fraintendimento radicale, su un vero e proprio rovesciamento, del significato del divieto di discriminazione contrattuale: che è la lesione della dignità del singolo. È quindi da confermare una lettura più restrittiva che fa dipendere la discriminazione dalla ricorrenza di un elemento soggettivo. In particolare l'elemento soggettivo è rappresentato dal preconetto, cioè dal porre a base della decisione di contrattare o non contrattare, o di contrattare in quel modo, una certa qualità personale rilevante come fattore di discriminazione: il divieto di discriminazione è un illecito di dolo specifico.

Nell'ambito dell'esercizio della libertà contrattuale il codice civile ci ricorda che, come regola di *default*, la libertà di porre a base della decisione di contrattare una qualità personale dell'altro contraente è riconosciuta, tanto è vero che, se cade in errore su una qualità personale dell'altro contraente, determinante del consenso, il contraente può impugnare il contratto ed ottenere l'annullamento (art. 1429, n. 3 cod. civ.).

7. *Conclusionone*

I rapporti contrattuali sono il regno della libertà, sono il regno dell'idiosincrasia.

L'insegnamento di Pietro Rescigno vale ancora oggi, perché, se si legge il divieto di discriminazione in maniera estrema, o lo si adopera come strumento per il rovesciamento dei rapporti di forza, si pongono limiti assurdi, che distruggono la libertà contrattuale.

Nell'ambito dell'esercizio della libertà contrattuale, anche oggi, dobbiamo pensare che lo strumento legislativo resti ispirato a un *light touch*, a un tocco leggero.

Fausto Caggia

*La complessità nei diritti fondamentali
della famiglia tutelati nello spazio europeo*

SOMMARIO: 1. I presupposti delle intersezioni tra esperienze nazionali e diritti fondamentali della famiglia nelle carte europee – 2. La riproduzione della complessità nelle tecniche di normazione del sistema europeo dei diritti fondamentali: la circolazione delle teorie sviluppate nelle fasi del diritto di famiglia – 3. Un esempio dell'incidenza delle esperienze nazionali nel formante giurisprudenziale europeo: l'interpretazione del concetto di "vita familiare" dell'art. 8 Cedu.

1. *I presupposti delle intersezioni tra esperienze nazionali e diritti fondamentali della famiglia nelle carte europee*

In una relazione lineare sull'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto privato Pietro Rescigno ha sostenuto che il carattere compromissorio delle norme convenzionali sia uno dei limiti dell'effettività delle garanzie fondamentali lì riconosciute e che tale carattere si è rivelato un freno all'uso di questa fonte sovranazionale nell'applicazione delle corti e nell'argomentazione da parte del giurista¹.

Nel precisare le ragioni della difficoltà di declinare dalle norme convenzionali ricadute concrete utili a risolvere i conflitti tra individuo e poteri dello stato, cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, Cedu) è chiamata a dirimere, Rescigno sottolinea che, pur essendo il carattere compromissorio condiviso con le norme presenti nelle Costituzioni nazionali, nel caso della Cedu il compromesso dev'essere ricercato in una prospettiva diversa da quella tradizionalmente indicata nelle norme costituzionali: nelle norme europee il compromesso si realizza tra l'affermazione di una garanzia fondamentale e il contestuale riconoscimento allo Stato di poteri e prerogative il cui esercizio può limitare il principio, se non metterlo in radicale discussione; diversamente, nelle Costituzioni,

¹ Il riferimento è alla relazione dal titolo *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, pubblicata in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 325 ss.

il compromesso è da individuarsi tra l'imposizione del principio e la contestuale presenza di un limite al principio stesso, che spesso l'interprete trasforma in regola².

Per avere una prima contezza del senso del ragionamento e della prospettiva di analisi che il passaggio argomentativo di Rescigno dischiude, può essere utile procedere a un elementare confronto degli stessi indici positivi contenuti nelle principali norme sulla famiglia, presenti nella Cedu e gli articoli della Costituzione italiana, che concorrono a definire la disciplina costituzionale della famiglia.

L'art. 8 della Cedu riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare ma contestualmente legittima l'adozione da parte degli stati nazionali di misure finalizzate a comprimerne il godimento se queste siano necessarie a soddisfare ragioni d'interesse pubblico compatibili con una società democratica o per proteggere un diritto o una libertà altrui; l'art. 12 riconosce, a ciascun uomo e donna in età, il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia nei limiti e nelle condizioni dettate dalla legislazione dello stato nazionale, formulando così un potere di esercitare una discrezionalità in sede di regolamentazione del diritto più ampio della previsione di cause tipiche di limitazione della garanzia fondamentale contemplate nell'art. 8³.

Si guardi ora all'art. 29 della Costituzione italiana, dove l'eguaglianza dei coniugi, principio cui deve ispirarsi il matrimonio, incontra il limite della garanzia per l'unità familiare e, allo stesso modo, la tutela giuridica e sociale per i figli nati fuori dal matrimonio assicurata dal successivo art. 30 Cost. non può valicare il limite della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima⁴.

² P. RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, cit., p. 326.

³ Nel senso di affermare che il fondamento del margine di discrezionalità riconosciuto ai legislatori nazionali debba indicarsi nel principio di sussidiarietà del sistema della Cedu rispetto alle corti nazionali, meglio posizionate nel bilanciare gli scopi pubblici perseguiti dagli stati nazionali con i diritti dei cittadini v. H. SWINDELS – A. NEAVES – M. KUSHNER (eds.), *Family Law and Human Right Act 1998*, Bristol, 2000, p. 5 ss., dove si sottolinea che l'ampiezza variabile di questo potere, definita nelle singole norme, dipende dalla posizione diversa che gli interessi protetti in materia familiare occupano nelle tradizioni e nelle politiche pubbliche degli ordinamenti nazionali; in senso critico verso l'ampiezza del margine di discrezionalità, in quanto elemento che incrinerebbe l'efficacia della protezione dei diritti fondamentali e indice dello sfavore degli stati nazionali circa un eccessivo attivismo degli organi giurisdizionali della Cedu, v. G. A. KLEIJKAMP, *Family Life and Family Interests. A Comparative Study on the Influence of the European Convention of Human Rights on Dutch Family Law and the Influence of the United States Constitution on American Family Law*, London, 1999, p. 48 ss.

⁴ Sul ruolo della relazione esistente tra affermazione dei principi e presenza di limiti nelle due

Pur alla luce del carattere elementare del raffronto, fondato semplicemente sui dati testuali delle norme, esso si è rivelato utile per mettere agevolmente in evidenza gli elementi di continuità e di discontinuità tra la Cedu e la Carta costituzionale: se esse appaiono convergenti nelle tecniche di natura compromissoria adottata nella formulazione delle garanzie, diversa tuttavia appare la prospettiva in cui deve operare il bilanciamento tra i diversi interessi presi in considerazione dalle norme. Nelle norme costituzionali il bilanciamento si produce su un piano orizzontale definito dalla presenza d'interessi riconducibili a soggetti diversi uniti in una relazione familiare; nelle norme della Cedu appare strutturalmente diverso lo spazio all'interno del quale è chiamato a muoversi l'interprete, laddove questi esercita il bilanciamento nella prospettiva verticale che s'instaura tra riconoscimento del diritto fondamentale e contestuale attribuzione di un margine di discrezionalità in capo al legislatore nazionale, che è chiamato, dalla stessa norma convenzionale, a declinare la garanzia.

Possono, quindi, cogliersi le ragioni delle avvertenze in premessa nel senso che le prospettive applicative, le ricadute che si vogliono ricavare dai "nuovi" diritti fondamentali della famiglia, devono essere tentate avendo presente un dato che finisce inevitabilmente per condizionarne le prospettive: pur all'interno della peculiare dinamica della relazione tra ordinamenti, esiste uno stretto condizionamento che le esperienze nazionali esercitano rispetto al momento della formulazione della Cedu sia rispetto alle tecniche interpretative sia rispetto ai contenuti che i diritti fondamentali in Europa alimentano nei sistemi di diritto di famiglia.

Se, quindi, il sistema della Cedu – ma il ragionamento rileva anche per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – vive delle intersezioni con i metodi, le tecniche e i contenuti che si sviluppano nelle esperienze nazionali, di conseguenza i diritti fondamentali della famiglia nello spazio europeo diventano un terreno su cui è possibile incontrare più di una conferma dei tratti che connotano l'attuale fase del diritto di famiglia, dopo le morfologie sviluppate durante le due stagioni del formalismo e del funzionalismo⁵. L'esistenza di due fasi che precedono la stagione attuale ci

norme costituzionali nel ritardare i processi di riforma del diritto di famiglia nell'ordinamento italiano e sulla scelta del legislatore di dare avvio al processo, valorizzando i primi, v. P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in (*Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 109 ss., ed ora in) *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto di famiglia italiano*, Torino, 2000, p. 1 ss., in part. p. 2.

⁵ Secondo una letteratura sviluppatasi in ambienti diversi della dottrina giuridica (per alcuni riscontri v. J. DEWAR, *The Normal Chaos of Family Law*, in *The Modern Law Review*, 61 (1998), p. 467 ss. e dello stesso A., più sinteticamente la voce *Families*, in P. CANE – M.

fornisce un primo indice utile a comprendere i termini del manifestarsi di quest'ultima, in quanto «il passaggio dall'una all'altra fase non implica sempre una cesura, ma una fase si sovrappone all'altra, dando vita a una sedimentazione, nella quale i residui dell'epoca precedente non scompaiono del tutto»⁶. Si comprende, quindi, come la fase contemporanea del diritto di famiglia finisce per comporsi delle tecniche, dei metodi e dei contenuti prodotti ora dal formalismo ora dal funzionalismo, contribuendo però a elaborarne di nuovi, con la inevitabile conseguenza di mostrarsi segnata dai tratti della complessità⁷.

TUSHNET (a cura di), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, 2003, p. 413 ss.; J. DEWAR – S. PARKER, *English Family Law Since World II: From Status to Chaos*, in S. N. KATZ – J. EEKELAAR – M. MACLEAN (a cura di), *Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, 2000, p. 123 ss.; M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma, Bari, 2014; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1043 ss. e p. 1287 ss.; all'interno di questa riflessione sia concesso richiamare anche F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1572 ss.), l'evoluzione del diritto di famiglia è segnata da alcune grandi fasi che lo hanno caratterizzato sul terreno non solo dei suoi contenuti ma soprattutto dei suoi metodi e tecniche di regolamentazione: la prima fase viene indicata come formalista, le cui radici sono da rintracciarsi nel modello teorico sviluppato da F. K. v. Savigny nella seconda metà dell'Ottocento, in quanto la nozione di famiglia e le tecniche di attribuzione dei diritti e dei doveri sono fondate sul paradigma del matrimonio e la posizione occupata dai membri nella famiglia è definita secondo la logica dello status, con la conseguenza che è sottratta alla loro disponibilità il contenuto del rapporto e degli istituti del diritto di famiglia; all'interno di questo modello, il gruppo familiare gode di elevata autonomia, esso si colloca in una posizione separata e distinta rispetto all'organizzazione delle altre sfere sociali, come il mercato economico, ed è impermeabile agli interventi esterni da parte del diritto. L'avvio della seconda stagione del diritto di famiglia è indicato nel passaggio dal pensiero giuridico classico, condizionato dalle teorie savignane, alla concezione sociale del diritto che si manifesta nell'elaborazione giuridica dei primi decenni del Novecento (sulle radici teoriche di questo passaggio v. M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 31 ss.) mentre, sul terreno dei processi normativi, essa è in particolare segnata dall'adozione dei primi modelli di disciplina dello scioglimento del matrimonio su presupposti oggettivi. Questa stagione dei diritti di famiglia è indicata come fase funzionalista in quanto inizia ad affermarsi una tecnica di attribuzione dei diritti e dei doveri, che valorizza le funzioni e gli interessi serviti dagli istituti del diritto di famiglia; di natura funzionalista appaiono anche le tecniche di regolamentazione, dal momento che si fa un più largo uso delle clausole generali (tra cui, si assiste all'ascesa della clausola del migliore interesse del minore), con il conseguente allargamento dei margini d'intervento del giudice nella soluzione del conflitto familiare (su questa fase con uno sguardo rivolto principalmente alle trasformazioni vissute dai sistemi di *common law*, J. DEWAR, *Families*, cit., p. 415 s.).

⁶ Così M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 63.; una sottolineatura di questo profilo, volendo, anche in F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, cit.

⁷ Il carattere complesso della fase contemporanea del diritto di famiglia è alimentato,

2. *La riproduzione della complessità nelle tecniche di normazione del sistema europeo dei diritti fondamentali: la circolazione delle teorie sviluppate nelle fasi del diritto di famiglia*

Un primo fattore della complessità che si manifesta sul terreno della protezione dei diritti fondamentali all'interno dello spazio definito dal diritto europeo riguarda le intersezioni che i diversi livelli di tutela producono, di cui un primo momento coincide con la vicenda dell'elaborazione delle carte europee. In questo senso la Cedu può essere indicata come esemplare, in ragione del contesto storico in cui le scelte di scrittura delle sue disposizioni sono state maturate, e, quindi, più della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, può aiutare a comprendere i condizionamenti che in quel tempo vennero dalle esperienze nazionali e, in particolare, dai processi di costituzionalizzazione sperimentati in quegli ordinamenti⁸.

L'elaborazione della Cedu rappresenta, com'è noto, un primo tentativo d'integrazione europea attraverso la tecnica della protezione dei diritti fondamentali, che prende piede avendo ben presenti gli echi e le ferite che sulla condizione giuridica dei soggetti avevano prodotto i modelli di diritto di famiglia che avevano caratterizzato la stagione dei regimi totalitari europei. Se per gli ordinamenti europei quei modelli potevano essere indicati come un'esperienza chiusa, da affidarsi alla memoria, diverso appariva lo stato dei

sul piano delle tecniche di regolamentazione, dall'adozione di modelli di disciplina caratterizzati dalla presenza di norme regolamentari o di dettaglio, da una maggiore influenza, rispetto al passato, dei diritti umani in sede di soluzione del conflitto familiare, da una più larga diffusione della comparazione giuridica, sia nello studio del diritto di famiglia che nell'argomentazione da parte delle corti, in conseguenza dell'aumento dei flussi migratori e degli obiettivi di armonizzazione dei sistemi giuridici, in particolare in Europa; mentre sul piano dei contenuti la fase contemporanea si caratterizza per il fenomeno del pluralismo dei modelli familiari, che non si sviluppa come in passato secondo la tecnica di equivalenza funzionale con la famiglia fondata sul matrimonio, ma è alimentato dalle spinte per il riconoscimento delle identità sessuali e di genere e di un rinnovato potere di autodeterminarsi da parte dei singoli, che premono sulle norme di diritto di famiglia al fine di realizzare una più compiuta riconoscibilità sociale; sui caratteri peculiari di questa fase v. J. DEWAR, *Families*, cit., p. 471 ss. e M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 41 ss.

⁸ Una prima messa a fuoco di questo aspetto in H. MOSLER, *L'influence du droit national sur la convention européenne des droits de l'homme*, in AA. VV., *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, I, Bruxelles, Paris, 1972, p. 521 ss., in part. p. 525, il quale sottolinea, che, pur trovando ispirazione nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, la Cedu recepisce di fatto le idee penetrate nelle Costituzioni delle società democratiche moderne in quanto quest'ultima fonte di ispirazione del documento delle Nazioni Unite.

sistemi di diritto di famiglia nei paesi dell'Europa orientale, dove i modelli di disciplina si connotavano, ancora in quegli anni, per le gravi discriminazioni e la compressione delle libertà familiari. La prospettiva dell'adozione della Cedu e la previsione, al suo interno, di garanzie fondamentali destinate a proteggere alcuni profili della relazione familiare assumeva il senso di un rifiuto dei modelli autoritari di disciplina della famiglia, traducendosi così in un impegno da parte degli stati europei di sviluppare una regolamentazione dei rapporti di famiglia coerente con la costruzione di una *Freiheitsphäre*, che segnasse una cesura rispetto al passato e rimarcasse i confini, non solo geografici, verso l'Europa orientale.

La costruzione di modelli di diritto di famiglia fondati sul riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali richiedeva di garantire le famiglie dalle ingerenze ingiustificate da parte dei poteri dello stato o dei poteri pubblici, esigenza che si cerca di soddisfare inserendo il diritto al rispetto della vita privata e familiare nell'art. 8 Cedu, la cui *ratio* di tutelare profili diversi della sfera di riservatezza del soggetto appare soddisfatta, agli occhi dei redattori, dall'adozione di una formula, che nei suoi indici sembra evocare l'idea di *family privacy* affermatasi nella giurisprudenza della *Federal Supreme Court* americana sul terreno dei *penumbra constitutional rights* agli inizi del Novecento⁹.

Nel tentativo di segnare questa cesura con le esperienze dei totalitarismi dev'essere collocato, nonostante che oggi possa apparire una disposizione ispirata a una logica elementare, l'art. 12 Cedu, che riconosce il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, laddove durante la stagione dei totalitarismi europei le discriminazioni più laceranti, compiute nei confronti di alcune classi di soggetti, si erano manifestate sul terreno dell'esercizio della libertà di unirsi in matrimonio¹⁰.

L'elaborazione di queste garanzie non assume rilevanza soltanto sotto il profilo del mutamento degli obiettivi di tutela che gli attori nazionali s'impegnano a realizzare a livello di cooperazione europea ma, attraverso le norme citate, è possibile osservare una esemplare trasformazione dei

⁹ Sulla circolazione di questa garanzia nel diritto europeo M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 70 ss.

¹⁰ Un legame evidenziato da P. H. NEUHAUS, *Europäisches Familienrecht? Gedanken zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung*, in E. VON CAMMERER – A. NIKISCH – K. ZWEIGERT (Hrsg.), *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle*, II, Tübingen, 1963, p. 418 ss., il quale sottolinea il contrasto dell'art. 12 Cedu con la prassi in uso, presso le autorità tedesche durante il nazionalsocialismo, di negare la concessione della dispensa matrimoniale ai lavoratori dell'Europa dell'Est, nonostante la presentazione del *Ehefähigkeitszeugnis*, certificato richiesto all'epoca dal § 16 della legge matrimoniale del 1938 ed ora tutt'ora previsto dal § 1309 del *BGB*.

modelli teorici di riferimento nella disciplina del diritto di famiglia, che, durante la stagione caratterizzata dall'interventismo dei regimi totalitari nell'organizzazione delle famiglie, avevano incontrato un terreno fertile, dal punto di viste delle tecniche e dei metodi giuridici, nella concezione sociale del diritto che si era affermata nei primi decenni del Novecento e che non aveva mancato di riverberare i suoi effetti nel senso di condizionare i modelli di disciplina, anche nel diritto di famiglia.

La reazione a queste esperienze si traduce nella riemersione – e in questo senso l'art. 8 Cedu appare esemplare – di una concezione della famiglia intesa come aggregato sociale pregiuridico, tendenzialmente impermeabile all'intervento della norma di diritto positivo, che ha trovato il momento principale di teorizzazione in quello che abbiamo indicato come la fase formalista del diritto di famiglia¹¹ e che, soprattutto nel pensiero giuridico europeo, deve la sua più compiuta definizione alla riflessione sviluppata da F. K. von Savigny in una delle sue opere principali¹².

Questa concezione della famiglia non ha soltanto condizionato le codificazioni novecentesche ma ha anche innervato a tal punto la successiva riflessione teorica che è possibile rinvenire tracce dei suoi corollari logici anche nel primo costituzionalismo, allorquando il contenuto negativo dei diritti e delle libertà fondamentali di questa stagione si traduce con l'assenza di riferimenti alla famiglia o alle sue funzioni nelle Costituzioni di fine Ottocento, riaffermando così uno degli assunti principali del pensiero savignano coincidente con l'idea della impermeabilità della famiglia agli interventi esterni del diritto positivo e del radicamento dei suoi istituti giuridici nel costume e nella morale di un popolo¹³.

L'influenza di questa concezione della famiglia non si esaurisce nella stagione del primo costituzionalismo ma riverbera le sue ricadute nella

¹¹ V. in part. quanto riportato nella nt. 5.

¹² Il riferimento è al *System des heutigen römischen Recht*, I-VIII, Berlin, 1840-1849, di cui è disponibile la traduzione italiana curata da V. SCIALOJA dal titolo *Sistema del diritto romano attuale*, I-VIII, Torino 1886; la riflessione ricostruttiva degli istituti del diritto di famiglia e dei loro caratteri tipici è formulata, nella traduzione italiana, alle p. 342 ss. del volume primo dell'opera.

¹³ Sull'assenza di norme sulla famiglia come tratto comune alle costituzioni liberali di fine Ottocento v. M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 70; una scelta presente anche nello Statuto albertino del 1865, su cui sia concesso il rinvio a F. CAGGIA – A. ZOPPINI, sub *Art. 29*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Milanofiori Assago, 2006, p. 601 ss., in part. p. 604; sulle ragioni storiche e politiche di questa scelta in alcune costituzioni europee v. J. B. D'ONORIO, *La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988, p. 1 ss.

costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici del secondo Novecento – come nel caso dell’art. 29 della Costituzione italiana –, dove l’idea del carattere *naturale* dei fenomeni familiari è impiegata al fine di riaffermare la loro preesistenza rispetto all’ordinamento dello stato, e quindi a garantirne la libertà rispetto a interventi esterni¹⁴. Questa concezione della famiglia che si va a combinare con i caratteri tipici della prospettiva funzionalista del diritto di famiglia, elaborata dal pensiero giuridico novecentesco, che si traduce in una funzionalizzazione della disciplina dei suoi istituti nella prospettiva della realizzazione dell’eguaglianza tra i coniugi e della prole, indipendentemente dal momento della sua nascita, e del sostegno alla maternità e all’infanzia¹⁵.

La combinazione di questi elementi, riconducibili, abbiamo detto, a stagioni e a dottrine diverse del diritto di famiglia, conosce una successiva rielaborazione nel formante teorico e nella giurisprudenza costituzionale, nel senso della graduale affermazione della concezione comunitaria della

¹⁴ Una soluzione che produce l’esito quasi inevitabile di dividere la dottrina rispetto al quesito se la definizione della famiglia come società naturale, contenuta nell’art. 29 Cost., rappresentasse il presupposto per qualificare la famiglia come ordinamento sovrano o, al contrario, si limitasse a riconoscerne l’autonomia rispetto all’ordinamento dello stato, su cui, per una sintesi di questa discussione, sia concesso il rinvio a F. CAGGIA – A. ZOPPINI, sub *Art. 29*, cit., p. 604 s. In particolare, all’interno di questo dibattito, l’*escamotage* interpretativo di riconoscere natura programmatica alle norme costituzionali sulla famiglia persegue l’obiettivo di limitare l’incidenza della Costituzione sulla legislazione in materia familiare e quindi preservare il modello ispiratore della disciplina contenuta nel primo libro del codice del 1942, su cui, per un esempio di adesione a questa posizione, C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. 284 ss., in part. p. 288 ss.; tuttavia, pur a fronte di tali iniziali contrasti, finisce per affermarsi l’idea che la formula società naturale vuole significare semplicemente la priorità della famiglia rispetto all’organizzazione della società nello stato e secondo il diritto ed intende fissare, anche sul piano della legge positiva, i limiti invalicabili che ogni intervento esterno incontra nell’ordine interno della comunità familiare, senza che però ciò si traduca in un rinvio a valutazioni estranee al diritto positivo da ricavare da una forma storica di diritto naturale, su cui, per tutti, cfr. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, p. 307; una posizione espressa dallo stesso Autore anche in *Interessi e conflitti nella famiglia: l’istituto della «mediazione familiare»*, in (*Giur. it.*, 1995, IV, p. 73 ss. ed ora anche in) *Matrimonio e famiglia. Cinquant’anni del diritto di famiglia italiano*, Torino, 2000, p. 331 ss., in part. p. 332.

¹⁵ Sulle trasformazioni del diritto di famiglia italiano maturate per effetto della previsione di garanzie costituzionali per la famiglia nella Costituzione del 1948 v., per una sintesi efficace, V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’Unità d’Italia ad oggi*, cit., p. 1045 ss.; sulla costituzionalizzazione del diritto di famiglia americano J. BARRON, *The Constitutionalization of American Family Law: The Case of Right To Marry*, in S. N. KATZ – J. EEKELAAR – M. MACLEAN (a cura di), *Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England*, cit., p. 257 ss.

famiglia, all'interno della quale la norma di massimo rango presidia la libertà di autoregolamentarsi dei singoli e l'esplicazione della loro personalità e, allo stesso tempo, garantisce la pretesa che possa venire dalla formazione sociale per la rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo di questa dimensione relazionale¹⁶.

I processi di costituzionalizzazione del secondo Novecento rappresentano, quindi, una cartina di tornasole utile per verificare l'emersione, prima, e l'affermazione, poi, di una nuova concezione del rapporto tra famiglia e diritto. Se nella fase formalista, condizionata dal modello teorico elaborato da Savigny, l'intervento del diritto positivo è considerato come una eccezione rispetto alla disciplina di un fenomeno che trova l'alimento delle sue regole principalmente nella tradizione e nel costume¹⁷, ora si assiste a un mutamento del paradigma su cui quel rapporto viene costruito: si amplia l'intervento dello stato, attraverso il diritto, in ragione di obiettivi di protezione delle funzioni della famiglia o di tutela di alcuni soggetti nel gruppo familiare, secondo uno schema di volta in volta definito dalle ideologie o dalle culture politiche prevalenti in un sistema giuridico¹⁸.

Questa trasformazione della relazione del diritto con la regolamentazione dei fenomeni familiari si produce, sebbene non contestualmente con i processi maturati nell'esperienze nazionali, anche sul terreno dell'interpretazione e dell'applicazione dei diritti fondamentali nel sistema europeo di protezione. Si prenda, ad esempio, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti

¹⁶ Per una messa a fuoco di questo processo M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 62 ss.

¹⁷ La rappresentazione di questa ricostruzione può essere riscontrata in F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, cit., p. 347 ss.

¹⁸ Il che spiega le ragioni per le quali la famiglia, e in particolare la sua regolamentazione, abbia sempre occupato una posizione peculiare nella dicotomia che s'instaura tra diritto privato e diritto pubblico nei diversi ordinamenti, in quanto, pur essendo questa considerata come il privato della società civile, è allo stesso tempo costitutiva di un ordine sociale, e quindi giustifica l'esistenza di un interesse pubblico alla sua regolamentazione, su questo aspetto v. M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 4; sull'ambiguità del diritto di famiglia rispetto a questa collocazione nella tradizione di pensiero della dottrina italiana e su come, diversamente, la disputa appaia irrilevante al giurista appartenente all'esperienza dei paesi socialisti v. P. RESCIGNO, «*Il codice della famiglia*» della Repubblica Democratica Tedesca, in (*Dir. fam. pers.*, 1978, p. 923 ss., ed ora in) *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto di famiglia italiano*, cit., p. 18 ss.; nella dottrina tedesca sui pertinenti riferimenti storici circa la disputa dell'appartenenza del diritto di famiglia al diritto pubblico o al diritto privato v. ora S. MEDER, *Öffentliches Recht und Privatrecht in Entstehungsprozess des modernen Familienrechts*, in N. WITZLEB – R. ELLGER – P. MANKOWSKI (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2014, p. 927 ss.

dell'uomo, che rilegge le garanzie a tutela della famiglia muovendo dalla funzione originaria di *Abwehrrechte* a quella, coerente con le prospettive funzionaliste, di *positiven Verpflichtungen* da far valere nei confronti dello Stato¹⁹. In questa prospettiva, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 Cedu, è invocato non soltanto per tutelare la relazione familiare rispetto a un intervento dello stato, lesivo della sua sfera d'immunità, ma anche per pretendere un'azione positiva da parte dei poteri pubblici al fine di permetterne la costituzione o lo svolgimento²⁰; così come il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, sancito dall'art. 12 Cedu, diviene lo strumento non solo per rivendicare l'esercizio di una libertà individuale ma anche per l'affermazione delle nuove identità sessuali e di genere, quale preconditione per l'accesso alle prestazioni di *welfare* riconosciute nei confronti della famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio e per un compiuto riconoscimento dei nuovi modelli di relazione nella dimensione sociale²¹.

L'affermazione di un modello ricostruttivo dei diritti fondamentali della famiglia, intesi come presupposto fondante per giustificare l'intervento positivo dello stato, è un processo che può essere osservato anche sul terreno del formante positivo della Cedu. Si prenda, ad esempio, l'art. 5

¹⁹ Nella letteratura tedesca per una ricostruzione di questa interrelazione T. MARAUHN – K. MELJNIK, *Kapitel 16: Privat- und Familienleben*, in O. DÖRR – R. GROTE – T. MARAUHN (Hrsg.), *EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen, 2013, p. 746 ss.; I. FAHRENHORST, *Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention. Das Ehe- und Familienrecht der Bundesrepublik Deutschland und seine Vereinbarkeit mit der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, München, Wien, Zurich, 1988, p. 57 ss.

²⁰ Sull'art. 8 come fonte di obbligo positivo è sufficiente richiamare il *leading case* Corte edu, 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74, *Marcks c. Belgio*; sulla influenza di questa decisione sull'evoluzione del diritto europeo della famiglia e delle successioni W. PINTENS – M. SCHERPE, *Die Marckx-Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichts als eine Keimzelle eines europäischen Familien- und Erbrechts. Ein Rück- und Ausblick nach fünfunddreißig Jahren*, in AA. VV., *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, a cura di N. WITTEB – R. ELLGER – P. MANKOWSKI – H. MERKT – O. REMIEN, Tübingen, 2014, pp. 127 ss.; per una rassegna della giurisprudenza della Cedu sull'interpretazione dell'art. 8 come fonte di un obbligo positivo per lo stato ad intervenire a tutela di un effettivo svolgimento della vita familiare v. L. WILDHABER – S. BREITENMOSER, sub *Artikel 8*, in AA. VV., *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1986 (ma 1992), p. 9 ss., in part. p. 36 ss.

²¹ A tale proposito è utile formulare l'esempio della vicenda della domanda di riconoscimento sollevata dai soggetti omosessuali nei confronti del diritto, dove invocare l'accesso al matrimonio ha anche l'obiettivo di investire la relazione di una più compiuta dignità sociale, su cui v. M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 90 ss.

del settimo Protocollo, adottato nel 1989, che riconosce la legittimità delle misure adottate da uno stato nazionale finalizzate a realizzare la parità di trattamento nella disciplina dei rapporti tra coniugi e a soddisfare l'interesse del minore, così formulando due presupposti che legittimano l'intervento dello stato nell'organizzazione del gruppo familiare di fronte al sistema di garanzie fondamentali definite dal diritto europeo. Ma alcune elementari considerazioni di contesto ci permettono di comprendere meglio l'esatta portata della norma per l'evoluzione dei sistemi di diritto di famiglia, dal momento che l'inserimento nel Protocollo aggiuntivo appare come la recezione di un modello di disciplina, coerente con l'affermazione del principio di eguaglianza tra coniugi e il soddisfacimento del migliore interesse del minore, in quel momento già largamente penetrato negli ordinamenti nazionali a seguito delle riforme degli anni sessanta e settanta²².

La costruzione dei diritti fondamentali della famiglia come fonte di un dovere positivo per l'ordinamento statale di provvedere alle prestazioni sociali necessarie alla sua organizzazione e allo svolgimento delle relazioni, che in essa si sviluppano, viene recepita all'interno del sistema dell'Unione Europea per effetto dell'adozione della Carta dei diritti fondamentali. Questa recezione non è soltanto dimostrabile dalla lettura delle massime della Corte di giustizia, che qualifica i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu alla stregua di principi generali vigenti nell'ordinamento dell'Unione Europea, ma lascia traccia anche nel formante positivo rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali. L'art. 33 della Carta impegna le istituzioni europee alla protezione giuridica, economica e sociale della famiglia – una formula che ricorre nel titolo dell'art. 16 della Carta sociale europea del 1961 –, così appropriandosi di un modello di disciplina costituzionale affermatosi nell'art. 6 del *Grundgesetz* tedesco, e, prima di esso, nell'art. 119 della Costituzione di Weimar, una norma che viene indicata come uno degli indici principali, sul terreno dei processi normativi, del superamento del modello familiare classico, in cui lo stato presidia un ordine che si sviluppa in modo autonomo e secondo percorsi diversi rispetto all'intervento del diritto²³. L'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non solo sembra

²² Sul significato della norma C. PETTITI, *L'égalité entre époux*, in AA. VV., *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, diretto da F. KRENC – M. PUÉCHAVY, Paris, 2008, p. 29 ss.

²³ Il ruolo ascrivibile all'art. 119 della Costituzione di Weimar, inteso come indice del superamento del modello familiare classico e dell'ingresso in un'epoca nuova è spiegato da M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 30, secondo i quali, riconoscendo rilevanza costituzionale alla famiglia, lo stato si afferma come il vero e proprio artefice di strutture alle quali intende offrire una forma determinata.

collocarsi in scia rispetto a questo processo ma anzi rimarca ulteriormente la distanza rispetto alla concezione pregiuridica della famiglia in merito a uno dei suoi corollari logici. L'idea di un'organizzazione del gruppo familiare, in ragione dei valori e della natura degli interessi coinvolti, secondo dinamiche diverse rispetto al funzionamento e alle regole giuridiche che informano il mercato economico²⁴, viene di fatto disattesa dalla norma fondamentale dell'ordinamento europeo, nel momento in cui essa formalizza, al c. 2, il divieto del licenziamento per motivi legati alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito o a un congedo parentale dopo la nascita e l'adozione del figlio nel tentativo di conciliare la vita professionale e la vita familiare. Si può affermare quindi che le interrelazioni esistenti tra modi di organizzare la relazione familiare e disciplina del mercato economico e del lavoro escono dall'area dell'irrelevanza giuridica per essere scolpite nelle garanzie di massimo rango²⁵.

3. *Un esempio dell'incidenza delle esperienze nazionali nel formante giurisprudenziale europeo: l'interpretazione del concetto di "vita familiare" dell'art. 8 Cedu*

Al fine di evidenziare come i modelli che hanno connotato le stagioni evolutive del diritto di famiglia abbiano condizionato la disciplina dei diritti fondamentali in Europa, abbiamo svolto un ragionamento che ha guardato alle tecniche di normazione e interpretative, in questo modo tentando di collocare le carte europee dei diritti nella giusta posizione rispetto alla loro funzione di promozione di obiettivi di tutela delle relazioni familiari.

Convieni, ora, affrontare questo discorso, stringendo il ragionamento su un profilo specifico della disciplina dei diritti fondamentali della famiglia, in particolare guardando al significato che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha assunto il concetto di "vita familiare", la cui

²⁴ Una dicotomia tra famiglia e mercato di cui la letteratura scientifica ne ha più volte sottolineato la costruzione retorica, su cui, tra i molti contributi, il saggio di F. E. OLSEN, *The Family and the Market: a Study of Ideology and Legal Reform*, in *Harvard Law Review*, 96 (1983), p. 1497 ss.; sul nesso tra crisi economica e mutamenti dei *family patterns* registrati nell'esperienza americana v. il libro di J. CARBONE – N. CAHN, *Marriage Markets. How Inequality is Remaking the American Family*, Oxford, 2014.

²⁵ In questo senso rafforzando un processo che si era affacciato, pur con qualche ambiguità, anche sul terreno delle Costituzioni della seconda metà del Novecento, tra cui in particolare cfr. gli artt. 36 e 37 Cost. italiana; su queste norme, per rilievi puntuali v. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 310.

protezione è sancita, si è visto, dall'art. 8 Cedu, poi garantita anche dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

L'uso di un concetto neutrale, che apparentemente non rinvia a un modello tipico di relazione familiare tutelata, ha rappresentato un presupposto significativo del formarsi, intorno alla interpretazione della formula "vita familiare", di un'ampia casistica, accomunata dall'elemento che le domande di tutela spesso riguardano soggetti uniti in una relazione familiare, non formalizzata con la celebrazione del matrimonio; queste domande vengono formulate agli organi giurisdizionali della Cedu, quando l'accesso ai diritti o alla condizione giuridica riconosciuta alla famiglia fondata sul matrimonio viene negato dalle corti statali. La valutazione della proporzionalità del diniego o dell'assenza di una disciplina destinata a regolamentare il fenomeno delle convivenze familiari nell'ordinamento nazionale di appartenenza dei ricorrenti è accompagnato da un giudizio di qualificazione del concetto di "vita familiare", contemplato dall'art. 8 Cedu. Questo giudizio di qualificazione è condotto prendendo in considerazione l'orientamento degli ordinamenti degli stati europei aderenti alla Cedu rispetto al tema del riconoscimento dei modelli di relazione familiare costituiti in assenza della celebrazione del vincolo coniugale. Si tratta, quindi, di verificare se questo modello di famiglia possa essere ricondotto nel concetto di "vita familiare", tutelato nel sistema della Cedu, in una prospettiva interpretativa dove il giudizio del giudice europeo non rappresenta il risultato di un'autonoma valutazione delle formule e della loro funzione di garanzia, ma assume, come parametro condizionante, il confronto comparatistico delle legislazioni degli stati europei rispetto a quel fenomeno²⁶.

²⁶ Sull'uso del metodo comparatistico nella giurisprudenza che si sviluppa nel sistema della Cedu v. L. WILDHABER, *The Role of Comparative in the Case-law of the European Court of Human Rights*, in J. BRÖHMER – R. BIEMER – C. CALLIES – C. LANGENFELD – S. WEBER – J. WOLF (Hrsg.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Hamburg, 2005, p. 1101 ss.; P. MAHONEY, *The European Method in Judgments of the European Court of Human Rights: References Back to National Law*, in G. CANIVET – M. ANDENAS – D. FAIRGREVE (eds.), *Comparative Law Before the Courts*, London, 2004, p. 124 ss.; nella dottrina italiana per una riflessione critica sull'uso del metodo F. VIGLIONE, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.; nel senso invece di evidenziarne le ricadute positive in termini di funzionamento del sistema, con riguardo all'interpretazione dei diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione Europea v. anche J. WOLF, *Kohärenz durch Rechtsvergleichung. Modell einer richterrechtlichen Entwicklung unionsrechtlicher Grundrechte durch rechtsvergleichende Transformation nationaler Menschenrechte und Grundfreiheiten*, in J. BRÖHMER – R. BIEMER – C. CALLIES – C. LANGENFELD – S.

Che il consenso esistente tra gli stati europei sia un fattore decisivo per comprendere le curvature interpretative e applicative dei diritti fondamentali della famiglia garantiti dalla Cedu è un dato strutturale di questo sistema che può essere agevolmente ricavato dall'osservazione delle posizioni via via assunte dalla giurisprudenza europea rispetto al tema del riconoscimento delle relazioni familiari costituite e sviluppate in assenza del legame matrimoniale. Così che, alla luce di questo dato, appare comprensibile come la presenza dei figli minori, nati da una relazione tra soggetti coniugati, diventi un elemento non secondario per riconoscere il "rispetto", qualificato dall'art. 8 Cedu, nei confronti delle relazioni maturate tra genitori e figli naturali nella giurisprudenza europea sul finire degli anni settanta, atteso che una larga parte degli ordinamenti degli stati membri avevano, da tempo, maturato un processo, anche legislativo, di parificazione della filiazione naturale alla filiazione realizzata in costanza di matrimonio²⁷.

Allo stesso modo un condizionamento delle esperienze nazionali viene esercitato rispetto al trattamento delle convivenze eterosessuali, sia in termini di diritti che i *partners* possono vantare nei confronti dei terzi²⁸ sia con riferimento alle pretese che questi soggetti possono opporre ciascuno nei confronti dell'altro durante lo svolgimento o al momento dello scioglimento della relazione²⁹. Anche rispetto alle oscillazioni e ai cambiamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su questo tema, è possibile scorgere una qualificazione del concetto di "vita familiare", operata ora nel senso di escludere il rapporto di convivenza non formalizzato ora d'includerlo nella formula, che si affida non solo al dato oggettivo dell'esistenza di un consenso tra gli stati europei a regolamentare questo fenomeno ma anche attraverso la tecnica interpretativa di tipo funzionalista – largamente utilizzata nella riflessione che matura nell'esperienze nazionali nel periodo tra gli anni settanta e ottanta del secolo scorso³⁰ –, che assume

WEBER – J. WOLF (Hrsg.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, cit., p. 893 ss.

²⁷ Su cui, per un riscontro, v. Corte edu, 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74, *Marcks c. Belgio* e Id., 18 dicembre 1986, ric. n. 9697/82, *Johnston e altri c. Irlanda*.

²⁸ Si tratta del caso deciso da Corte edu, 13 luglio 2000, ric. n. 25735/94, *Elsholz c. Germania*, dove alla donna convissuta per lungo tempo con un uomo, ucciso dalla polizia, è stata riconosciuta la condizione di vittima.

²⁹ Come nel caso della convivente, che dopo una lunga relazione di convivenza si è vista negare il diritto ad ottenere l'assegnazione della casa della convivenza domandata richiamando la regola applicata nell'ipotesi di separazione matrimoniale, in cui Corte edu, 26 gennaio 1999, ric. n. 37784/97, *Saucedo Gomez c. Spagna*, ma giudicato illegittimo alla luce degli artt.8 e 14 Cedu.

³⁰ Per una rassegna sull'uso di questa tecnica da parte della giurisprudenza e della dottrina

il matrimonio come tipo ideale di “vita familiare” ed equipara, a questo modello, tutte le relazioni tra soggetti, costituite senza ricorrere alla celebrazione del matrimonio, che presentino gli elementi tipici del rapporto coniugale³¹.

Più complessa si è mostrata la vicenda del riconoscimento delle coppie omosessuali all'interno del sistema di garanzie della Cedu, laddove, a differenza di quanto accaduto con le convivenze eterosessuali, questo modello ha incontrato anche all'interno degli ordinamenti nazionali un più lento riconoscimento sul terreno della regolamentazione positiva e una maggiore difficoltà di conoscere un giudizio di meritevolezza attraverso il ricorso alle tecniche di equivalenza funzionale al tipo del matrimonio eterosessuale, attesa la diversità strutturale insita nell'assenza dell'eterosessualità dei due *partner* e determinata anche dalla circostanza che l'omosessualità non produce, nello svolgimento della relazione di coppia, tutti gli elementi, e le potenziali asimmetrie, tipiche delle relazioni di genere.

Il punto di svolta di questo processo è rappresentato dall'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che con la formulazione dell'art. 9 ha compiuto un significativo guadagno nel senso dell'apertura verso il riconoscimento alle coppie omosessuali, dal momento che sono garantiti il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, senza il riferimento all'eterosessualità dei coniugi, come invece c'è scritto nell'art. 12 Cedu; allo stesso tempo la duplicazione della garanzia in due diversi diritti scioglie il momento costitutivo del rapporto familiare dalla connessione logica e strutturale con la celebrazione del matrimonio, aprendo così il sistema europeo dei diritti fondamentali all'idea che un modello di famiglia può legittimamente fondarsi anche sull'adozione di una diversa forma di riconoscimento³².

italiana sia concesso rinviare a F. CAGGIA, *La convivenza*, in AA. VV., *Diritto della famiglia*, a cura di S. PATTI – M. G. CUBEDDU, Milano, 2011, p. 683 ss., in part. p. 689 ss.

³¹ Sull'interpretazione sostanzialista dell'art. 8 Cedu adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in confronto all'approccio più formalista tenuto dalla giurisprudenza comunitaria nel declinare le libertà di circolazione in materia familiare v. H. STALFORD, *Concepts of Family Law Under EU Law – Lessons from the ECHR*, in *International Journal of Law, Policy, and the Family*, 16 (2002), p. 410 ss.

³² Nel senso di leggere l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea come un indice ulteriore della caduta della monoliticità del modello familiare v. S. RODOTÀ, *Presentazione*, in F. GRILLINI – M. R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status contratto*, Napoli, 2001, pp. XIII ss.; la norma viene interpretata nel senso del riconoscimento del pluralismo dei modelli familiari anche da C. MCGLYNN, *Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: Progressive Change or Entrenching the Status Quo?*, in *European Law Review*, 26 (2001), p.

Il mutato quadro delle garanzie fondamentali nello spazio europeo e il diverso contesto degli orientamenti degli stati europei, che ha conosciuto, negli ultimi anni, una evoluzione nel senso della regolamentazione positiva delle coppie omosessuali – ora attraverso la previsione di una specifica forma di riconoscimento ora riconoscendo ai soggetti omosessuali il diritto di accedere al matrimonio –, hanno esercitato una decisiva influenza negli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo. È possibile osservare tale ricaduta nei confronti delle relazioni di coppia omosessuale in una recente decisione che, non solo ha definitivamente, e in modo chiaro, inquadrato le coppie omosessuali nella garanzia dell'art. 8 Cedu, qualificandole quindi come un modello di "vita familiare" meritevole di tutela, ma ha anche affermato che questa collocazione non esclude che anche l'art. 12 possa essere interpretato in modo più aperto, nonostante i suoi indici letterali facciano chiaramente rinvio al modello della famiglia fondata sul matrimonio tra una donna e un uomo³³.

Pur nell'essenzialità dei dati qui rappresentati, e che ci danno conferma del sostanziale condizionamento multilivello che si produce sul terreno dell'interpretazione evolutiva dei diritti fondamentali nello spazio europeo, ciò che merita di essere apprezzato coincide con la circostanza che le garanzie formulate sul formante europeo e il consenso presente tra gli stati nazionali intorno a un livello di tutela, utilizzato quale criterio per interpretarle, assume i contorni di una dinamica circolatoria che finisce per avere conseguenze concrete nel funzionamento del sistema delle fonti del diritto di famiglia. Questa dinamica mi pare che si sia plasticamente prodotta nella decisione di condanna licenziata, di recente, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello stato italiano circa l'inerzia del legislatore nazionale rispetto all'introduzione di un modello di disciplina destinato al riconoscimento e alla regolamentazione delle convivenze omosessuali³⁴. Se, infatti, seguiamo la progressione delle argomentazioni utilizzate dai giudici europei nel caso citato, al di là dei riferimenti alla giurisprudenza maturata, nel tempo, nelle corti europee rispetto alla qualificazione del modello della convivenza omosessuale come "vita familiare" tutelata e alle aperture registrate in sede di politiche legislative manifestatesi all'interno degli stati europei intorno a questo fenomeno, la Corte di Strasburgo riconosce, ai fini della decisione,

582 ss., in part. p. 593; M. R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 86 ss.

³³ Il riferimento è a Corte edu, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*.

³⁴ Corte edu, 21 luglio 2015, ric. n. 18766/11 e 36030/11, *Oliari et al. c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 918 ss., su cui il commento di L. LENTI, *Prime note a margine del caso Oliari c. Italia*, nella stessa Rivista, II, p. 575 ss.

un peso decisivo alla presenza, nell'ordinamento italiano, di orientamenti giurisprudenziali sia nelle corti di merito che in quelle superiori favorevoli all'introduzione di una forma di riconoscimento per questo modello di relazione – attesa l'indisponibilità dell'istituto del matrimonio per i soggetti omosessuali alla luce del tenore dell'art. 29 Cost. –, e della sollecitazione rivolta al legislatore di procedere in tal senso³⁵.

Il dialogo tra le corti nazionali ed europee e il ruolo del consenso esistente tra gli stati europei rispetto a un livello di tutela dei diritti fondamentali rappresentano, quindi, un criterio di valutazione del comportamento del legislatore nazionale, che si traduce, sul terreno della dinamica delle fonti, nell'effetto di rendere più stringente l'obbligo positivo di adottare una misura legislativa in materia familiare e, quindi, giudicarlo, se del caso, inadempito³⁶.

³⁵ All'interno dell'ordinamento italiano si era, in particolare prodotta la sentenza della Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, che ha riconosciuto le unioni omosessuali meritevoli di ricevere una forma di riconoscimento, che non potendo essere introdotta, nel sistema, in via giurisprudenziale, ma richiedeva necessariamente l'intervento del legislatore; a questa decisione si è affiancata, e dopo la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, la sentenza di Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, che, nel negare la trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato da due cittadini italiani all'estero, ha comunque affermato che le unioni tra soggetti omosessuali, stabilmente conviventi, titolari di un diritto al rispetto della vita familiare, sancito dall'art. 8 Cedu, anche sulla scorta della giurisprudenza europea; sul dialogo instauratosi tra i diversi livelli giurisdizionali rispetto al tema del riconoscimento del matrimonio omosessuale v. le significative annotazioni di P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 861 ss.

³⁶ Con la conseguenza che, anche all'interno di questo contesto, devono essere inquadrate e analizzate le scelte di disciplina compiute dal legislatore italiano con l'adozione della legge n. 76/2016, dal titolo *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*; su cui per una valutazione del condizionamento generato dalla politica nazionale in merito ad alcune scelte di disciplina sia concesso richiamare F. CAGGIA, *Per un uso politico del diritto di famiglia comparato*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 1/2018.

SEZIONE TERZA
PROPRIETÀ E BENI

Antonio Iannarelli

*La proprietà e i suoi limiti
nello spazio giuridico europeo*

SOMMARIO: 1. Introduzione: proprietà e diritti fondamentali nelle Costituzioni moderne – 2. La proprietà privata nella CEDU: limiti e distorsioni della prospettiva individualistica – 3. La tutela della proprietà nella CEDU e l'indennità di esproprio – 4. Dalla "proprietà" al "patrimonio": la Cedu e l'economia creditizia – 5. La tutela dei privati dalle invadenze dello Stato e dei soggetti forti nella post-democrazia: considerazioni conclusive.

1. Introduzione: proprietà e diritti fondamentali nelle Costituzioni moderne

Il tema relativo all'incidenza sul diritto privato dei diritti fondamentali presenti in testi normativi estranei all'ordinamento giuridico nazionale in senso stretto e, però, da collocare attualmente nella prospettiva multilivello in cui oggi si presenta il sistema delle fonti va affrontato, a nostro avviso, su piani distinti sebbene tra loro intrecciati.

Infatti, un'impostazione del problema teoricamente e metodologicamente corretta richiede innanzitutto una ricognizione pregiudiziale in ordine alla stessa individuazione dei protagonisti, se così vogliamo dire, del tema. Ricognizione che, al di là dei problemi legati al linguaggio utilizzato, come tale temporalmente e culturalmente condizionato, richiederebbe un'analisi in chiave storica: a) per individuare rispettivamente il significato ed il contenuto che attualmente si attribuisce al diritto privato nei rapporti tanto con il diritto pubblico quanto soprattutto con lo Stato moderno, anche alla luce della crisi del monopolio da questo conservato per decenni circa la produzione del diritto scritto; b) per cogliere le trasformazioni che ha registrato la struttura istituzionale dello Stato nel corso degli ultimi decenni tra declino, frantumazione e coesistenza con altre strutture istituzionali, sovranazionali ed interne, private e pubbliche, legate all'avvento del c.d. *regulatory State*; c) per comprendere il senso, il contenuto e la funzione che assumono oggi i diversi decaloghi dei diritti fondamentali rispetto al ruolo

che essi hanno avuto storicamente nell'epoca dell'assolutismo giuridico nei confronti dei detentori del solo potere sovrano.

Ebbene, pur nella consapevolezza dell'orizzonte ora segnalato¹ che resta sullo sfondo, la presente indagine intende, con riferimento al tema della proprietà e della disciplina dei beni, molto più semplicemente offrire un contributo da un punto di osservazione circoscritto alla valutazione dei contenuti specifici di uno di questi decaloghi, in particolare, quello contenuto nella CEDU², ormai entrato pienamente nel sistema multilivello delle fonti europee e presente a fianco della Carta dei diritti dell'Unione europea³.

¹ Sul tema, al centro di un ampio dibattito, si rinvia alla lucida messa a punto offerta da G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano 2012, p. 139 ss.

² L'incidenza della CEDU nel sistema giuridico dell'Unione resta indubbio, pur in assenza della formale adesione dell'Unione stessa alla Convenzione alla luce delle comprensibili riserve contenute nel parere della Corte di Giustizia 18 dicembre 2014. Peraltro, a livello europeo, la proprietà ha trovato un'esplicita attenzione rispettivamente sia nell'art. 295 del Trattato della Comunità europea (secondo il quale "il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri" – comprensivo dunque della proprietà privata e di quella pubblica (sulla portata di quella disposizione si v. la sintesi offerta da S. PASSINHAS, *Dimensions of Property Under European Law, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?*, in *European University Institute*, 2010) – sia nella Carta dei diritti fondamentale dell'Unione europea il cui art. 17, inserito nel capitolo sulle libertà, così dispone: "1. Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta".

³ In realtà, la presenza della Carta dei diritti fondamentali e l'incidenza della stessa, anche alla luce della prassi della Corte di Giustizia, non eliminano il fatto che la Carta non guida certo le scelte legislative dell'Unione, del resto limitate alle sole competenze cedute dagli Stati, ma è destinata soltanto ad orientarle, posto che i paradigmi costitutivi dell'Unione sono pur sempre rinvenibili nelle quattro libertà legate all'attuazione di un'economia di mercato. Conclusione, questa, ribadita espressamente dalla Corte di Giustizia nella sentenza 6 marzo 2014 nella causa C-206/13 punto 20 dove si afferma che: "L'articolo 51, paragrafo 1, della Carta prevede che le disposizioni della medesima si applichino agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'articolo 6, paragrafo 1, TUE, così come l'articolo 51, paragrafo 2, della Carta, precisa che le disposizioni di quest'ultima non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati. Pertanto, la Corte è chiamata a interpretare il diritto dell'Unione, alla luce della Carta, nei limiti delle competenze riconosciute all'Unione stessa (sentenza del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, Racc. pag. I-11315, punto 71 e giurisprudenza ivi citata)". Sebbene non manchino casi in cui la Corte di Giustizia abbia fatto prevalere i diritti fondamentali sulle ragioni del mercato (per questa osservazione, si v. da ultimo G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari 2016, p. 141 ivi in nota i riferimenti

Innanzitutto, è da condividersi, sia pure in parte, come si cercherà di chiarire nel prosieguo, l'equilibrata osservazione avanzata da Antonio Gambaro⁴ secondo la quale, a fronte del decalogo dei diritti fondamentali, quali emergono nella nostra Carta costituzionale del 1948, è la CEDU a presentare caratteri particolarmente singolari rispetto a quanto può rilevarsi in ordine alle disposizioni presenti anche nel Trattato dell'Unione europea e nella Carta adottata dall'Unione nel 2012, con riferimento sia ai contenuti delle disposizioni, sia all'originalità dell'intervento della Corte di Strasburgo. Come è noto, infatti, a proposito della CEDU, la Corte di Strasburgo non interviene per valutare direttamente i dati normativi dei paesi che hanno ratificato la Convenzione⁵, bensì per valutare, caso per caso,

giurisprudenziali), a nostro avviso, anche in considerazione del carattere pur sempre individualistico della Carta europea dei diritti (per questo giudizio si v. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, p. 78), resta tuttora valido quanto efficacemente rimarcato da J. WEILER, *Europe – Nous coalisons des Etats, nous n'unissons pas des hommes*, rinvenibile al sito <http://iilj.org/courses/2009IILJColloquium.asp>, secondo il quale i fondamentali dogmi dell'Unione possono tuttora riassumersi nelle seguenti proposizioni: “*a. Europe represents the Market. The Member States represent the competing values. b. The norm, the “default” position, the legal “presumption” is Free Market. Competing values have to be defended, proven, justified. c. We apply to this construct one of the great hermeneutic principles of Treaty interpretation in general and European Union interpretation more specifically: Derogations to a general norm must be interpreted strictly. Derogations to a Fundamental Freedom must be interpreted even more strictly. The fundamental freedom here is not freedom of expression, or of association etc. It is Market Freedoms: Free movement of the factors of production. The market we interpret expansively; the competing values, restrictively*”.

⁴ Si v. A. GAMBARO, *Armonizzazione dei diritti di proprietà e linguaggi giuridici europei tra assonanze e dissonanze*, in G. D'AMICO (a cura di), *Proprietà e diritto europeo. Atti del convegno Reggio Calabria 11 e 12 ottobre 2013*, Napoli, 2013. Per una ricognizione generale comparatistica sulla proprietà si v. J. G. SPRANKLING, *The Global Right to Property*, in 52 *Colum. J. Transnat'l L.* (2014), p. 464 ss.

⁵ Come ha precisato la Corte costituzionale nella sentenza n. 236 del 2011 “Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata». In ordine al ruolo esclusivo spettante alla Corte di Strasburgo circa l'interpretazione della Convenzione e i limiti in ordine alla rilevanza della stessa per i giudici nazionali, si v. le ampie considerazioni contenute nella sentenza della nostra corte costituzionale del 26 marzo 2015 n. 49. Quanto alla rilevanza della Convenzione in ordine alla valutazione della legittimità costituzionale di una norma interna è noto che la Convenzione dei diritti dell'uomo rileva nel nostro sistema come norma interposta. In presenza di un contrasto tra una norma nazionale e la Convenzione il giudice nazionale investito della controversia, ove non sia stato possibile interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale o dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale ‘interposta’, deve sollevare questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma dinanzi alla corte costituzionale: si v. la decisione

alla luce della Carta il comportamento di uno Stato tenuto conto tanto del vigente diritto nazionale, quanto delle lacune normative riconducibili ad omissioni del legislatore⁶, con la possibilità, in caso di esito positivo del ricorso, di una condanna in primo luogo risarcitoria per lo Stato: condanna da cui può discendere una successiva correzione della legislazione o della prassi nazionali⁷.

n. 347 del 2007 della nostra corte costituzionale e l'ampissimo dibattito che ne è seguito. Secondo la Corte le norme CEDU non «acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale» in quanto « si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale. Per una sintetica ricognizione della situazione attuale si v. per tutti F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2016.

⁶ L'approccio della corte di Strasburgo, fundamentalmente orientato a giudicare il caso sottoposto alla sua attenzione, non necessariamente implica, in caso di condanna dello Stato, un giudizio negativo di ordine generale circa la compatibilità della norma nazionale coinvolta con la CED, come viceversa fa la nostra Corte costituzionale nel dichiarare l'illegittimità di una norma nazionale ove si avvalga della Carta dei diritti come norma interposta. La Corte di Strasburgo ben può limitarsi ad un semplice giudizio di equità nel senso di sanzionare il comportamento dello Stato sul solo presupposto dell'inapplicabilità della disposizione nazionale coinvolta al caso di specie per ragioni di equità e di proporzionalità. Sotto questo profilo – a dimostrazione ulteriore della singolarità se non eterodossia del giudizio della Corte di Strasburgo – è importante rammentare che di recente la corte di Giustizia ha ribadito che il sistema dell'Unione non ammette la possibilità che fuori dai casi di dichiarata invalidità si possa disapplicare il diritto vigente. Infatti, la sentenza del 26 maggio 2016 nella causa C-273/15, (punto 56) precisa che "...Secondo costante giurisprudenza, fatti salvi casi particolari espressamente previsti dal legislatore dell'Unione, il diritto dell'Unione ignora un principio giuridico generale secondo il quale una norma vigente del diritto dell'Unione possa essere disapplicata da un'autorità nazionale qualora tale norma implichi, per l'interessato, un rigore che il legislatore dell'Unione avrebbe manifestamente cercato di evitare se avesse tenuto presente tale ipotesi nel momento di adozione della norma stessa (sentenza del 26 ottobre 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun, C-248/04, EU:C:2006:666, punto 63 e giurisprudenza ivi citata). L'equità non consente, dunque, di derogare all'applicazione delle disposizioni del diritto dell'Unione al di fuori dei casi previsti dalla normativa dell'Unione o nell'ipotesi in cui la normativa stessa sia dichiarata invalida (sentenza del 26 ottobre 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun, C-248/04, EU:C:2006:666, punto 64 e giurisprudenza ivi citata)".

⁷ Nella giurisprudenza della stessa Corte, un consolidato indirizzo puntualizza che "quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo dell'equa soddisfazione prevista dall'art. 41, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie. Poiché le sentenze della Corte sono di natura essenzialmente declaratoria, lo Stato convenuto resta libero, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, di scegliere i mezzi per adempiere al proprio obbligo giuridico ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, purché tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte": così *ex multis* la

Ebbene, per cogliere i termini molteplici e complessi in cui si presenta appunto il “caso CEDU”, come risulta dall’analisi dei testi di riferimento nonché dalla prassi interpretativa emersa nel corso degli anni, appare a nostro avviso necessario un chiarimento sulla terminologia qui coinvolta con specifico riferimento alla formula “diritti fondamentali” che si è inteso porre al centro della riflessione. Questa considerazione, di ordine preliminare, è tanto più necessaria ove ci si accosti al tema specifico della presente indagine che ha per oggetto la “proprietà e la disciplina dei beni”⁸. Infatti, una corretta impostazione non può non tener conto da un lato della storicità del legame tra “proprietà e libertà” e, dunque, della stessa necessità di chiarire al riguardo il senso stesso del ricorso alla categoria dei “diritti fondamentali”, dall’altro dei riflessi tecnici e concettuali che discendono appunto dalle possibili distinte letture dei temi ora richiamati.

Nell’economia della presente indagine non è possibile prendere in considerazione l’evoluzione storica sia dei legami emersi tra epoca premoderna e moderna nell’elaborazione giuridica avente ad oggetto rispettivamente la libertà, la loro configurazione in termini di diritto, in particolare di diritto soggettivo nonché di diritti fondamentali, sia delle concrete articolazioni emerse in quell’esperienza quanto al costruire e codificare, alla luce di tale strumentario, la proprietà ed i suoi diversi regimi.

Per esigenze di semplificazione e di sintesi si cercherà preliminarmente di avvalersi, in funzione euristica, di alcune definizioni stipulative al fine di affrontare il tema oggetto della nostra riflessione in modo da mettere in luce, in chiave storica e ideologica, i paradigmi alla base dei testi normativi sopra richiamati ed aventi ad oggetto la proprietà: espressione formale, questa ultima, in grado di rispecchiare, a sua volta, significati e contenuti tra loro non omogenei e che, però, nella prospettiva sopra annunciata ed in sede di avvio della indagine, si intende qui riferire alla situazione giuridica incidente su una porzione della realtà materiale, corporea o non corporea, come tale data, caratterizzata dalla sua limitatezza, dunque, diversa e distinta da quanto è ricondotto o riconducibile alle situazioni giuridiche a contenuto patrimoniale, tra cui le c.d. *new properties* e la proprietà intellettuale. Si

decisione della Grande camera 17 settembre 2009 Scoppola c. Italia, punto 147.

⁸ Nei tempi a noi vicini si è accumulata una ampia riflessione sul tema: tra i contributi più recenti si v. M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Torino 2015; G. D’AMICO (a cura di), *Proprietà e diritto europeo, cit.*; G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013; R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU Itinerari giurisprudenziali europei*, Roma, 2012; C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e Principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.

intende dunque fare riferimento in primo luogo alla proprietà nell'accezione accolta dall'individualismo moderno, riferita soprattutto ai beni immobili, per la quale la *full ownership* attribuisce al titolare la pienezza del controllo e l'esclusività nell'utilizzare un bene senza obblighi nei confronti dei terzi i quali, viceversa, sono tenuti a non interferire.

Ebbene, in un approccio in definitiva assiologico ai diritti fondamentali della persona, Ferrajoli ha negato che tra questi possa collocarsi il diritto di proprietà⁹. A suo dire, i diritti fondamentali sono quelli che spettano e sono in capo a tutti i soggetti: *“inclusi i diritti di acquisire e disporre dei beni di proprietà, [essi] sono “universali” (omnium) “nel senso logico della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari”*. Viceversa, i diritti di proprietà, per ragioni legate alla stessa semplice limitatezza del dato oggettivo di riferimento, sono storicamente condizionati da una diversità di posizionamento dei singoli, tale per cui, ove mai, la proprietà si concentra di fatto in larga misura nelle mani di una parte soltanto dell'intera collettività.

In realtà, nell'elaborazione teorica che alle soglie della modernità ha preparato l'avvento dei diritti fondamentali, la tradizione giusnaturalistica era partita dall'assunzione secondo la quale *liberty implied equality*¹⁰. In questa prospettiva, il tema della proprietà (anche su beni materiali)¹¹ era strettamente connesso a quello della libertà in una duplice direzione: da un lato il modello giustificativo dall'appropriazione esclusiva del singolo – si pensi in particolare a quello del liberismo di Locke – partiva dal presupposto circa l'inesauribilità della possibile acquisizione affidata all'iniziativa dell'individuo e in ogni caso nel senso che l' *original right to appropriate* del singolo doveva limitarsi *“at least where there is enough and as good left in common for others”*¹². Come dire, dunque, che il diritto di proprietà si

⁹ Si v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2008, 12ss; ID, *Libertà e proprietà*, in G. ALPA – V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 95 ss.

¹⁰ In questi termini, K. OLIVERCROMA, *Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property*, in 35 *Journal of the History of Ideas*, 1974, p. 212.

¹¹ Come ha osservato K. OLIVERCROMA, *cit.*, *“Locke too regarded life, limb and liberty as the core of one's property. But just as Grotius did, he thought that the sphere of property, or suum, could extended to encompass physical objects. The problem of the acquisition of property was the problem of how such enlargement could be achieved. The solution was presented in the famous ch. V of the Second Treatise”*. Sul punto v. nota seguente.

¹² J. LOCKE, *The Second Treatise of Government*, 1764 cap. 5, §33. Su questa pagina di Locke esiste una letteratura immensa: si v. in particolare J. WALDRON, *Enough and as good left for others*, in 29 *Philosophical Quarterly* 1979, p. 319 ss. Nel senso che in Locke la *“property is a moral, not a legal or civil, ownership”*, v. SIMMONS, *The Lockean Theory of rights*, Princeton 1992, p. 223. In realtà, la riflessione su Locke sulla proprietà non è priva di significativi margini di ambiguità (sul punto si v. di recente K. WIDERQUIST, *Lockean Theories of*

configurava quale diritto alla portata di chiunque si fosse industriato con il proprio lavoro a trasformare una landa di terra in un fondo produttivo, ossia in termini di un diritto concretamente, e non solo formalmente, accessibile a tutti¹³. Dall'altro lato, la concreta situazione presente alla fine dell'epoca premoderna ha evidenziato che la spinta all'autonomia del soggetto e alla piena espansione della libera iniziativa nell'utilizzare la terra si manifestava appunto come una battaglia per affermarne la piena libertà di fruizione da parte dei privati individui, con la rimozione di tutti gli ostacoli e le restrizioni dovute al sistema feudale e corporativo. In quel contesto, il combinarsi del modello teorico sopra richiamato con la specificità delle lotte sociali relative alla "liberazione" del contenuto del diritto dai lacci e laccioli propri del sistema economico precapitalistico, ha indubbiamente favorito l'affermarsi egemonico di uno specifico modello concettuale. Esso non aveva difficoltà da una parte a continuare a coniugare proprietà e libertà¹⁴, dall'altra ad erigere, proprio sulla sua falsariga e per

Property: Justifications for Unilateral Appropriation, in 2 *Public Reason*, 2010, p. 3 ss.), per cui il suo pensiero è tuttora al centro di letture profondamente distanti tra loro anche se la tradizione culturale del pensiero liberale classico e dello stesso marxismo convergono nel individuare in Locke il principale artefice della moderna concezione borghese della proprietà (si v. in particolare, con riferimento all'individualismo possessivo, C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Milano 1982; sul ruolo della proprietà nella visione costituzionale di Locke si rinvia per tutti ad G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari 2010, p. 325 ss.). Per una ricognizione e riferimenti bibliografici sul punto si v. M. STUART, *A Companion to Locke*, John Wiley & Sons, 2015, p. 394 ss., nonché G. S. ALEXANDER – E.M. PEÑALVER, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge 2012, p. 35 ss. Infatti, Locke se da una parte fonda la sua teoria su una economia di sussistenza, per cui le appropriazioni private operano in linea con la possibilità di lasciare ad altri beni sufficienti, dall'altra non manca di registrare il passaggio ad un diverso sistema per cui "la stessa legge della proprietà – che ciascuno possieda tanto quanto può usare- varrebbe ancora nel mondo, senza sacrificio per nessuno, dato che v'è terra bastante per sostenere un numero di abitati doppio dell'attuale, se l'invenzione della moneta e la tacita convenzione onde gli uomini le attribuiscono un valore non avessero introdotto, per comune consenso, possedimenti più ampi, e creato il diritto su di essi" (così LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, secondo la traduzione che si rinviene in C. DEL BÒ, *I diritti sulle cose. Teoria della giustizia e validità dei titoli*, Roma 2008, p. 57).

¹³ La singolare situazione in cui operarono i coloni nel Nord-America permette di comprendere l'importanza anche ideologica che il pensiero di Locke ha avuto e conservato nella cultura politica e giuridica nordamericana con riferimento al rapporto tra *liberty* e *property*: sul punto si v. significativamente EPSTEIN, *Liberty versus Property. Cracks on the Foundations of Copyright Law*, in 42 *San Diego L. Rev.* 1 2005, p. 1 ss.

¹⁴ Sul punto si v. N. LUHMAN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari 1999, p. 189, secondo il quale l'espedito liberale per dare fondamento costituzionale al diritto di proprietà è consistito proprio "nell'affermare che la proprietà deve essere concepita come di diritto di libertà individuale o forse anche come una condizione della dignità della persona.

via di processi di astrazione, la categoria generale del diritto soggettivo, tanto che nelle prime fonti di elaborazione del moderno significato di *jus*, il contenuto del diritto resta indeterminato nella misura in cui rinvia ad una *facultas* del soggetto (titolare quanto all' *agere* o al *non agere*) assunta come effettiva *libertas*. Il tutto in termini di una situazione giuridica che, a voler riprendere Luhman, si caratterizza proprio per la *non reciprocità*, stante la contrapposizione tra il titolare del singolo diritto e tutti gli altri, fondata sull' esclusione/esclusività, con la sola eccezione (e, a ben vedere, si tratta di osservazione di non poco rilievo) in termini questa volta di reciprocità nei rapporti orizzontali, omogenei, "di vicinato", tra *possidentes* borghesi, in relazione all' inevitabile necessità di permettere la coesistenza delle sfere di autonomia dei singoli. Considerazione, questa ultima, sufficiente a smascherare il profilo ideologico della presunta sovranità ed assolutezza del diritto, come ha del resto opportunamente registrato la più accorta dottrina sin dalla fine dell'Ottocento, posto che la proprietà non regola soltanto sul piano giuridico una relazione tra uomini rispetto ad un dato esterno, e non certo un rapporto tra uomo e cosa, ma presume e riflette anche una concreta relazione sociale¹⁵. Di qui, il progressivo superamento della configurazione teorica della proprietà in termini negativi, alla stessa stregua dei diritti di libertà, ossia come semplice diritto di escludere gli altri dal rapporto con la cosa¹⁶, a favore della visione moderna in termini di un diritto, con un

La proprietà è dedotta dal diritto della persona su se stessa e perciò, come 'proprietà privata' non ha una valenza pubblica o, addirittura, politica".

¹⁵ Sul punto si v. S. R. MUNZER, *Property as Social Relations*, in MUNZER (a cura di), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge 2001, p. 36 ss.; di recente, nella riflessione nord-americana, si v. G. S. ALEXANDER, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, in 94 *Cornell L. Rev.* (2008-2009), p. 745 ss. È il caso si rimarcare che la relazionalità è stata ulteriormente evidenziata dalla più attenta cultura giuridica dal momento in cui si è spostata l'attenzione sulla disciplina dei beni in quanto tali: disciplina articolata da cui emergono chiaramente la pluralità degli interessi presi in considerazione dal diritto scritto ed il loro intreccio: sul punto è, oltremodo significativa la lungimirante e coerente prospettiva di indagine offerta da M. COSTANTINO, a partire dalle sue monografie *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967 e *Sfruttamento delle acque e tutela giuridica*, Napoli, 1975, seguite nel tempo dalla promozione e curatela dei saggi contenuti in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995 e, più di recente, in *Destinazioni economico-sociali di beni, rapporti, attività*, Bari, 2010.

¹⁶ Per questa impostazione tradizionale, normativamente fallace sebbene dura a morire, si v. esemplarmente la definizione accolta anche nel *common law* che si legge nel § 7 del *Restatement of Property* (1936) secondo il quale "A possessory interest in land exists in a person who has (a) a physical relation to the land of a kind which gives a certain degree of physical control over the land, and an intent so to exercise such control as to exclude other members of society in general from any present occupation of the land".

suo concreto contenuto, che riconosce al titolare la fruizione in esclusiva di alcune, ma non certo di tutte, le utilità che dalla cosa possono derivare¹⁷.

Sotto questo profilo, è del tutto evidente che la persistente configurazione di un legame tra proprietà e libertà, come dato strutturale interno alla situazione dominicale, in un contesto storico che di fatto contraddiceva la prospettiva originaria di un possibile libero accesso alla risorsa terra, ha fortemente condizionato e compromesso la successiva possibilità di continuare a configurare la proprietà come un diritto fondamentale, sia come tale, sia come diritto di libertà. Siffatto condizionamento è intervenuto in una duplice direzione. Una prima configurazione del “terribile diritto”, trasformatasi in pura ideologica difesa dello *status quo* a favore dei concreti *possidentes*, ha continuato a puntare sul rapporto tra proprietà e libertà, al fine di proseguire lungo la strada propria delle libertà negative, sì da sottrarre il diritto dominicale da arbitrarie interferenze statuali e da presidiarlo con la garanzia della tutela in caso di espropriazione e, al tempo stesso, da configurarlo nei rapporti tra i privati nei termini appunto di un diritto assoluto, privo di contenuto concreto e caratterizzato solo dall’ esclusione di tutti i terzi. Una seconda configurazione, in quanto erede dell’ originaria aspettativa sociale in ordine all’accesso libertario alla proprietà da parte di tutti¹⁸, ha fortemente inciso sulla conservazione e

¹⁷ In altri termini, nell’ elaborazione teorica più moderna, l’oggetto del diritto dominicale non è certo il dato materiale sul quale i terzi non devono assolutamente interferire, ma solo le utilità (e non tutte) che da questo possono derivare sulla base delle scelte (di destinazione) consentite al titolare dalla legge. Sicché l’esclusione dei terzi, in termini di non accesso materiale al bene, è relativa e non certo assoluta, in quanto opera soltanto nella misura in cui assicura al proprietario di fruire, monopolisticamente, delle sole utilità a lui assicurate dalla legge. Sul punto valga per tutti la lucida affermazione avanzata a metà dell’Ottocento da STUART MILL, *Principles of Political Economy*, Indianapolis 2004, p. 111, nel distinguere tra l’esclusività nella fruizione delle utilità spettanti al proprietario con l’ esclusione dei terzi nell’accesso materiale al bene: sulla persistenza dell’equivoco tra i due termini, al fine di assottigliare la proprietà, si v. significativamente il recentissimo saggio di B. PORAT, *Ownership and Exclusivity: Two Visions, Two Traditionst*, in 64 *American Journal of Comparative Law*, 2016, p. 147 ss. È il caso di osservare che nel sistema di *common law* questa impostazione più moderna, emersa alla fine dell’Ottocento, è alla base della configurazione della proprietà come un semplice “*bundle of rights*” (sul punto si rinvia a D. B. KLEIN – J. ROBINSON, *Property: A Bundle of Rights? Prologue to the Property Symposium*, in 8 *Econ. Journal Watch September*, 2011, p. 193 ss; più di recente si v. J. B. BARON, *Rescuing in the Bundle-of-Rights Metaphor in Property Law*, in 82 *Univ. Cincinnati L. R.*, 2013, p. 58 ss.) sebbene – mette conto rimarcarlo – questa impostazione sia fondamentale orientata ad analizzare la complessiva categoria della property, piuttosto che la struttura stessa della real property (sul punto si v. R. T. ELX, *Property and Contract in Their Relations to the Distribution of Wealth*, NewYork 1914, p. 60 ss).

¹⁸ A ben vedere, nella prospettiva marxiana, a differenza di quella anarchica, la critica non

rivisitazione delle forme di appartenenza premoderne non in linea con il modello, divenuto egemonico, della proprietà privata borghese del singolo individuo: modello in cui si inscriveva un giudizio di disvalore per tutte gli “altri modi di possedere”, ossia quelle forme di appartenenza non individuali considerate anche, ma non soltanto, come una possibile riserva per successive “liquidazioni”, previa attribuzioni in proprietà individuale ai privati. Al tempo stesso, pur nella consapevolezza dell’oggettiva limitatezza del dato esterno di riferimento, questa seconda configurazione ha finito, altresì, con il sublimare quell’originaria aspettativa di accesso egualitario. Ciò è emerso nel percorso disciplinare che è alla base delle Costituzioni della prima parte del Novecento e, dunque, della stessa tradizione costituzionale europea, in quanto indirizzata a rimuovere, in una prospettiva dinamica di lungo periodo, la distanza tra la concreta diseguale distribuzione della ricchezza (sotto forma di proprietà privata) presente nelle società e le attese partecipative dell’intera collettività, in linea con la vocazione solidaristica propria anche della nostra Costituzione del 1948¹⁹.

Questa seconda prospettiva ben può cogliersi in maniera esemplare nel testo della nostra Costituzione. Il principale dato di fondo da mettere in evidenza è che il venir meno della tensione originaria che in avvio della modernità aveva portato al trionfo della proprietà privata, a vantaggio della sola borghesia, ha, in primo luogo, fortemente ridimensionato il rapporto tra proprietà e libertà, tanto nella prospettiva funzionale e finalistica del diritto, quanto nella sua configurazione strutturale. Nella nostra Costituzione, il diritto di proprietà privata non trova posto tra i diritti fondamentali della persona, ossia tra i diritti inviolabili di cui parla l’art.2. E’ pur sempre un diritto di rango costituzionale, ma rientra nei rapporti economico-patrimoniali²⁰. La funzione finalistica della proprietà, in termini

coinvolgeva la proprietà in generale, bensì solo la forma specifica della proprietà borghese ossia quelle forme “de propriété qui a pour condition nécessaire que l’immense majorité de la société soit frustrée de toute propriété” per cui “le droit de propriété se transforme dialectiquement en droit pour l’un de s’approprier le travail d’autrui, et en devoir pour l’autre de respecter le produit de son propre travail, ou son propre travail, comme des valeurs appartenant à un autre”: le citazioni rispettivamente di Marx ed Engels a di Marx, sono tratte riprese da D. KOLACINSKI, *L’Economie des droits de l’homme*, Thèse Université Montpellier I, 2002, p. 101 ss. alla base della monografia del medesimo autore, *Analyse économique des droits de l’homme*, Rennes, 2003.

¹⁹ Al riguardo si rinvia per tutti a L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *www.costituzionalismo.it*, 2016, fasc. 1.

²⁰ La differenza, a ben vedere, non discende solo dalla diversa collocazione nel tessuto del testo costituzionale in quanto tale. Se è pur vero che anche a proposito della proprietà si parla di “riconoscere e garantire”, in realtà mentre nel caso dei diritti inviolabili della

di diretta manifestazione di libertà, scompare a vantaggio solo di una sua mediata funzione strumentale²¹ e nel quadro di una prospettiva che non prende in considerazione soltanto i privati *possidentes*, ma guarda ai diritti di questi ultimi alla luce anche delle esigenze dell'intera collettività e dei diritti fondamentali dei terzi di cui alla prima parte del testo costituzionale.

La linea ora evidenziata trova la sua manifestazione esemplare in due profili disciplinari contenuti nella formula legislativa dell'art.42: ci si riferisce all'espresso richiamo da un lato alla coesistenza di due regimi, quello della proprietà privata e quello della proprietà pubblica, intesa questa ultima come il primo fondamentale strumento diretto a soddisfare le esigenze di fruizione collettiva, come tali legittimamente riconosciute dal sistema, dall'altra alla formale individuazione, quale obiettivo finalistico della disciplina, anche di quello indirizzato a favorire l'accesso di tutti alla proprietà²².

Peraltro, l'individuazione di questo ultimo obiettivo promozionale si colloca a chiusura di una disposizione che modifica radicalmente l'approccio tradizionale al modello della "proprietà-libertà" di stampo ottocentesco, quale accolto nei codici civili di quell'epoca. Infatti, alla legislazione non è affidato più il solo compito di individuare, eccezionalmente, limiti esterni

persona di cui all'art. 2, è la Repubblica stessa che li riconosce e garantisce, nel caso della proprietà privata di cui all'art. 42 è solo la legge che la riconosce e garantisce: per questo rilievo si v. l'ordinanza di Cass., sez. penale, 20 maggio 2014, n. n. 1139, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, come interpretato dalla Corte EDU con *la sentenza resa nel caso Varvara c. Italia*, 21 ottobre 2013, successivamente dichiarata inammissibile dalla Corte cost., 26 marzo 2015, n.49.

²¹ Si v. al riguardo il saggio di L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 427 ss., secondo il quale (p. 455) l'art. 42 "non garantisce la proprietà per sé sola, come spazio riservato alla libertà individuale come fine a sé stessa, bensì in funzione della libertà politica", in termini dunque della concreta possibilità partecipativa del singolo individuo nel contribuire alla funzionalità dello stesso sistema economico. Nei medesimi termini, è il caso di rimarcarlo, si prospetta la tutela costituzionale della proprietà nell'esperienza tedesca: sul punto si v. G.S. ALEXANDER, *Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example*, in *Cornell Law Faculty Working Papers.*, 2003, Paper 4; sulla differenza tra l'esperienza tedesca e quella degli States si v. anche T. R. DRAEGER, *Property as a Fundamental Right in the United States and Germany: A Comparison of Takings Jurisprudence*, in *14 Transnat'l Law*, 2001, p. 363 ss.

²² Sull'originario disegno che la formula segnalava in termini di accesso, sulla base del modello della proprietà solitaria, v. S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari 2012, p. 108, il quale, sulla scorta dell'art. 43 Cost., sottolinea l'attuale tendenza a dare rilievo ai modelli di partecipazione attiva nella fruizione di taluni beni senza che si passi necessariamente attraverso l'attribuzione (in titolarità) del diritto: prospettiva, questa, alla base del recente dibattito sui c.d. beni comuni nonché della rivisitazione della nozione di beni pubblici. Su questo ultimo tema, si v. da ultimo F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, Torino, 2014.

all'esercizio del diritto nell'interesse generale, ma anche quello di intervenire fisiologicamente sulla stessa struttura interna del diritto, ossia sul contenuto, nella direzione volta appunto ad assicurare, mediante la disciplina dei modi di acquisto e di godimento, la costante funzione sociale della proprietà²³ e che, dunque " non può essere intesa come un semplice effetto riflesso dell'utilità individuale"²⁴, ma esige un bilanciamento tra gli interessi economici del titolare ed i diritti costituzionalmente rilevanti dei terzi.

Infine, a prescindere dal problema relativo alla distinzione tra *regulation* e *taking*, ossia tra semplice conformazione del diritto e ablazione di prerogative proprietarie, come tali meritevoli di indennizzo, la complessiva stesura dell'art.42 delinea una sostanziale ulteriore differenza rispetto alla sistemazione ottocentesca. Infatti, la contemporanea presenza in quella disposizione del riferimento, sia all'*interesse generale* sia alla *funzione sociale*, formalizza nel tessuto normativo della disposizione costituzionale la complessa rilevanza che la proprietà assume anche nella dialettica tra Stato e Società, tra una tradizione da superare e una nuova stagione da aprire, posto che le due formule non possono ritenersi tra loro pienamente intercambiabili²⁵. Duplicità, quest'ultima, con cui la disposizione costituzionale intendeva segnare la distanza dalla tradizione e che oggi evidenzia, plasticamente, i margini di oscillazione, attualmente presenti nella coesistenza di fonti multilivello, tra una rinverdata tradizione culturale indirizzata a ricollocare la proprietà nell'area di esplicazione della personalità dell'individuo, sia pure

²³ Sul punto la sentenza di Corte Cost. 29 maggio 1968 n. 55 precisò che "Secondo i concetti, sempre più progredienti, di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine di essere sottoposto nel suo contenuto, ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare".

²⁴ Così N. LIPARI, *Diritti e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004, p. 143.

²⁵ Sulle molteplici declinazioni che l'interesse generale assume nella stessa prassi della giurisprudenza costituzionale, si v., per l'esperienza francese, G. MERLAND, *L'intérêt général dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Parigi, 2004. Discorso diverso, ovviamente, è quello relativo al bilancio che nel contesto politico culturale del nostro tempo è da prospettarsi circa il rapporto tra la prospettiva offerta dalle "limitazioni esterne" alla proprietà in nome dell'interesse generale e quella più incisiva in chiave distributiva e partecipativa che si ispira alla funzione sociale: bilancio che sembra premiare attualmente la prospettiva individualistica su quelle socialmente orientate (si v. al riguardo i saggi che si leggono in G. D'AMICO (a cura di), *Proprietà e diritto europeo, cit.*, nonché le più severe valutazioni di C. SALVI, *Diritto civile e Principi costituzionali europei e italiani: il problema* e di L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, rispettivamente a p. 1 ss e p. 203 ss.

nella prospettiva dell'*homo oeconomicus*, protagonista del funzionamento del mercato, e l'altra che, sulla scorta della rilevanza pur sempre solo patrimoniale della proprietà, muove nella direzione del solidarismo sociale e della redistribuzione della ricchezza, nonché nelle nuove forme di partecipazione, in termini anche di solo accesso.²⁶

2. *La proprietà privata nella CEDU: limiti e distorsioni della prospettiva individualistica*

Ebbene rispetto a questo modello costituzionale di proprietà privata, fisiologicamente conformata nella direzione indicata dalla funzione sociale e alla base di molte moderne carte costituzionali, la prospettiva in cui il tema viene affrontato nella CEDU è profondamente diversa. Al di là delle distinzioni che sono state segnalate nel confrontare le diverse stesure della Convenzione, secondo la lingua volta a volta utilizzata²⁷, ed a prescindere, per ora, dall'affrontare la questione di non poco rilievo in ordine alla specifica nozione di proprietà accolta dalla CEDU, anche a voler fare riferimento all'ipotesi rispondente alla nozione tradizionale, che è viceversa presente nel nostro art.42 Cost, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo si caratterizza fundamentalmente per l'unilateralità dell'approccio accolto. In termini generali, esso risulta già evidente posto che la Convenzione si è occupata in chiave individualistica soltanto dei diritti civili e politici classici, ossia ha ripreso il nocciolo duro del decalogo del 1789²⁸, trascurando i

²⁶ Sul punto per una efficace sintesi si v. A. FEDERICO, *La proprietà in Europa tra "funzione sociale" e "interesse generale"*, in G. D'AMICO (a cura di), *Proprietà e diritto europeo*, cit., p. 125 ss.

²⁷ Sul punto ha correttamente insistito A. GAMBARO, cit.

²⁸ Infatti, secondo l'art. 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, "Poiché la proprietà è un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, se non quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in modo evidente, e sotto la condizione di una giusta e previa indennità". In realtà già BLACKSTONE, *Of the Absolute Rights of Individuals*, 1766, aveva rimarcato a proposito della esperienza inglese, che "*The rights of the people of England ... may be reduced to three principal or primary articles; the right of personal security, the right of personal liberty, and the right of private property*" *The third absolute right, inherent in every Englishman, is that of property: which consists in the free use, enjoyment, and disposal of all his acquisitions, without any control or diminution, save only by the laws of the land. The original of private property is probably founded in nature, as will be more fully explained in the second book of the ensuing commentaries: but certainly the modifications under which we at present find it, the method of conserving it in the present owner, and of translating it from man to man, are entirely derived*

diritti economici sociali e culturali. La struttura della convenzione, la totale carenza di riferimenti diretti ai diritti sociali, la vicenda stessa che ha portato alla previsione del diritto di proprietà solo in un successivo passaggio, mediante il primo protocollo addizionale del 1952, evidenziano le scelte di fondo alla base di quella Carta che, sul punto, non divergono da quanto è dato registrare nell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui la proprietà è collocata nella sezione avente ad oggetto le libertà²⁹. La protezione dei diritti sociali è sostanzialmente estranea agli obiettivi ed ai contenuti della Convenzione tanto è vero che essi sono presi in considerazione nella prassi giurisprudenziale della Corte di Strasburgo solo dal punto di vista della possibile giustificazione di interventi limitativi dei diritti individuali da parte dei singoli Stati i quali dispongono di un margine di apprezzamento dell'interesse pubblico, in particolare, nell'adottare e applicare misure di riforme economiche e di giustizia sociale³⁰. Come dire, dunque, che nella Convenzione il decalogo dei diritti è posto nella prospettiva del singolo per cui, come è stato di recente rimarcato alla luce di

from society; and are some of those civil advantages, in exchange for which every individual has resigned a part of his natural liberty”.

²⁹ A proposito della Carta europea si v. per tutti M. COMPORI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 192, il quale considera “improprio e antistorico l’inserimento della proprietà fra le libertà” laddove “i diritti fondamentali dell’uomo sono solo quelli di natura personale e non già quelli di natura patrimoniale”. Per altri riferimenti al dibattito emerso a proposito dell’art.17 della Carta europea si rinvia per tutti a F. MACARIO, *sub Art. 832*, in A. IANNARELLI – F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà, artt.810-860*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, p. 366 ss.

³⁰ In questi termini, ribaditi da una ampia giurisprudenza della Corte, si v. la decisione *Vasilev et Doycheva c/ Bulgarie*, 31 maggio 2012, § 47, sulla scia di altre decisioni, tra cui *Viasu c. Romania* del 9 dicembre 2008, tutte aventi ad oggetto la restituzione di terreni ai privati nei paesi dell’Europa dell’Est dopo la caduta dei regimi totalitari e vertenti, sostanzialmente, sulla tempistica del ripristino della situazioni dominicali. Si è al riguardo osservato “*Neanmoins, La protection de la 1er du Protocole n° 1, semble relativement limitée, si ce n’est inexistante. Considerant que les Etats disposent d’une marge d’appréciation étendue pour déterminer ce qui est dans l’intérêt public, surtout lorsqu’il s’agit d’adopter et d’appliquer des mesures de réforme économique ou de justice sociale...*, la Cour européenne relegue ainsi l’objectif de protection de la Justice sociale, pourtant visée par les textes, à l’entière appréciation des Etats. Des lors, il semble que la promotion de justice sociale ne rentre pas dans le cadre de la mission prétorienne du juge strasbourgeois. Il est donc contraint d’exclure du champ d’application de la Convention européenne, un certain nombre de notions telles que la Justice sociale. En limitant l’appréhension de ce concept à sa garantie par les autorités étatiques, le juge européen marque donc son incapacité à lui conférer une valeur prescriptive dans le cadre de son office”, così, C. BLANC-FILLY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. Essai critique sur l’interprétation axiologique du juge européen*, Bruylant, 2016, p. 152.

una minuziosa disamina della prassi giurisprudenziale³¹, resta pregiudicata in maniera significativa la possibilità di sviluppo di un approccio assiologico ai diritti dell'uomo ivi previsti.

Quanto basta, a ben vedere, a che, anche nel caso della proprietà, il punto di osservazione accolto sia fondamentalmente ed esclusivamente quello garantista a tutela delle prerogative del singolo da interferenze esterne, in particolare da quelle dello Stato, nella direzione, dunque, propria dei diritti di libertà, ossia senza che vi sia una differenziazione tra gli stessi diritti meritevoli di protezione, secondo quella gerarchia e sofisticata ponderazione che, viceversa, è dato riscontrare in molte carte costituzionali, a partire da quella italiana.

Questa differenza, a ben vedere, è per alcuni aspetti scontata, ove per poco si voglia affrontare il tema alla luce della distinzione tipologica che, sulla base anche della stessa esperienza storica, si può rinvenire tra siffatta carta dei diritti, come tale collocata su di un orizzonte astratto, avulso da un concreto contesto istituzionale, storico-sociale e politico, e le Costituzioni che viceversa si riferiscono pur sempre ad entità territoriali specifiche e che riflettono il patto fondamentale intervenuto nell'ambito di una concreta comunità, per guidarne il complessivo processo dinamico. Come dire, dunque, a voler essere schematici, che una Costituzione ben comprende al suo interno anche una carta dei diritti, laddove una carta dei diritti come la Convenzione Europea, nella sua limitatezza di oggetto e specificità di obiettivi, non è configurabile come una Costituzione; d'altro canto, nel caso della CEDU, i giudici, protagonisti della sua interpretazione, operano in una situazione di obiettiva autoreferenzialità.

Il rilievo ora svolto - sia detto qui per inciso- racchiude a nostro avviso l'intera problematica al centro della nostra attenzione, posto che se da un lato la contrapposizione tra semplici carte dei diritti e Costituzioni legittima il richiamo all'osservazione avanzata nel 1980 da Gauchet secondo la quale "Les droits de l'homme ne sont pas une politique"³², dall'altro la

³¹ Si v. C. BLANC-FILY, *cit.*

³² E si v., significativamente, la rimediazione del tema, a distanza di venti anni, da parte dello stesso GAUCHET, *Quand les droit de l'homme deviennent une politique*, in *Le Débat*, 2000, p. 288 ss., dopo l'ampia discussione seguita al suo primo saggio del 1980 a partire, soprattutto, dalla caduta del comunismo nei paesi dell'est europa e dell'avvento del neoliberismo: sul punto, con riferimento alla esperienza d'oltralpe, si v. C. COLLIOT-THÉLÈNE, *L'interprétation des droits de l'homme: enjeux politiques et théoriques au prisme du débat français*, in *Trivium*, 2009, p. 3. Sul ruolo mitologico che i diritti dell'uomo svolgono attualmente alla luce della crisi della politica e delle spinte neoindividualistiche si v. per tutti M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, in ID (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica ed il pluralismo normativo*, 2013, p. 13 ss; in ordine al tema relativo al rapporto tra diritti

singularità del sistema multilivello oggi operante si caratterizza proprio per la coesistenza complessa tra Carte e Costituzioni tale da suggerire un singolare itinerario da esplorare. Anticipando alcune considerazioni di fondo della presente riflessione può dirsi, infatti, che siffatta coesistenza è: 1) conflittuale³³, nella misura in cui possono evidenziarsi posizioni contrastanti in termini contenutistici, sebbene in via di principio essi siano risolubili, ma solo in situazioni eccezionali, attraverso il richiamo ai principi supremi della Carta costituzionale, quali controlimiti³⁴; 2) in grado, al tempo stesso, di produrre pur sempre preziose sinergie.

Infatti, a nostro avviso, nell'attuale stagione di crisi generale della politica e, dunque, della possibilità concreta per adeguate mediazioni sociali, la prospettiva pur individualistica dell'intervento della Convenzione e della corte di Strasburgo può innanzitutto fare da prezioso contrappeso ed usbergo a fronte sia di un sistema capitalistico, sempre più anarchico, che si articola in molteplici strutture anche private, fonti di vera propria normazione, sia di un apparato pubblico: a) le cui misure, pur formalmente invocate nell'interesse generale, si rivelano sempre più spesso ispirate semplicemente alla loro sopravvivenza e conservazione (dietro lo schermo del pareggio di bilancio o della dittatura dello spread³⁵); b) e che omette di operare con tempestività e adeguatezza, sì da mortificare e compromettere le aspettative giuridiche dei privati: non a caso, sempre più spesso, le decisioni della corte di Strasburgo mettono in mora il nostro Paese e svolgono un ruolo propulsivo per un positivo arricchimento del quadro normativo nazionale.

individuali e diritti collettivi si v. P. LÖWENTHAL, *Ambiguïtés des droits de l'homme*, in *Droits fondamentaux*, n°7, janvier 2008 – décembre, 2009.

³³ Sul punto si v. per tutti A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: "epifanie" di una Unione dai tratti ancora indefiniti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015 del 03/04/2015.

³⁴ Al riguardo si v. la decisione di Corte Cost., 22 ottobre 2014 n. 238. Sull'attuale rilievo dei c.d. controlimiti si rinvia per tutti a M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016 del 15/04/2016; per un recente caso di mancata utilizzazione dei controlimiti si v. G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, ivi pubblicata il 15/5/2016.

³⁵ A proposito della riforma dell'art. 81 Cost., con cui, nell'andare oltre i vincoli europei, si è inserito nel testo della Costituzione il pareggio di bilancio, si è osservato (AZZARITI, *cit.*, p. 95), che "si va affermando così una sorta di costituzionalizzazione della crisi, piegando l'intero ordinamento alle esigenze della stabilità economica" nel senso che "è in nome della crisi economica che si giustificano le riforme costituzionali, e non più in nome dei diritti". Per una lettura costituzionalmente orientata della disposizione alla luce dei principi fondamentali della nostra Costituzione si v. ora L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *www.constituzionalismo.it*, 2015, fasc. 3, p. 137 ss.

In termini generali e nella prospettiva delle fonti multilivello oggi presenti in Europa, è facile cogliere l'indubbia problematicità quanto alla coesistenza tra siffatta carta dei diritti e Costituzioni, a partire dall'inevitabile distinzione e frizione tra gli stessi approcci ermeneutici di fondo da applicare. A titolo esemplificativo, è sufficiente qui rammentare l'opportuna quanto condivisibile considerazione avanzata dalla nostra Corte costituzionale³⁶ laddove ha posto l'accento sulla sostanziale distanza tra la lettura sistemica del catalogo dei diritti che una Costituzione esige, ai fini di una corretta loro ponderazione, a fronte, viceversa, della prevalente lettura puntuale ed isolata della singola disposizione cui si presterebbe la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come emerge, del resto, dalla prassi della corte di Strasburgo³⁷.

In realtà, al di là di queste considerazioni che restano in ogni caso sullo sfondo della nostra riflessione, il precipitato più evidente della distanza tipologica ora evidenziata tra Costituzioni di Stati sovrani e, nel nostro caso, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, discende direttamente dal fatto che la Convenzione parte dall'indicazione, quale destinatario dei diritti, del solo singolo soggetto, collocato in un orizzonte irrealistico³⁸, e recupera le istanze collettive più che la collettività, peraltro sempre per via del filtro costituito dallo Stato, soltanto nei termini, a proposito appunto della proprietà, di limitazioni o sacrifici intervenuti a carico del diritto di un concreto soggetto e invocati per pubblica utilità o per interessi generali.

Peraltro, la singolare collocazione che ha trovato la proprietà in tale decalogo, grazie al primo protocollo addizionale adottato nel 1952, conferma

³⁶ Si v. al riguardo la decisione n. 317 del 2009, nella cui motivazione si precisa che “la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppino in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea. Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”.

³⁷ Più precisamente, anche la corte di Strasburgo effettua una ponderazione ma questa è limitata ai diritti previsti nella Carta: sul punto si v. R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015 del 09/01/2015.

³⁸ In realtà, nel fare leva sul fatto che in alcune occasioni la Corte abbia sanzionato la violazione di diritti dell'uomo, negando che difficoltà finanziarie in cui incorra uno Stato possano giustificarla, si è prospettata la possibile permeabilità delle disposizioni della Convenzione da parte dei diritti sociali: si v. al riguardo F. TULKENS, *The European Convention on Human Rights and the Economic Crisis: The Issue of Poverty*, in *AEL*, 2013/8.

che alla base della sua protezione vi è la finalità di garantire con essa l'intero sistema economico di libero mercato, più che un diritto ascrivibile all'uomo. Infatti, è significativo che nella Convenzione soltanto a proposito della proprietà si rinviene la formale equiparazione tra persona umana e persona giuridica come possibili titolari del diritto al rispetto dei propri beni³⁹. In questa ottica, mentre i diritti fondamentali della persona, in termini di diritti di libertà, ben possono configurarsi anche come diritti umani, questo non certo può valere per il diritto di proprietà⁴⁰. Peraltro la disposizione guarda al diritto di proprietà in funzione soltanto conservativa degli assetti dati e non certo promozionale in termini di accesso e di inclusività. Infatti, il riferimento al rispetto del possesso dei beni evidenzia innanzitutto che la norma prende in considerazione solo la protezione del diritto di godere dei beni già formalmente acquisiti nel patrimonio del soggetto privato, ma non certo la promozione quanto all'accesso alla proprietà, come si legge nel nostro art.42 Cost.

In ogni caso, non può non sorprendere il rilievo forte che la Corte di Strasburgo ha comunque inteso assicurare alla proprietà in riferimento alla persona, sia essa fisica o giuridica, laddove, in presenza di lesioni del godimento dei beni, ha ammesso anche la tutela del danno non patrimoniale⁴¹.

³⁹ In altre parole, il diritto di proprietà, in quanto diritto fondamentale sia delle persone fisiche sia di quelle giuridiche, si allontana, nella prospettiva accolta dalla Convenzione, dai diritti dell'uomo, per connotare proprio uno specifico modello sociale ed economico. Mentre nella lettura del nostro art. 42 il legame tra proprietà e libertà è pur sempre riferito all'uomo nella misura in cui la prima può assicurare al soggetto lo strumento per una partecipazione attiva anche sul versante della vita economica, nella Convenzione l'indifferenza circa la titolarità del possesso dei beni in capo a persone fisiche o giuridiche finisce con il capovolgere il rapporto: è la proprietà privata in quanto tale a meritare finalisticamente la protezione quale meccanismo costitutivo del sistema economico fondato sul mercato e dunque sul decentramento dei poteri decisionali da quella assicurato. Sulla previsione contenuta nel protocollo si v. B. EDELMAN, *La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché*, in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 897, secondo il quale "le «respect des biens» consacrait seulement le droit de jouir des «biens» déjà acquis et non pas le droit à s'enrichir, mais les personnes physiques et morales étaient mises sur le même pied, ce qui était déjà une petite révolution". Sulla rilevanza, per tale via, dell'antropomorfismo economico, si v. G. PIEPOLI, *Soggetto, soggetti e mercato nello scenario europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 41 ss.

⁴⁰ Il mancato rilievo in ordine al richiamo anche alle persone giuridiche presente nel primo protocollo addizionale indebolisce drasticamente la configurazione della proprietà come diritto dell'uomo, cui giunge nella sua analisi R. ROLLO, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contratto e impr.*, 2011, p. 1014 ss.

⁴¹ Sul punto si v. per tutti R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU Itinerari giurisprudenziali europei*, cit., p. 217 ss. È dall'impostazione accolta dalla Corte di Strasburgo e presente in molte sue decisioni che deriva la soluzione, per la verità isolata, che si rinviene attualmente

Invero, alla formula di ampio rilievo con cui si apre il primo paragrafo della disposizione, secondo cui “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni” seguono, come è noto, le altre due che la completano. In particolare, la seconda frase del primo paragrafo si limita a stabilire, senza alcun formale riferimento all’indennizzo, che “Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”. Il successivo secondo paragrafo, avente ad oggetto le ipotesi di conformazione della proprietà, stabilisce che “Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”⁴².

nell’art. 42 *bis* del T.U. sulle espropriazioni per i casi di acquisizione pubblica senza espropriazione per i quali si è stabilito il pagamento come indennizzo non solo del valore venale del bene, come accade per l’espropriazione condotta nelle forme ordinarie, ma anche di una somma a titolo di danno non patrimoniale, quantificata in misura pari al 10 per cento del valore venale del bene: su questa disposizione si v. la recente sentenza della nostra Corte Costituzionale n. 71 del 2015 e da ultima l’ordinanza n. 100 del 2016. In realtà, la Corte Europea utilizza l’espressione *dommage moral* (ponendolo talora in esplicita connessione con un *tort moral*) con una nozione che oscilla tra la tradizionale valutazione soggettiva della sofferenza e quella oggettiva del pregiudizio: in alcuni casi si fa riferimento alla stessa presenza di “un senso di impotenza e di frustrazione di fronte allo spossamento illegale dei [loro] beni” (così Carbonara e Ventura c. Italia 11 dicembre 2003, punto. 44), in altri alla “interferenza ingiustificata anche nel [...] diritto al rispetto dei beni e dall’iniquità della procedura, che le constatazioni di violazione non hanno sufficientemente riparato” (causa Scordino c. Italia (n1), 29 marzo 2006 punto 277) ovvero al “torto morale derivante dall’incertezza della situazione in causa” (causa Odelaschi e Lante della Rovere c. Italia, 7 luglio 2015, punto77).

⁴² Sulla base di un costante indirizzo confermato dalla giurisprudenza più recente, la corte di Strasburgo prospetta a proposito dell’art.1 del protocollo addizionale la seguente sintetica interpretazione secondo la quale esso contiene tre distinte norme : «la prima, che è contenuta nella prima frase del primo comma e riveste un carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, che compare nella seconda frase del medesimo comma, riguarda la privazione della proprietà e la sottopone a certe condizioni ; quanto alla terza, presente nel secondo comma, riconosce agli Stati il potere, fra gli altri, di disciplinare l’uso dei beni conformemente all’interesse generale (...). Non si tratta pertanto di regole scollegate tra loro. La seconda e la terza riguardano esempi particolari di lesione del diritto di proprietà; dunque, si devono interpretare alla luce del principio consacrato dalla prima» (cfr. fra le altre la sentenza James e altri c. Regno Unito, 21 febbraio 1986, serie A no 98, pp. 29-30, § 37, che riprende in parte i termini dell’analisi che la Corte ha sviluppato nella sentenza Sporrong e Lönnroth c. Svezia, 23 settembre 1982, serie A n. 52, p. 24, § 61 ; cfr. anche le sentenze I Santi Monasteri c. Grecia, 9 dicembre 1994, serie A n. 301-A, p. 31, § 56, Iatridis c. Grecia [GC], n. 31107/96, § 55, CEDH 1999-II, e Beyeler

In realtà, mentre la nostra Costituzione nonché le esperienze normative di molti paesi europei prospettano la questione della rilevanza della proprietà a livello costituzionale, a partire dall'individuazione di diversi regimi proprietari⁴³, la Cedu non conosce una distinzione per regimi. La proprietà di cui si occupa, quale che sia il suo contenuto (coincida ovvero sia più ampio di quello che è rinvenibile nel nostro art.42 Cost.), è solo quella privata e, più specificatamente, del singolo soggetto, sia esso persona fisica o giuridica. Sotto questo profilo, dunque, è del tutto evidente che, quale che sia il contenuto assiologico da attribuire al testo della CEDU, esso fa a pugno con la storicità delle esperienze giuridiche concrete nella misura in cui queste hanno da sempre conosciuto e continuano a registrare, sia pure in termini qualitativi e quantitativi diversi, la presenza di una pluralità di forme di appartenenza sinteticamente rappresentate dalla differenza tra le proprietà private e le altre tradizionalmente qualificate come "pubbliche". Per altro verso, come si è già osservato, la formula utilizzata è conservativa e non promozionale. Essa si rivolge esclusivamente ai *possidentes* in atto o che abbiano concretamente acquisito nel loro patrimonio una ben fondata e concreta aspettativa giuridicamente rilevante da tradurre in una situazione dominicale finale.

Ebbene, la manifestazione più eloquente dei limiti alla base dell'esclusiva impostazione individualistica presente nel testo della Convenzione e sostanzialmente rispettata dalla giurisprudenza della Corte si può rinvenire nella recente vertenza che ha avuto ad oggetto la questione relativa alle valli lagunari del Veneto di cui si è occupata la sentenza del 23 settembre 2014 nella causa *Valle Peierimpìè Società agricola S.p.a c. Italia*⁴⁴. Senza

c. Italia [GC], no 33202/96, § 106, CEDH 2000-I): così la sentenza della grande camera nel caso Scordino c. Italia del 29 marzo 2006, punto 78.

⁴³ Sul punto, a ben vedere, le Carte dei diritti non sono univoche e chiare, sebbene si evidenzia la tendenza ad ammettere sempre di più la presenza di articolate tipologie della proprietà. Esempio, in questa direzione, quanto si legge nel Documento della conferenza di Bonn tenutasi nel 1990 Sulla cooperazione economica in Europa in cui si parla di "Pieno riconoscimento e tutela di tutti i tipi di proprietà, compresa la proprietà privata, e del diritto dei cittadini di possederla e usarla, nonché dei diritti di proprietà intellettuale". Nei medesimi termini si v. il report del 25 novembre 1993 elaborato per la Commission on Human Rights da L.V. RODRÍQUEZ, *The right of everyone to own property alone as well as in association with others*, punto 60.

⁴⁴ Su questa pronuncia della Corte EDU si v. C. CASCIONE, *Le alterne vicende delle valli lagunari venete: il "ripensamento" della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in Giustizia Civile.com*. In realtà, nella giurisprudenza della Corte si rinvengono altre pronunce aventi ad oggetto vertenze legate a vicende circolatorie di beni poi scoperti essere demaniali: per queste si rinvia a U. SALANITRO, *Tutela delle coste e pluralità di vincoli: lo sguardo del civilista. L'incidenza del diritto europeo, dalla direttiva a tutela degli habitat al principio*

qui riprendere in termini analitici la vicenda, è sufficiente segnalare che, prima di approdare all'attenzione della corte di Strasburgo, la controversia è venuta all'attenzione nell'esperienza giuridica nazionale soltanto per via delle novità presenti nella motivazione offerta dalla Cassazione intervenuta nel caso si specie. Infatti, con la decisione del 14 febbraio 2011 n.3665⁴⁵ la Suprema Corte, in linea con quanto già sostenuto dai giudici di merito, aveva confermato la natura demaniale delle valli lagunari, sottraendole dal godimento di alcuni privati che da molti anni le avevano utilizzate per l'allevamento industrializzato dei mitili. Nel merito, a ben vedere, la decisione riguardava una questione del tutto in linea con quelle relative all'accertamento della demanialità che, il più delle volte, esigono indagini storiche di non poca complessità. La notorietà della decisione nella nostra esperienza municipale, come si è detto, è derivata non certo dalla questione in sé, bensì dal fatto che la suprema corte di Cassazione ha ritenuto di cogliere l'occasione per analizzare in termini decisamente nuovi la questione relativa alla nozione ampia di beni pubblici, in modo da dare rilievo particolare a quei beni destinati a soddisfare esigenze concrete della collettività e dalla corte riqualficati come "beni comuni"⁴⁶. Era evidente, peraltro, che il giudizio relativo alla natura demaniale della lagune non pregiudicasse in alcun modo le legittime pretese dei privati ad ottenere adeguato compenso per le opere, le addizioni ed i miglioramenti effettuati *in loco* e di cui avevano perso la disponibilità unitamente alle lagune.

Ebbene, chiamata a rispondere alla domanda dei privati i quali lamentavano la perdita del godimento delle lagune e chiedevano altresì il risarcimento del danno non patrimoniale sofferto per via della vertenza che li aveva visti soccombenti, la corte dei diritti dell'uomo ha accolto in pieno il

CEDU sulla proprietà, in *www.juscivile.it*, 2015, 9, p. 515 testo e nt. 4 .

⁴⁵ Sulla sentenza, al centro di un ampio dibattito relativo ai beni pubblici, si v. tra gli altri, F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, fasc. 11, p. 1170 ss.; C. CASCIONE, *Le Sezioni Unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, (nota a Cass., S.U., 14 febbraio 2011, n. 3665), in *Giur. It.*, 2011, p. 2505 ss; P. FIMIANI, *Beni pubblici e privati. Criteri di individuazione della demanialità di un bene*, in *www.treccani.it/enciclopedia/*; S. LIETO, "Beni comuni", *diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 331 ss.

⁴⁶ Sulla rivisitazione della categoria dei beni pubblici cui si lega il recupero dei c.d. beni comuni si v., tra i più recenti contributi, C. CASCIONE, *Il diritto privato dei beni pubblici. Modelli di appartenenza e circolazione*, Bari 2013. Sull'ampio dibattito emerso a proposito dei beni comuni si rinvia da ultimo a A. DANI, *Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente*, in *Historia et ius*, 2014, rinvenibile al sito *www.historiaetius.eu* - 6/2014 - paper 7 nonché, a L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in *Rivista AIC* n. 3/2015 del 03/04/2015.

ricorso, da un lato condannando lo Stato italiano al risarcimento del *danno morale* sofferto dai ricorrenti, dall'altro rinviando ad altro successivo giudizio il compito di quantificare le conseguenze patrimoniali dell'avvenuto sacrificio delle posizioni patrimoniali dei privati legate alla sottrazione delle lagune. La prospettiva cui muove la Corte di Strasburgo è in definitiva fondata sul semplice confronto tra la situazione di fatto esistente a vantaggio dei soggetti privati prima dell'intervento della controversia e quella emersa all'esito del giudizio. In questa impostazione, a ben vedere, l'individuazione e la valutazione della posizione dei soggetti privati, al fine di riconoscere la presenza stessa di una situazione giuridicamente rilevante quanto alla stessa ammissibilità della controversia, risultano in concreto avulse dalla lettura dell'ordinamento complessivo in cui la controversia si è posta: più precisamente, nella prospettiva accolta dalla corte, la situazione giuridica dei privati è collocata in un orizzonte astratto e solitario al solo fine di verificare in che misura sulla stessa incida l'intervento dello Stato attraverso le sue leggi. In altri termini, la Corte non tiene conto del fatto che il giudizio sulla demanialità di un bene è sempre solo e soltanto un giudizio di accertamento, peraltro a fini restitutori, circa lo *status* di un bene che preesiste alle vicende relative alla sua stessa circolazione nelle relazioni tra i privati. In altre parole, nel diritto interno, una controversia di tal genere non produce un effetto espropriativo della posizione del soggetto privato, ma accerta soltanto, ai fini del ripristino, la sussistenza di un'altra posizione "dominicale", quella pubblica, o se si vuole, collettiva, riconducibile alla figura del demanio, in linea con un'esperienza storica che conosce e disciplina diversi regimi proprietari.

Nella prospettiva in cui muove la Convenzione dei diritti dell'uomo, avulsa dai concreti contesti ordinamentali, sembra che non vi sia spazio per ammettere l'esistenza di una forma di appartenenza in termini proprietari diversa da quella individualistica della proprietà privata. Ne discende che la presenza fattuale di siffatte situazioni agli occhi della Corte appare sempre come singolare frutto di una sottrazione ai privati di parte della loro ricchezza come tale riconducibile ad un fenomeno ablativo.

Peraltro, la lettura della tutela della proprietà (come individuata nel testo del protocollo) all'esclusiva luce di un possibile conflitto tra l'individuo e lo Stato, al quale si riconduce tutta la disciplina di diritto positivo, comporta altresì una distorsione nell'approccio ermeneutico relativo alla normativa di diritto privato in materia di proprietà. Infatti, nella prospettiva così assunta risultano sempre accomunate tanto le ipotesi di privazione del possesso dei beni di cui si occupa la prima disposizione dell'art.1 del protocollo n.1,

quanto quelle al centro della seconda disposizione del medesimo articolo che lascia salva la possibilità di introdurre “ leggi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale... ”.

Su queste premesse, è inevitabile che l’analisi della stessa disciplina generale privatistica in materia di proprietà subisca forzature che restano pur sempre concettualmente e culturalmente molto discutibili e pericolose, anche se meno devastanti, sul piano degli effetti, rispetto a quelle sopra evidenziate a proposito della mancata rilevanza della proprietà pubblica e dunque della pluralità dei regimi proprietari.

A questo riguardo può dirsi esemplare la vicenda al centro di un ampio dibattito dottrinario emerso negli anni recenti a proposito di una questione sollevata in Inghilterra dopo l’introduzione dell’*Human Rights Act* e sottoposto all’attenzione anche della Camera dei Lords⁴⁷ per giungere, infine, dinanzi alla Corte di Strasburgo⁴⁸. La questione ha riguardato il tema della c.d. *adverse possession*, che per noi si identifica con il meccanismo dell’usucapione, per effetto del quale il possesso continuato per un certo periodo di tempo del bene immobile altrui determina l’acquisto del diritto da parte del possessore con il totale sacrificio dalla situazione giuridica originariamente spettante al proprietario la cui azione “restitutoria” è destinata a naufragare. Senza entrare nel merito dei dettagli legati alla

⁴⁷ Si tratta del caso *JA Pye (Oxford) Ltd v Graham* [2003] 1 AC 419, in cui la House of Lords ha applicato la disciplina dell’*adverse possession* escludendo la contrarietà alla Convenzione dei diritti dell’uomo (su questa pronuncia si v. per tutti D. o’ LEARY, *Adverse Possession at the Dawn of the Twenty First Century*, in 10 *Irish Student Law Review*, 2004, p. 114 ss.) successivamente sostenuta a Strasburgo dalla Corte nella sua prima decisione del 15 novembre 2005 e però poi radicalmente rivisitata dalla Grande Camera nella sentenza *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A.Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom* del 30 agosto 2007. A ben vedere, nella esperienza inglese, a dispetto di tale pronuncia e del successivo intervento della Grande Camera della corte di Strasburgo intervenuta nel 2007, la decisione adottata nel successivo caso *Beaulane Properties Ltd v Palmer* [2005] 4 All ER 461 ha ritenuto l’*adverse possession* in contrasto con il primo protocollo della Convenzione dei diritti dell’uomo, lasciando così aperta la discussione sul tema. Sul problema si v. tra gli altri A. GUARNERI, *Usucapione, acquisti a non domino e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Nuova giur. civile comm.*, 2016, p. 171 ss; L. KATZ, *The Moral Paradox of Adverse Possession: Sovereignty and Revolution in Property Law*, in 55 *McGill Law Journal*, 2010, p. 47 ss.

⁴⁸ Il riferimento è al caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom* cit. Su questa decisione e sull’intera saga cui ha dato vita si v. A.J. VAN DER WALT EJ MARAIS, *The Constitutionality of Adverse Possession under the European Convention*, 1950. *J.A. Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom* (2008) 46 EHRR 45 (GC), in THRHR (Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg.), 2013, p. 261 ss.; S. PANESAR, e J. WOOD, *Adverse possession and the European Convention on Human Rights 1950 Protocol 1 art.1.*, in 12 *Coventry Law Journal*, 2007, p. 41 ss.

disciplina prevista in Inghilterra a partire dal 1925 e poi modificata nel 1980, nella quale peraltro era contenuta una distinzione secondo che il titolo di acquisto fosse stato o non soggetto a registrazione, è stato sollevato il problema relativo alla compatibilità della disciplina privatistica in materia di *adverse possession* con la Convenzione. E' interessante rimarcare, alla luce proprio degli equivoci che la struttura della Convenzione ingenera per via della sua unilaterale visione individualistica e mitigata soltanto dalla presenza di interessi generali di cui si fa portavoce lo Stato, che una prima sentenza, adottata nel novembre del 2005 dalla Corte con quattro voti favorevoli e tre contrari, aveva ritenuto fondata la questione e riconosciuto che il proprietario, privato della proprietà per via del meccanismo dell'*adverse possession*, avesse sofferto una privazione della suo diritto, ingiustificatamente lesiva, in quanto non bilanciata dalla previsione di un indennizzo. Siffatta soluzione, a ben vedere, avrebbe sortito effetti per certi versi devastanti nella nostra disciplina dei diritti reali e della proprietà in quanto la sostanziale "demolizione" dell'acquisto a titolo originario fondato sull'usucapione, conseguente a tale pronuncia, avrebbe messo in discussione il meccanismo più sicuro ed agevole per la tutela della proprietà, ossia per la dimostrazione della titolarità del diritto in sede di azione di rivendica.

Investita successivamente della medesima questione, la Grande Camera ha più di recente corretto tale conclusione e mutato indirizzo con una motivazione molto sintetica e, per certi versi, insoddisfacente. In particolare, la Grande Camera si è limitata a sostenere che nel caso di specie non si era in presenza di una fattispecie di privazione della proprietà di cui alla seconda frase del primo paragrafo dell'art.1 del protocollo, bensì di fronte ad un intervento disciplinare avente soltanto ad oggetto l'uso dei beni di cui al secondo paragrafo: intervento che, nel caso di specie, andava però considerato proporzionato. Come è si è già detto, la Corte di Strasburgo sulla scorta del testo del protocollo considera la proprietà privata (il possesso dei beni) sempre come già data, senza tener conto del fatto che i modi di acquisto della stessa sono parte integrante della sua disciplina privatistica. In altre parole, l'usucapione non può rilevare certo come disciplina conformativa della proprietà, regolandone l'uso, ma serve, nell'interesse generale alla certezza ed alla sicurezza delle situazioni dominicali, nonché a risolvere il conflitto tra chi è solo proprietario formale del bene, avendone perduto da lungo tempo il possesso, ed il soggetto che in concreto e per un tempo fissato dal legislatore ha operato sullo stesso in maniera piena. Non è dunque il mancato uso da parte del proprietario a determinare l'effetto estintivo del diritto, bensì è l'uso pacifico ed ininterrotto di un terzo, protrattosi per un

periodo sufficientemente lungo, a determinare a favore di questo ultimo l'acquisto a titolo originario, con conseguente sacrificio della posizione del proprietario inerte. Più precisamente, pur risolvendo correttamente il caso, nel senso di non pregiudicare il meccanismo dell'usucapione, sono del tutto evidenti la forzatura ed il pericolo insiti nel modo di procedere della Corte che colloca sul piano del diritto fondamentale, meritevole di protezione nei confronti dell'interferenza del potere pubblico, anche la disciplina privatistica del diritto di proprietà che, viceversa, riguarda la reciproca e paritaria relazione tra privati, ossia tra semplici situazioni soggettive giuridicamente rilevanti. In altri termini, questa specifica vertenza evidenzia, esemplarmente, che in presenza di diritti conosciuti e disciplinati dal diritto privato, la loro stessa qualificazione in termini di diritti fondamentali non può diventare assorbente ed esclusiva nella prospettiva dell'indistinzione rispetto a quella di solo diritto privato comune, ma richiede che si rispettino consapevolmente le differenze logico-funzionali alla base delle diverse qualificazioni. Come dire che è discutibile, oltre che fuorviante, come viceversa fa la Corte di Strasburgo, limitarsi a rammentare sempre il fatto che spetti allo Stato preoccuparsi degli interessi generali e della società, sì da riconoscergli un ampio margine di apprezzamento per intervenire in materia di proprietà, senza al tempo stesso distinguere, adeguatamente, tra le regole privatistiche volte ad operare nei rapporti paritari tra i privati e quelle relative ai rapporti asimmetrici tra i proprietari e le strutture istituzionali ed i poteri, a partire innanzitutto da quelli pubblici⁴⁹.

⁴⁹ La considerazione avanzata nel testo può essere utilmente applicata, con ulteriori puntualizzazioni, a proposito del più vasto tema relativo alla efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra i privati, con riferimento in particolare all'autonomia privata e alla disciplina del contratto. A nostro avviso, con specifico riferimento al quadro disciplinare presente nell'Unione Europea e alla luce della finalità specifiche cui risulta orientato l'ordinamento giuridico che a quella si lega, va sottolineato, in linea di principio, che le manifestazioni dell'autonomia privata nei rapporti tra soggetti privati, proprie della società civile in senso stretto, ossia quelle che sono fuori dai rapporti di mercato, non possono essere confuse con quelle proprio della società di mercato, in particolare in quelle immerse nel libero e competitivo mercato interno al territorio europeo e soggette ai paradigmi fondativi del medesimo a partire dalle libertà fondamentali del Trattato dell'Unione. Come dire, in altre parole, che, dal punto di vista metodologico, il giurista se da un lato non può non registrare la progressiva contrazione dello spazio operativo della società civile rispetto alla società di mercato, riassunta nella formula della "commercializzazione del diritto privato", dall'altro non può certo obliterare la distinzione laddove essa continua a persistere. In altri termini, nella prospettiva del diritto europeo, resta innegabile la differenza tra i *fundamental human rights*, presenti nella Carta europea dei diritti e nella CEDU ed i *fundamental economics rights* (più precisamente le libertà fondamentali del Trattato) legati alla *market freedom* alla base del Trattato europeo. Fuori dall'area operativa delle relazioni di mercato in cui operano

3. La tutela della proprietà nella CEDU e l'indennità di esproprio

Ai fini della presente indagine non è necessario ripercorrere analiticamente l'ampia giurisprudenza della Corte, accumulatasi nei scorsi decenni, in ordine all'applicazione del primo protocollo addizionale⁵⁰. A voler cogliere la concreta incidenza che la Convenzione ha avuto nel nostro ordinamento giuridico in merito al trattamento del diritto di proprietà, è sufficiente qui limitarsi a rammentare quanto emerso a proposito della tutela da accordare al soggetto privato in presenza di un intervento espropriativo.

Al riguardo, la prassi applicativa del protocollo evidenzia da un lato una convergenza con quanto presente nella nostra esperienza giuridica nazionale, dall'altro una significativa divergenza che ha portato ad un mutamento di non poco rilievo nella stessa disciplina nazionale e nello stesso approccio della nostra Corte costituzionale.

In ordine al primo profilo, premesso, come già rimarcato, che il testo del protocollo, a differenza dell'art.17 della carta europea, non menziona gli effetti dell'espropriazione, notoriamente riconducibili alla previsione di un indennizzo da assegnare al soggetto privato, la prassi della Corte ha dovuto innanzitutto chiarire l'ambito operativo del fenomeno espropriativo alla luce del testo del protocollo. In particolare, la questione ha riguardato soprattutto le ipotesi in cui, pur non essendo in presenza di un intervento espropriativo in senso stretto, se ne è affermata pur sempre la sussistenza in concreto, distinguendo tra vincoli espropriativi e vincoli conformativi. In altri termini, accanto alle ipotesi di espropriazione in senso stretto, la Corte ha dovuto introdurre, come è avvenuto anche nella nostra esperienza nazionale,

questi ultimi ed in cui si può prospettare il problema di un concreto bilanciamento con i primi, è da escludere, a nostro avviso, l'operatività orizzontale dei fundamental human rights. Sotto questo profilo è significativa e, a nostro avviso, da condividere la soluzione accolta nel nuovo articolo 1102 del *code civil* francese, contenuto nella recente ordonnance n° 2016-131 del 10 febbraio 2016 sulla riforma del diritto dei contratti, del regime generale della prova delle obbligazioni. Ci si riferisce al fatto che in quella disposizione, avente ad oggetto la libertà di contratto, è stato espunto il comma 2°, presente nella stesura elaborata a fine del 2015, secondo cui: *“Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché”*.

⁵⁰ Sul punto esiste una letteratura immensa. Per una felice sintesi tuttora preziosa, si rinvia a M. CARSS-FRISK, *A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2001. Per una ricognizione a più ampio spettro sul tema si v. T.R.G. VAN BANNING, *The Human Right to Property*, Intersentia, 2002.

quelle in cui la conformazione del diritto da parte dell'ordinamento va oltre il margine della proporzionalità, sì da produrre un vero e proprio effetto ablativo⁵¹. Per questi casi, alla luce del testo del protocollo, la motivazione presente nelle decisioni della Corte si contraddistingue per un puntuale articolazione argomentativa. Innanzitutto, si verifica se la fattispecie concreta integri un'espropriazione in senso stretto di cui si occupa la prima frase del paragrafo 1 del protocollo, sia essa anche di fatto⁵². In caso di risposta negativa, la fattispecie viene così analizzata sulla base della seconda disposizione, ossia quella in cui si riconosce a favore dello Stato ampio margine di intervento in ordine alla disciplina dell'uso dei beni. Se, infine, si constata che nella fattispecie concreta l'intervento dello Stato sia sproporzionato rispetto all'interesse generale da perseguire, la vicenda viene ricondotta alla sfera di applicazione della disposizione precedente, ossia quella avente ad oggetto l'espropriazione nel contesto del principio generale circa il pacifico godimento con cui si apre l'art.1 del protocollo. Nella concreta applicazione di questo procedimento analitico ed argomentativo è agevole constatare la convergenza con quanto emerso anche nella nostra esperienza, in particolare nella prassi della corte costituzionale intervenuta già a partire dagli anni sessanta, laddove il discrimine per accertare la presenza di un fenomeno ablativo, come tale indennizzabile, è ricondotto alla specificità e singolarità del provvedimento, con la conseguenza di escludere la sua ricorrenza in interventi, sia pure a contenuto conformativo, indirizzati verso categorie di beni⁵³.

⁵¹ Il problema emerge soprattutto in caso di pianificazione territoriale e in ragione della crescente previsione di vincoli a tutela dell'ambiente: al riguardo si v. la recente sentenza nel caso *Matczyszynski v. Polonia* del 15 dicembre 2015.

⁵² Si v. per tutti i casi *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* del 23 settembre 1982 e *Brumarescu v. Romania*, del 28 ottobre 1999.

⁵³ Invero, nelle decisioni della Corte Europea si è sottolineata più volte, al fine di una precisa differenza di trattamento, la distinzione tra l'ipotesi della "espropriazione isolata", ossia "di un caso di esproprio singolo, che non si sistema in un contesto di riforma economico, politico o sociale, e non si ricollega a nessuna circostanza particolare" e per il quale "l'indennizzo adeguato è quello che corrisponde al valore del bene" da quelle ipotesi, di portata ampia o generale, nelle quali è presente una legittima finalità di "utilità pubblica" che possa giustificare un indennizzo inferiore al valore venale": così *ex multis*, la decisione 26 marzo 2006 nel caso *Scordino c. Italia* n.°1 punto 102. Nella medesima direzione, nel senso di ritenere non violati i diritti fondamentali, si v. la sentenza della Corte di Giustizia del 13 dicembre 1979 nella causa 44/79 che, a proposito del divieto di reimpianto delle viti, ritenne trattarsi certamente di una restrizione dell'esercizio del diritto di proprietà ma giustificata dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità come tale non lesiva della "sostanza del diritto di proprietà riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico comunitario", in *Raccolta 1979*, p. 3749.

Viceversa, per quanto riguarda gli effetti dell'espropriazione, ossia l'individuazione della specifica tutela spettante al soggetto che risulti privato del possesso dei suoi beni, un consolidato indirizzo della Corte di Strasburgo se da un lato si limita a ribadire che in linea di principio l'indennizzo spettante al soggetto che sia stato privato del suo diritto non necessariamente debba corrispondere al prezzo di mercato del bene ablati, dall'altro in concreto individua, pur sempre, quale unico giusto indennizzo, il valore di mercato del bene⁵⁴. Orbene, questa impostazione, di rigorosa garanzia per gli interessi proprietari a fronte delle esigenze collettive alla base del provvedimento, ha, di fatto, finito con il ridimensionare le impostazioni, pur presenti negli ordinamenti nazionali anche a livello costituzionale. Infatti, a proposito degli effetti della espropriazione, ossia dell'indennizzo da assegnare al proprietario, siffatti indirizzi si presentavano non necessariamente sempre in linea con il rispetto del valore di mercato in quanto inclini a fissare l'indennizzo in misura inferiore rispetto a tale valore purché, ovviamente, essa non fosse esigua o puramente simbolica.

L'indirizzo accolto dalla Corte di Strasburgo, da rispettare non solo nei casi di corretto procedimento espropriativo, ma ancor di più nei casi "anomali" emersi nella nostra esperienza nazionale sotto forma di occupazione appropriativa o usurpativa, al centro di numerosi interventi della Corte EDU⁵⁵, ha indubbiamente pesato progressivamente sulla nostra esperienza tanto, sia pure solo in parte, sugli orientamenti interpretativi della corte costituzionale⁵⁶, quanto sulle scelte del legislatore nazionale che

⁵⁴ Nella giurisprudenza più recente della Corte di Strasburgo si v. il caso *Grigaliūnienė v. Lituania* del 23 febbraio 2016, ivi ampi riferimenti ai precedenti.

⁵⁵ Il tema è stato al centro di una ampia letteratura: si v. tra gli altri contributi G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà: Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, cit.; e R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU Itinerari giurisprudenziali europei*, cit.

⁵⁶ È bene ricordare, infatti, che la decisione di Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348, pur dichiarando l' illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d. l., 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 e dell'art. 37, commi 1 e 2, d.p.r., 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) ha inteso precisare (punto 5.7) che "Si deve tuttavia riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablati. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la «funzione sociale». Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela

ha adeguato la disciplina in materia di indennizzo alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza di Strasburgo.

4. Dalla “proprietà” al “patrimonio”: la Cedu e l'economia creditizia

In realtà, l'impatto della Convenzione sul diritto interno in ordine tanto alle sentenze di condanna del nostro Paese, quanto all'indagine riservata alla Corte Costituzionale sulla legittimità di una norma giuridica nazionale in virtù della assunzione delle disposizioni della Convenzione, come norme interposte, è decisamente ben più ampio del riferimento alla sola proprietà secondo la nozione sin qui presa in considerazione e, sotto questo profilo, non trova più una corrispondenza con l'art.42 della nostra Costituzione⁵⁷.

Infatti, sia la lettera della norma., sia l'interpretazione accolta dalla Corte di Strasburgo hanno evidenziato da lungo tempo che la tutela accordata dal protocollo 1 alla Convenzione va ben oltre la nozione di proprietà sin qui utilizzata. La *possession des biens* di cui parla l'art.1 del protocollo è stato ritenuta comprensiva di tutte le situazioni giuridicamente rilevanti sul

effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata. Valuterà il legislatore se l'equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte europea, debba essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti..... Esiste la possibilità di arrivare ad un giusto mezzo, che possa rientrare in quel «margine di apprezzamento», all'interno del quale è legittimo, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che il singolo Stato si discosti dagli standard previsti in via generale dalle norme CEDU, così come interpretate dalle decisioni della stessa Corte. Ciò è conforme peraltro a quella «relatività dei valori» affermata, come ricordato sopra, dalla Corte costituzionale italiana. Criteri di calcolo fissi e indifferenziati rischiano di trattare allo stesso modo situazioni diverse, rispetto alle quali il bilanciamento deve essere operato dal legislatore avuto riguardo alla portata sociale delle finalità pubbliche che si vogliono perseguire, pur sempre definite e classificate dalla legge in via generale”.

⁵⁷ La giurisprudenza e la dottrina prevalenti concordano nel ritenere che l'art. 42 non tutela la ricchezza patrimoniale in quanto tale, bensì solo quella che si manifesta in termini di beni reali. Questa puntualizzazione si rinviene nelle pronunce in cui a proposito dell'espropriazione e della previsione dell'indennizzo si è specificato che la disposizione di cui all'art. 42, comma 3 “opera esclusivamente nei confronti delle ablazioni reali, cioè di quelle espropriazioni che concernono i beni, con l'imposizione di limiti e vincoli che li svuotino del loro contenuto. Mentre esso non è applicabile alle prestazioni (o ablazioni) obbligatorie” (così di recente la sentenza n. 56 del 2015 sulla scia della decisione n. 290 del 1987).

piano patrimoniale facenti capo al soggetto sia in quanto già effettivamente conseguite, sia in quanto oggetto di una aspettativa concreta, secondo una prospettazione non sconosciuta al nostro ordinamento ove per poco si pensi, a titolo esemplificativo, al significato che il termine beni assume nell'art.2740⁵⁸. Nella prospettiva del patrimonio, i beni non sono più gli oggetti di diritti, bensì le stesse situazioni giuridicamente rilevanti che fanno parte dell'attivo patrimoniale del soggetto (crediti, concessioni, etc.)⁵⁹.

Nella prospettiva qui segnalata, pur restando inalterate le considerazioni critiche sopra evidenziate in ordine all' unilateralità dell'approccio alla base della tutela assicurata dalla Convenzione e dall'equiparazione tra persona fisica e persona giuridica⁶⁰, è indubbio che l'impatto operativo della Convenzione è oltremodo rilevante e significativo dal punto di vista della tutela del singolo soggetto, a partire innanzitutto dal fatto che, con specifico riguardo alla applicazione del protocollo a situazioni diverse dalla proprietà

⁵⁸ In particolare, attraverso molte decisioni, la corte ha ricompreso tra i beni il cui possesso è protetto sulla base del primo protocollo anche diritti di fonte contrattuale aventi valore economico, la clientela, l'avviamento, diritti ereditari, nonché situazioni patrimoniali in itinere sempre che non configurabili come mere aspettative, nonché le prestazioni sociali sempre che acquisite: sul punto si v. da ultima G. MANDÒ, *La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritti umani in Italia*, giugno 2014. Tra le decisioni più recenti, riguardanti molto spesso la restituzione di beni immobili sottratti ai privati a seguito dell'avvento del regime comunista nei paesi dell'Europa orientale, si v. il caso *Guță Tudor Teodorescu v. Romania* del 5 aprile 2016; per una revoca di licenza si v. il caso *Vékony v. Ungheria* del 13 gennaio 2015.

⁵⁹ Questa impostazione, alla base di una ampia costante giurisprudenza, può sinteticamente rinvenirsi nell'affermazione della stessa corte (decisione *Oneryildiz c/Turquie*, 30 novembre 2004, §124) secondo la quale *“la Cour rappelle que la notion de ‘biens’ prévue par la première partie de l'article 1er du Protocole n.1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété des biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne: ce qui importe c'est de rechercher si les circonstances d'une affaire donnée, considérées dans leur ensemble, peuvent passer pour avoir rendu le requérant titulaire d'intérêt substantiel protégé par cette disposition.... Ainsi, à l'instar des biens corporels, certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi être considérés comme des ‘droits de propriété’ et donc comme des ‘biens’.... La notion de ‘biens’ ne se limite pas non plus aux ‘biens actuels’ et peut également recouvrir des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une ‘espérance légitime’ et raisonnable d'obtenir la jouissance d'un droit de propriété”*. Sul punto, si v. per tutti T. R. G. VAN BANNING, *The Human Right to Property*, Intersentia, 2002. Tra le più recenti decisioni, con ampi riferimenti ai precedenti, si v. le sentenze nel caso *Ceni c. Italia* del 4 febbraio 2014, punto 39 e nel caso *Konstantin Stefanov v. Bulgaria* del 27 ottobre 2015, punto 41.

⁶⁰ Si è osservato, infatti, che la dilatazione della nozione di beni oggetto della tutela assicurata dal protocollo in quanto destinata a trovare applicazione a tutti i soggetti di diritto, persone fisiche e giuridiche, realizza pienamente l'inserimento della *“économie dans les droits de l'homme”* (così EDELMAN, *La Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 899).

in senso stretto, la tutela del privato prevista dalla Convenzione si colloca ben aldilà della distinzione tradizionale tutta interna alle singole esperienze giuridiche nazionali, ivi compresa la nostra, tra diritto pubblico e diritto privato, tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa⁶¹. Peraltro, ove si consideri che il concreto sistema economico in cui siamo immersi segna attualmente il primato della c.d. “economia creditizia” a tutti i livelli, sia nei rapporti tra privati, sia nei rapporti tra cittadini ed istituzioni, rispetto al sistema paleocapitalistico fondato sulla fruizione statica della ricchezza immobiliare, appare evidente l’ampiezza della portata applicativa della garanzia generale offerta dal protocollo. Infatti, la nozione lata di proprietà, presente alla base del protocollo della Convenzione, in termini di *properties*, ossia di diritti soggettivi a contenuto patrimoniale, a prescindere dalla loro stessa configurazione strutturale e sempre che concretamente riconducibili all’attivo patrimoniale di un soggetto, indubbiamente contribuisce a strutturare una cornice di non poco rilievo, oserei dire costituzionale, per garantire l’effettività della tutela di posizioni giuridiche soggettive che lo stesso diritto privato tradizionale ha, per molti versi, sottovalutato, se non trascurato, in quanto considerate sempre e solo rispondenti a situazioni strumentali e non finali.

Sotto questo profilo, dunque, come del resto conferma la stessa prassi applicativa della Convenzione, l’incidenza operativa del protocollo nel corso del tempo ha investito in prevalenza il variegato orizzonte costituito da queste singolari *properties* rispetto alla proprietà in senso stretto, ossia ben oltre il tradizionale ambito storico economico che ha conosciuto la contrapposizione tra la borghesia, i tradizionali *possidentes*, e gli altri. In questo senso, è altrettanto indubbio che la tutela, a livello di diritti fondamentali, di tutte le situazioni giuridicamente rilevanti a contenuto patrimoniale appare in migliore sintonia con il sistema di democrazia economica in cui siamo immersi, ossia di un sistema in cui il sacrificio ingiustificato di situazioni giuridiche soggettive che vanno ben oltre la proprietà in senso stretto da un lato è in grado di rivolgersi ad un bacino di destinatari molto ampio e socialmente diversificato⁶², dall’altro è in grado

⁶¹ Sul punto si v. tra gli altri CARABETTA, *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico*, in *www.juscivile.it*, 2015, p. 705 ss.

⁶² A ben vedere, già con riferimento alla stessa proprietà in senso stretto, il superamento della contraddizione esistente nella dichiarazione del 1789 denunciata da Marx, per cui la cittadinanza politica dipendeva dal censo, ossia dall’essere proprietari, ha eroso il riferimento dei diritti ad una sola classe sociale, ossia alla borghesia: sul tema, richiamato in occasione della rinnovata attenzione ai diritti dell’uomo a partire dalla caduta del comunismo, si v.

di prendere in considerazione, di volta in volta, ambiti diversi, a geometria variabile, alla luce dei contesti sociali in cui si verifica la violazione, per quanto sempre individuale, può venire a determinarsi.

In questa seconda accezione operativa del Protocollo, pur con i limiti che derivano dall'unilateralità del punto di osservazione proprio della Convenzione nonché dalla tendenziale "staticità" con cui si considerano le posizioni giuridiche patrimonialmente attive del singolo individuo, l'ambito di incidenza della Convenzione è di ampio e crescente rilievo e merita adeguata attenzione. Infatti, nel sistema multilivello presente nell'attuale esperienza giuridica europea, la garanzia offerta dal protocollo alle variegate situazioni "creditizie" può svolgere una preziosa funzione di bilanciamento e di contrappeso nel funzionamento del complessivo sistema ove si consideri il crescente ruolo che tali situazioni hanno, a partire soprattutto proprio dai rapporti tra cittadino ovvero altri enti e lo Stato, quanto a trattamenti fiscali e sacrifici di aspettative acquisite molte volte avventati ed al limite dell'arbitrio⁶³. Non è un caso, sotto questo profilo, che negli ultimi anni nella nostra esperienza nazionale siano cresciute in maniera esponenziale le questioni di legittimità costituzionale sollevate sulla base anche del primo protocollo della Convenzione, pur preferendo la nostra Corte costituzionale risolvere, in linea di principio, le questioni direttamente sulla base dei parametri della nostra carta costituzionale, partendo dall'art.3, in modo da considerare assorbito il riferimento ai parametri della CEDU. A titolo esemplificativo è sufficiente considerare tra le decisioni più recenti: a) la sentenza n.189 del 2015 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 56-bis, comma 11, del d.l. n. 69 del 2013, convertito, con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge n. 98 del 2013 il quale prevedeva la destinazione a favore dello Stato delle somme ricavate dai Comuni nella vendita del loro patrimonio disponibile in violazione dell'art.42; b) la decisione n.216 del 2015 circa la illegittimità della disposizione che ha modificato, abbreviandolo, il termine di prescrizione per convertire in euro valuta in lire⁶⁴; c) la sentenza n. 63 del

quanto al dibattito emerso in Francia C. COLLIOT-THÉLÈNE, *L'interprétation des droits de l'homme: enjeux politiques et théoriques au prisme du débat français*, in *Trivium*, 2009.

⁶³ *Ex multis*, con riferimento a conflitti che hanno riguardato il nostro paese, si v. le decisioni De Luca c. Italia del 24 settembre 2013 e Pennino c. Italia del 8 luglio 2014 (ricorso n. 43892/04), relative appunto all'applicazione del primo protocollo a proposito di diritti di credito: in entrambi i casi, per via del d. legisl. n. 267 del 18 agosto 2000, nonché della l. n. 140 del 28 maggio 2004), i titolari di crediti accertati, liquidi ed esigibile nei confronti di un Comune erano impediti dall'agire esecutivamente con il sacrificio ingiustificato dei loro diritti.

⁶⁴ Nella sua severa motivazione la Corte Costituzionale ha rimarcato che "la sopravvenienza dell'interesse dello Stato alla riduzione del debito pubblico, alla cui tutela è diretto

2013 che ha dichiarato la l'illegittimità costituzionale di una disposizione statale che prescriveva agli enti territoriali, in assenza di debito o per la parte eventualmente eccedente, di destinare le risorse derivanti dalle operazioni di dismissione dei terreni demaniali agricoli e a vocazione agricola al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato⁶⁵.

Peraltro, la tutela accordata dal primo protocollo addizionale nell'accezione ampia assegnata al possesso dei beni ivi prevista, ricomprende anche i rapporti contrattuali nella misura in cui questi implicano la costituzione di diritti che rientrano nel patrimonio dei contraenti e che non possono certo essere soggetti a modificazioni irragionevoli ed arbitrarie legate alle esigenze di uno dei contraenti a partire dallo stesso Stato in funzione del riequilibrio dei conti, come è appunto emerso in recenti interventi della nostra corte costituzionale⁶⁶. A prescindere, inoltre, dal tema, che qui non può analizzarsi,

l'intervento legislativo nell'ambito del quale si colloca anche la norma denunciata, non può costituire adeguata giustificazione di un intervento così radicale in danno ai possessori della vecchia valuta, ai quali era stato concesso un termine di ragionevole durata per convertirla nella nuova. Se l'obiettivo di ridurre il debito può giustificare scelte anche assai onerose e, sempre nei limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, la compressione di situazioni giuridiche rispetto alle quali opera un legittimo affidamento, esso non può essere perseguito senza una equilibrata valutazione comparativa degli interessi in gioco e, in particolare, non può essere raggiunto trascurando completamente gli interessi dei privati, con i quali va invece ragionevolmente temperato. Nel caso in esame non risulta operato alcun bilanciamento fra l'interesse pubblico perseguito dal legislatore e il grave sacrificio imposto ai possessori di banconote in lire, dal momento che l'incisione con effetto immediato delle posizioni consolidate di questi ultimi appare radicale e irreversibile, nel senso che la disposizione non lascia alcun termine residuo, fosse anche minimo, per la conversione".

⁶⁵ Nel caso di specie la corte ha motivato sulla base del rilievo che detta previsione, «non essendo finalizzata ad assicurare l'esigenza del risanamento del debito degli enti territoriali e, quindi, non essendo correlata alla realizzazione del ricordato principio fondamentale, si risolve in una indebita ingerenza nell'autonomia della Regione».

⁶⁶ Nella decisione n. 34 del 2015 l'imposizione di un incremento nel contributo di estrazione in corso di una concessione è stata considerata costituzionalmente legittima solo perché si è escluso che essa fosse motivata unicamente da finalità di riequilibrio dei conti in quanto la disposizione impugnata prevedeva che una parte del contributo da versare al Comune, nella specie il 50%, era destinata alla Regione «per attività di recupero e bonifica ambientale di cave dismesse e di aree degradate, nonché per interventi atti a migliorare l'assetto idrogeologico». Viceversa, nella sentenza n. 92 del 2013 una disposizione che retroattivamente modificava rapporti contrattuali di custodia già esauriti ma non ancora liquidati, aventi ad oggetto autoveicoli soggette a provvedimenti amministrativi di fermo, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima in quanto, secondo la Corte, «la disposizione retroattiva, specie quando determini effetti pregiudizievoli rispetto a diritti soggettivi "perfetti" che trovino la loro base in rapporti di durata di natura contrattuale o convenzionale – pubbliche o private che siano le parti contraenti – deve dunque essere assistita da una "causa" normativa adeguata: intendendosi

circa gli interventi legislativi su situazioni giuridiche soggettive con efficacia retroattiva su cui la nostra stessa Corte costituzionale si è pronunciata in maniera non certo univoca, può, in definitiva ritenersi, che le disposizioni contenute nel primo protocollo addizionale della CEDU si prestano a trovare applicazione anche a quei rapporti di mercato, soggetti alle regole della concorrenza, per i quali: a) la stessa conformazione delle posizioni giuridiche patrimoniali dei privati è affidata ad autorità indipendenti sulla base peraltro di decisioni a contenuto regolamentare; b) nel contempo, sul piano delle tutele, si tende progressivamente a ridimensionare se non a mortificare del tutto la possibilità di ricorso ai rimedi privatistici a favore di interventi riservati soltanto a soggetti pubblici. Nell'attuale stagione, infatti, il primato della c.d. *regulation* in ordine alla disciplina dei rapporti di mercato porta fundamentalmente a sostituire tecniche rimediali di natura privatistica, affidate all'iniziativa dei singoli o di soggetti collettivi, con interventi affidati soltanto a soggetti istituzionali, come tali destinati, nel migliore dei casi, a produrre effetti esclusivamente sistemici, in quanto indirizzati fundamentalmente a ripristinare il funzionamento virtuoso del

per tale una funzione della norma che renda "accettabilmente" penalizzata la posizione del titolare del diritto compromesso, attraverso "contropartite" intrinseche allo stesso disegno normativo e che valgano a bilanciare le posizioni delle parti. Il che non pare affatto essersi realizzato nel caso di specie, dal momento che gli interessi dei custodi – assoggettati, *ratione temporis*, al nuovo e, per i profili denunciati, pregiudizievole, regime di rapporti e di determinazione dei relativi compensi – risultano esser stati compromessi in favore della controparte pubblica, senza alcun meccanismo di riequilibrio ed in ragione, esclusivamente, di un risparmio per l'erario, che non può certo assumere connotati irragionevolmente, *latu sensu*, "espropriativi". Nell'ambito di siffatto indirizzo, merita di essere segnalata la recentissima sentenza 20 maggio 2016 n.108 che ha dichiarato l'illegitimità costituzionale di una disposizione che aveva ridimensionato, ai fini di riduzione dei costi, il trattamento economico riservato a dipendenti della scuola che si erano impegnati contrattualmente a ricoprire mansioni superiori. Nella specie, la Corte ha esaminato l'impugnata disposizione sulla base del « principio dell'affidamento» che a suo dire sarebbe « custodito da una delle molteplici declinazioni dell'art. 3 Cost.». Secondo la Corte «Il principio dell'affidamento, benché non espressamente menzionato in Costituzione, trova tutela all'interno di tale precetto tutte le volte in cui la legge ordinaria muti le regole che disciplinano il rapporto tra le parti come consensualmente stipulato. Pur non potendosi escludere che il principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.) possa subire limitazioni da fonte esterna, e quindi non necessariamente consensuali, non è consentito che la fonte normativa sopravvenuta incida irragionevolmente su un diritto acquisito attraverso un contratto regolarmente stipulato secondo la disciplina al momento vigente». Disposizioni siffatte, secondo la Corte, «non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto».

mercato, e non già a rimuovere direttamente le cause dei pregiudizi sofferte dai singoli alla cui protezione, viceversa, è orientata strutturalmente la Convenzione di Strasburgo⁶⁷.

In altre parole, se è pur vero che in questi anni il mutamento culturale intervenuto nella società ha accentuato l'attitudine dei singoli cittadini ad atteggiamenti autoreferenziali e consumeristici, per cui si è accresciuta la tendenza alla giuridicizzazione dei conflitti nonché a far valere situazioni individuali anche idiosincratiche senza riguardo per gli altri, è altrettanto indubbio che il sistema giuridico-sociale non è in grado di fornire risposte efficaci in tempi rapidi e con soluzioni soddisfacenti a fronte di interventi legislativi avventurosi e maldestri. Sotto questo profilo, dunque, la prospettiva individualistica che è alla base delle carte dei diritti e la specifica modalità operativa di intervento della Corte di Strasburgo finiscono con il rivelarsi oltremodo preziose nell'assicurare spazi di applicazione e di nuova strutturazione per tecniche di tutela privatistica a fronte dell'obiettivo arretramento dei sistemi rimediali di fonte nazionale posti a disposizione dei singoli con riferimento, in particolare, alle vicende che toccano l'intera ricchezza dei privati, in termini di *properties* e di *assets* patrimoniali.

5. La tutela dei privati dalle invadenze dello Stato e dei soggetti forti nella post-democrazia: considerazioni conclusive

Le considerazioni da ultimo svolte in ordine al positivo ruolo che il primo protocollo della Convenzione europea può assicurare quanto alla tutela delle situazioni giuridiche presenti nel patrimonio dei soggetti privati, quale siano le loro rispettive strutture (reali o personali) a fronte di interventi sempre più spesso arbitrari e capricciosi del potere pubblico sono ulteriormente confortate ove si analizzino nella loro compiutezza le modalità con cui la corte di Strasburgo valuta i comportamenti dello Stato nazionale in occasione della verifica circa la violazione dei diritti tutelati dalla Carta. Infatti, una giurisprudenza oltremodo consolidata, nel valutare appunto la condotta degli Stati, non si è limitata a prendere in esame i soli dati normativi presenti nei sistemi nazionali e le relative prassi applicative implicanti interferenze con il diritto di proprietà dei privati, ma anche le carenze e le omissioni che

⁶⁷ Sul punto si rinvia al nostro *Considerazioni critiche sull'attuale stagione del diritto privato europeo, Relazione svolta al convegno di Roma del 5-6 giugno 2015 su "I nuovi confini del diritto privato europeo"*.

presenta la legislazione nel far fronte con tempestività a situazioni meritevoli di attenzione e ancora in attesa di risposte adeguate⁶⁸: carenze ed omissioni riconducibili, in definitiva, alla violazione di una obbligazione positiva dello Stato volta a proteggere la proprietà dei privati⁶⁹. Sotto questo profilo, il tema costituito dalle omissioni del legislatore e dei suoi ritardi, poco affrontato a livello del controllo affidato alle corti costituzionali, assume un rilievo singolare per via delle condanne della Corte di Strasburgo. Infatti, la messa in mora dello Stato a fronte della sua inazione o dei ritardi con cui agisce nonché dell'inadeguatezza delle soluzioni adottate non solo favorisce il processo di adeguamento della normativa e delle prassi, sì da superare i veti incrociati e le resistenze che possono emergere a livello parlamentare, ma, da punto di vista dei contenuti, agevola l'inserimento negli ordinamenti di soluzioni di indirizzo privatistico in linea con la prospettiva individualistica della Carta.

Questa considerazione è altresì confortata dal fatto che nella prassi giurisprudenziale della Corte di Strasburgo emerge nettamente che il rispetto della Carta ben può tradursi nell'assegnazione a carico degli Stati di obblighi positivi di fare che vanno ben al di là della sola condanna al risarcimento nei confronti dei soggetti che abbiano sofferto una violazione dei diritti.

In conclusione, è possibile allora enucleare una valutazione articolata della singolare vicenda che è dato registrare in ordine al ruolo che la CEDU svolge oggi nella esperienza europea. Non vi è dubbio che, sotto la spinta delle ideologie neoliberistica imperante in questa era c.d. post-democratica⁷⁰, l'emersione di carte dei diritti orientate individualisticamente, in una con il ripristino radicale della economia di mercato⁷¹, hanno contribuito a mettere in difficoltà le costituzioni moderne, in particolare a ridurre progressivamente i margini operativi dello stato sociale ed il ruolo che i diritti sociali hanno avuto nell'affermarsi del *welfare State*. Si può parlare al riguardo di una fase *destruens* in cui le nuove carte dei diritti individualisticamente orientate hanno contribuito a ridimensionare, se non denervare, le funzioni promozionali delle Costituzioni del Novecento. Ma

⁶⁸ Sul punto, si v., tra le decisioni più recenti, la sentenza nel caso *Safaryan v. Armenia*, del 21 gennaio 2016, punto 43 ss., relativo ad una ipotesi in cui era stata rifiutata la divisione di un terreno per attuare una donazione.

⁶⁹ Tra le numerose decisioni si v. i casi *Öneryildiz v. Turchia* del 30 novembre 2004, par. 135 e *Sierpiński v. Polonia* del 3 novembre 2009 par.69.

⁷⁰ Sul punto si rinvia per tutti a C. LAVAL – P. DARDOT, *La nuova ragione del mondo Critica della razionalità neoliberista*, DeriveApprodi, 2013. Quanto alla formula richiamata nel testo si v. C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2009.

⁷¹ Sui mutamenti culturali ed ideologici sottesi alla svolta neoliberista si v. per tutti T. JUDT, *Guasto è il mondo*, Roma-Bari 2012.

aldilà di questo effetto, è bene sottolineare che le carte dei diritti nel loro sorgere sono storicamente legate allo Stato moderno, nel duplice senso che da un lato esse rispondono alla esigenza di fornire una protezione nei confronti dello Stato forte, dall'altro hanno pur bisogno delle strutture dello Stato per la loro concreta operatività. Attualmente, il rilancio della carte dei diritti non è dovuto solo alla avvertita esigenza di ridimensionare l'intervento di uno Stato in difficoltà ma costituisce anche una reazione alla stessa frantumazione del potere che esige il ripristino di talune garanzie a fronte di apparati o istituzioni che tendono all'autoreferenzialità per continuare ad esistere.

In altre parole, rispetto a quella fase storica originaria, siamo attualmente immersi in una in cui la funzione di tali carte, sia pure nel loro aspetto garantista, si rivela del tutto nuova e diversa rispetto al passato. Con la globalizzazione dell'economia si è di fatto determinata una contrazione significativa del ruolo originariamente svolto dallo Stato nazionale a favore di nuovi diffusi poteri prevalentemente sovranazionali. Peraltro, per via della frantumazione dei poteri e delle stesse fonti del diritto, paradossalmente si è alterato l'equilibrio proprio della modernità. Lo stato era da un lato il garante della legalità e della salvaguardia dei diritti oltre che il promotore del *welfare*, dall'altro, per via della sua potenza, restava pur sempre il possibile avversario dei diritti individuali da cui guardarsi. Nell'attuale fase, il richiamo ai diritti fondamentali non è più rivolta a ridurre l'intervento dello Stato nell'economia con il primato del mercato concorrenziale e della riduzione, se non demolizione, dello stato sociale, ma sempre di più riprende la sua originaria funzione protettiva: a) da un lato nei confronti di una struttura istituzionale sempre più debole e, che però, in quanto costretto sulla difensiva, interviene per ragioni di puro bilancio finanziario senza ragionevolezza o addirittura in termini arbitrari; b) dall'altro nei confronti di nuovi poteri diffusi che sempre di più sfuggono alla tradizionale contrapposizione tra pubblico e privato. Ed è in questa specifica prospettiva del tutto nuova che si presenta e si presenterà nel prossimo futuro il problema relativo alla incidenza dei diritti fondamentali sui rapporti di diritto privato.

Marco Ricolfi

La proprietà intellettuale e le libertà antagoniste

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le libertà antagoniste – 3. La proprietà intellettuale come diritto fondamentale? – 4. Proprietà intellettuale v. diritti fondamentali – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Grazie innanzitutto ad Andrea Zoppini e a Giorgio Resta per avermi invitato a questo convegno così interessante. Il tema è quello della proprietà intellettuale e delle libertà antagoniste. Dico subito che quello che presumo vi interessi e che anche a me interessa di più è il secondo termine del rapporto, le libertà antagoniste. Mi interessa anche la proprietà intellettuale, ma come elemento di una relazione.

Tratterò tre profili, con una nota a piè di pagina. Il primo profilo è il catalogo, naturalmente doppio, dei diritti di proprietà intellettuale e delle libertà che vengono in conflitto. Il secondo punto è come avviene l'interfaccia tra gli uni e gli altri. Il terzo punto riguarda dei casi di bilanciamento, tre casi per la precisione: *Scarlet Extended* (Corte UE 24 novembre 2011 (Terza Sezione), causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)* e nei confronti di *Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video)*, *Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music)* e *Internet Service Providers Association ASBL (ISPA)*, ECLI:EU:C:2011:771, caso «*Scarlet Extended*»), *Pro Musicae* (Corte di Giustizia 29 gennaio 2008 (Grande Sezione), causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)* e *Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54) e *ISCC* (Corte UE 18 dicembre 2014 (Grande Sezione), causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, ECLI:EU:C:2014:2451, caso «*ISCC*»). Infine, cercherò di gettare uno sguardo sul futuro con l'aiuto di quel grande scienziato della politica che è stato Alessandro Pizzorno: qui si sta delineando un'area di preclusione per i diritti fondamentali.

2. *Le libertà antagoniste*

Partendo dall'inizio ho poco da dire sui diritti di proprietà intellettuale, se non per chiarire che con diritti di proprietà intellettuale non parliamo soltanto di copyright o di diritto d'autore, ma anche di marchi, di brevetti, di design e di quell'ampia nebulosa dei diritti di proprietà intellettuale minore, che alla testa della cometa aggiungono una coda molto ampia. Questo è uno dei due termini della relazione.

Il secondo termine sono le libertà e qui forse vale la pena di parlare di queste libertà antagoniste; che qui sono quattro, ma poi ne vedremo altre due. La prima è la libertà di espressione, lasciatemi a questo proposito citare un bellissimo libro di David Bollier, "Brand name bullies", i prepotentacci dei marchi e dei brand (D. BOLLIER, *Brand Name Bullies. The Quest to Own and Control Culture*, Wiley and Sons, Hoboken, N.J., 2005). La Barbie è un'icona del mondo americano, trapiantata anche da noi, che veicola una certa immagine di donna e di bambina. Quando la si critica, come la criticano gli Aqua con una canzone che fa vedere quanto c'è di consumismo, di sessismo, di conformazione, scatta il diritto d'autore per dire "non potete farlo", scatta il diritto dei marchi, abbiamo un contrasto tra un diritto di proprietà intellettuale e la libertà di espressione (v. la sentenza 24 luglio 2002 della *US Court of Appeals for the Ninth Circuit, Mattel Inc. c. Universal Music International Ltd. E altri e MCA Records*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002), *cert. denied*, 123 S. Ct. 993 (2003), caso «Barbie Doll»).

Colgo uno spunto che è stato dato stamattina da Giorgio Resta: anch'io non parlerei più di *privacy*, ma di limiti alla sorveglianza totale. Anzi, dal punto di vista linguistico propongo di cambiare registro: come non si parla più tanto di fedecommesso o di stallatico, non parliamo di *privacy* che è diventato un tema noioso, non credibile. Prendiamo atto del fatto che siamo nell'epoca della sorveglianza totale e dobbiamo prenderla come un fatto della vita, perché la relazione è quella trilatera che oggi Giorgio Resta ci ha illustrato così bene e che quindi non riprendo. Piuttosto suggerisco che dobbiamo accettare che questo sia uno dei fatti della nostra vita e che dobbiamo chiederci quali sono i limiti a questa sorveglianza totale.

In questo elemento cosa c'entra la proprietà intellettuale? Uno degli elementi di sorveglianza totale è che quando si ha una violazione di un diritto d'autore, ad esempio, sono i titolari di questi contenuti che dicono: voglio sapere chi ha violato, quando, come si chiama l'autore dell'illecito, che così gli faccio causa; e se ci sono tre violazioni lo caccio fuori per sempre dalla rete, con l'aiuto di norme come la francese Hadopi. Qui la proprietà

intellettuale si pone come antagonista rispetto ai limiti della sorveglianza totale; e ciò è ovvio, perché la proprietà intellettuale è esclusiva, è monopolio ed ha come suo motto quello di “sorvegliare e punire”.

In realtà non sempre e necessariamente vi è un conflitto fra il monopolio della proprietà intellettuale e la terza fra le libertà antagoniste (dopo la libertà di espressione e dalla sorveglianza totale), la libertà di concorrenza, perché fra proprietà intellettuale e libertà di concorrenza ci sono dei momenti di coordinamento e di sintonia, che però possono perdersi in un eccesso di protezione. Dobbiamo far molta attenzione all'eccesso di protezione della proprietà intellettuale perché, come troppo zucchero nel caffè fa diventare cattivo il caffè invece che migliorarlo, troppo monopolio a favore dei titolari di diritti di proprietà intellettuale non solo aumenta i prezzi, che è il minor problema, ma ha degli effetti riduttivi nella concorrenza a valle, le generazioni successive di innovatori e di creatori. Non dimentichiamo che noi abbiamo proprietà intellettuale solo da tre secoli circa; e tuttavia non possiamo dire – e non diciamo – che prima non c'è stata creatività, che prima non c'è stata innovazione tecnologica. Certo che c'è stata, soltanto gli strumenti per stimolare creatività ed innovazione erano diversi dal monopolio; e quindi i rapporti tra libertà concorrenziale e proprietà intellettuale vanno ridefiniti, quando la seconda rischia di comprimere eccessivamente la prima.

Poi c'è una cosa che può sembrare un richiamo un po' stucchevole a slogan di moda, cioè alla libertà di accesso alle informazioni, alla cultura, alla scienza, cui ci si riferisce quando si invocano “access to knowledge”, “open access” e così via. Ma questa libertà, la quarta, non è soltanto questo; a questo riguardo voglio anche ricordare che siamo nell'epoca digitale e che, se in epoca analogica un libro cartaceo, materiale, una volta che era stato acquistato, vedeva esaurire il diritto d'autore, quindi circolava liberamente, nel caso dell'accessibilità digitale – non dico soltanto dei testi ma anche delle immagini e della musica – l'esaurimento non si produce. Le opere restano, come si è detto, opere “sotto chiave”. Questo è gravissimo perché, come in passato le generazioni giovani imparavano sui libri e creavano, a partire dal dato cartaceo, i loro strumenti culturali, così oggi essi dovrebbero avere altrettanta libertà di accesso e di manipolazione in relazione ai testi digitali a fini scolastici, a fini di apprendimento e di esercizio della facoltà di critica. Questo però è diventato oggi molto difficile, anche perché l'accesso digitale comporta l'esclusione delle libere utilizzazioni e l'accettazione di termini contrattuali restrittivi.

Voi vedete dunque che di contrasti tra la proprietà intellettuale e queste quattro libertà ce ne sono tanti. Io ho parlato prima delle libertà

perché questo mi è stato chiesto, però volevo dire che si hanno anche degli importanti diritti che non sono propriamente di libertà eppure vengono anch'essi in contrasto con la proprietà intellettuale, in particolare il diritto alla salute, il diritto alla salvaguardia dell'ambiente e della biodiversità. Siccome il tempo corre, vorrei soltanto dire che anche la biodiversità e la salvaguarda dell'ambiente si pongono in termini potenzialmente antagonisti rispetto alla proprietà intellettuale (TEMMERMAN, *Intellectual Property and Biodiversity*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012). Infatti nel momento in cui abbiamo poche varietà di riso, di mais, di altre componenti essenziali che sono brevettate e controllate dai titolari dei brevetti, questo riduce la diversità vegetale e aumenta il rischio di fame.

3. *La proprietà intellettuale come diritto fondamentale?*

Elementi di contrasto credo – e finiamo così il primo punto – ne abbiamo registrati parecchi. Dopodiché dobbiamo vedere l'interfaccia, come si incontrano i diritti di proprietà intellettuale e queste libertà antagoniste. Io posso ricordare che vent'anni fa l'amico Giorgio Florida mi disse: mi hanno fatto una richiesta strana, dei giuristi cattolici mi chiedono di parlare di proprietà intellettuale e diritti fondamentali. Vuoi farlo tu Marco? Gli ho risposto: non sono in grado, non saprei che cosa dire.

In realtà, se il tema a quell'epoca non aveva molto significato, abbiamo avuto poi importanti variazioni negli ultimi vent'anni che possono essere viste in due modi diversi. Il primo è il più ovvio ed è quello di dire che la proprietà intellettuale (come dicevo prima) dà esclusivo monopolio e questo talora crea dei conflitti con diritti di libertà e pretese a diritti fondamentali.

In una prima prospettiva possiamo vedere la storia degli ultimi vent'anni come una storia in cui prima i titolari dei diritti di proprietà intellettuale hanno ottenuto una posizione molto forte, attraverso l'Organizzazione mondiale del commercio e i cosiddetti TRIPS, che sono gli accordi sulla proprietà intellettuale internazionale (D. GERVAIS, *The TRIPs Agreement. Drafting History and Analysis*, Thomson, 2008); e poi quello che è stato chiuso grazie al monopolio, grosso modo nel 1994, si riapre perché a premere in senso inverso c'è il diritto alla salute, c'è il diritto alla libertà di espressione, c'è una spinta verso la riapertura di quello che è stato chiuso.

Questa è una lettura ottimista. Ma ce n'è pure una seconda; e io penso che sia più interessante e più realistica quest'ultima, che non prende come

punto di partenza la metà degli anni '90, ma ci porta molto più indietro, fino alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1949. Il professor Zeno-Zencovich stamattina parlava di lobby e io mi sono appuntato di doverlo citare a questo proposito. Già nel 1949 era in agguato la lobby della proprietà intellettuale, che quando, nasce una delle carte dei diritti fondamentali e incomincia a mettere l'articolo 27, il cui primo comma riguarda l'accesso alla cultura, non perde l'occasione di far inserire un secondo comma, che riguarda la protezione degli interessi – notate: degli interessi, non ancora dei diritti – materiali e morali dei creatori.

Questo era il primo pezzettino della lunga marcia della proprietà intellettuale verso lo statuto di diritto fondamentale, mentre il secondo è stato messo, da un'abile manina, nel Patto del 1966, ovvero il Patto internazionale di New York, uno dei due, quello sui diritti economici, sociali e culturali. Al suo interno troviamo un articolo 15, primo paragrafo, lettera c), che di nuovo ci parla di interessi materiali e morali di scienziati e creatori, anch'essi tutelati. Notate bene che si parla però ancora di individui. Questo è stato un tema toccato da Iannarelli, per cui i primi passi per prenotare uno statuto di diritto fondamentale avvengono non ancora in nome delle persone giuridiche e delle imprese, ma in nome delle persone fisiche e degli individui.

Ho evocato la manina, perché il professor Torremans e il professor Chapman hanno notato che su questo Patto di New York la storia è andata così (TORREMANS, *Comment to Art. 17(2)*, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart, Oxford, Portland (Oregon), 2014, p. 489 ss.). Ce ne sono state sette o otto edizioni diverse e tutte le volte le delegazioni dicevano: togliete questo riferimento agli interessi morali e materiali degli autori, che non c'entrano. Invece c'è sempre stata una manina che li ha rimessi, fino a quando poi è passato con la lettera c). C'era qualcuno che era preveggente.

Questo passaggio diventa importante quando arriviamo ai testi attuali, che sono qui soltanto enunciati, CEDU, Carta Europea (ma ne abbiamo parlato così tanto che non li ripeto), dove ormai le persone giuridiche e le imprese sono diventate titolari di diritti fondamentali umani, anche se umani non sono ma hanno titolarità di diritti come se fossero degli umani.

Tutto questo si solidifica nell'articolo 1 del protocollo CEDU, a livello europeo nell'articolo 6.2 del TUE, che contiene il richiamo alla CEDU. Io ricordo sempre anche l'art. 345 del TFUE, che è il correlativo dell'articolo 222 del Trattato del 1958 e che dice che sono impregiudicate le norme sulle proprietà degli Stati membri. È una previsione sulla quale potremmo vedere in sede di discussione, importante anche se sottovalutata. Io me ne rendo

forse particolarmente conto come studioso della proprietà intellettuale, perché questa norma me la sono vista citata dagli anni '70.

Poi l'ultimo colpo è quell'articolo 17, secondo comma della Carta, il cui testo, "laconico e sorprendente" (GRIFFITHS, McDONAGH, *Fundamental Rights and European IP law: the case of Art. 17(2) of the EU Charter*, in GEIGER (a cura di), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 75 ss.) dice che la proprietà intellettuale è protetta. Ci troviamo in una situazione nella quale la lunga marcia per la protezione dei diritti fondamentali non è a beneficio delle libertà antagoniste, ma della tutela della proprietà intellettuale. Come operi poi questa protezione della proprietà intellettuale ha detto molto bene e ampiamente il professor Iannarelli prima di me e quindi non sto a ripetere.

Vi dirò però che questo articolo 17, secondo comma, è stato utilizzato prima in versione CEDU e anche oggi in termini abbastanza limitati. Ad esempio noi sappiamo che abbiamo un Tocai italiano che è stato smobilizzato a vantaggio del Tocaj ungherese; e che perciò si è gridato all'espropriazione. I giudici di Strasburgo hanno però detto che non è un'espropriazione perché poi alla fine il marchio non è proprio un bene, nel senso che il vino lo vendi lo stesso, anche rinunciando al nome Tocai, purché lo chiami Sauvignonasse o Trebbianello. Ci sono stati 17 anni di periodo transitori per fare il cambiamento, quindi il periodo di interregno è sufficiente a riconvertirsi verso altri nomi.

Poi la norma della CEDU del protocollo aggiuntivo ha portato a qualcosa ma non a grandissime cose. *Smith Kline & French Lab. Ltd. c. Olanda*, App. n° 12633/87, in 66 *Eur. Comm. H.R. Dec. & Rep.* 70, 72/73 (1990) è un caso in cui si è data luce verde ad una licenza obbligatoria su un brevetto, dicendo che era fondamentale per consentire la ricerca a valle. Si è detto che poteva andare bene perché era sì un'interferenza, però era prevista nell'interesse pubblico, c'era il principio di legalità e così via.

4. *Proprietà intellettuale v. diritti fondamentali*

Questo è quanto succede quando si parla di proprietà intellettuale come diritto fondamentale esso stesso tutelato, ma a noi ora interessa non tanto questo, quanto il terzo punto che avevo preannunciato, e che concerne il conflitto, l'incontro con gli altri diritti fondamentali, quei 4 + 2 che abbiamo visto prima: libertà di espressione, salute e così via.

Qui il *locus* non è l'art. 17 secondo comma, ma la seconda parte - che oggi è stata evocata soprattutto la mattina - dell'articolo 52, primo comma, della Carta che ci dice in sostanza come si fa il bilanciamento. “*Nel rispetto del principio di proporzionalità – sul quale professor Scaccia stamattina ha detto cose stupende – possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale, riconosciute dall’Unione, o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”.

Questo è il *locus* in cui è avvenuto il bilanciamento tra proprietà intellettuale da un lato e altre libertà antagonistiche. Sul meccanismo qui c'è una motivazione della Corte di giustizia, che in sintesi dice: sì, in questo caso abbiamo un diritto di proprietà intellettuale che è protetto, però questa protezione non è assoluta, essa può essere soggetta a delle limitazioni. Queste debbono avvenire secondo i principi del bilanciamento, quindi proporzionalità e le altre cose che abbiamo appena letto e che abbiamo visto stamattina, quindi si tratta di fare una ponderazione che è tipicamente caso per caso.

Questa è la ragione per cui, finito il secondo punto, io passo al terzo e vi faccio, molto brevemente, una esemplificazione di tre casi.

Scarlet Extended, era un caso di peer to peer, utenti che sono in grado di condividere la musica on-line, perché quello che è conservato (*stored*) sull'apparecchio di uno è messo a disposizione di tutti coloro che hanno scaricato un certo tipo di software. L'ente di gestione collettiva belga agisce in giudizio con questo argomento: tu, Scarlet sei l'*access provider*, quello che consente a questi giovanotti e signorine di condividere il file, devi mettere in piedi un sistema di filtraggio per cui sia possibile l'accesso soltanto per quei casi in cui si è avuta un'autorizzazione alla condivisione a priori dai titolari dei copyright. La Corte di giustizia dice: ma qui veramente non possiamo fare una cosa del genere, perché ci sono quattro diritti che competono fra di loro, che vengono reciprocamente in conflitto. Il primo è, in effetti, il *copyright*; ma abbiamo anche la libertà di impresa, perché Scarlet se deve mettere in piedi un sistema di filtraggio di questo tipo va a gambe all'aria, quindi finisce come azienda. Poi la *privacy* degli utenti, questo vuole dire che bisogna identificare i diversi utenti che accedono al sistema filtrato e anche questo è oggetto di bilanciamento. Infine vi è la libertà di concorrenza. Essendo questo il conflitto, la risposta è stata quella di dire: non è possibile ordinare alcunché alla Scarlet.

Promusicae: parliamo di musica e di Kazaa, un nome che forse non è più tanto attuale, lo era 10 anni fa, qui non abbiamo *peer to peer*, ma abbiamo un operatore che francamente è in violazione. La SGAE, l'ente di gestione

collettiva spagnolo dice: noi abbiamo i numeri di *IP protocol*, dateci i nomi di chi ha acceduto. La Corte di giustizia dice: non si può fare. Qui c'è tutto il discorso che ci ha fatto Giorgio Resta oggi, il *Bundesgerichtshof* dice che in realtà è possibile entro certi limiti, ma la cosa importante è che questa sentenza ci dice che ci deve essere un bilanciamento tra interessi confliggenti, alla salvaguardia dei dati degli utenti e alla protezione dei titolari di diritti d'autore.

Si tratta di salvaguardie non da poco: anche quando il provider dia i nomi degli utenti, questi non possono essere utilizzati per fare una *black list*, cioè si tratterà di un accertamento di una violazione che potrà dare luogo ad una inibizione, ad un risarcimento del danno, ma non per questo si può entrare dentro una *black list*, perché questo sarebbe contrario alle norme che, ahimè, chiamiamo ancora sulla *privacy* e che io preferisco chiamare limitative della sorveglianza totale.

Sull'ultimo caso ISCC, siccome non voglio andare oltre ai tempi, dico soltanto che è un'evoluzione del caso *Brüstle* in materia di embrioni e che secondo me quel buono che aveva fatto Corte di giustizia nel caso *Brüstle* viene disfatto per ragioni sulle quali possiamo tornare nel dibattito.

5. Considerazioni conclusive

Per terminare volevo dire che questo ci dimostra che sì, i diritti di proprietà intellettuale hanno fatto la loro lunga marcia per un riconoscimento (che trovo poco giustificato) di una posizione di diritto umano fondamentale. È vero altresì che i meccanismi per bilanciarli funzionano abbastanza bene e questo fa dispiacere ai titolari dei diritti. Questi ultimi già hanno palesato la loro strategia con il brevetto europeo con effetto unitario, di cui posso dirvi che era prevista la competenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, ma poi si è sdoppiata in due regolamenti Cee e uno della Corte internazionale, perché le controversie in questo modo possono essere attribuite a un soggetto diverso dalla Corte di giustizia, che è avvertita come troppo garantista (ULLRICH, *Select from within the System: the European Patent with Unitary Effect*, in *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research*, paper no. 12-11).

Poi abbiamo il *TPP* (*Trans Pacific Partnership*) e il *TTIP* (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), così finiamo con degli acronimi: sono i grandi accordi internazionali che stanno coprendo tutti i Paesi al di fuori

della Cina, che deve restare fuori perché troppo temuta. Questi accordi prevedono sostanzialmente che saranno degli arbitri a giudicare se si è avuto un pregiudizio o un'ablazione del diritto di proprietà intellettuale. Questi arbitri, evidentemente, sono collocati in un sistema che è immune dai diritti umani fondamentali. Questo è ciò che Alessandro Pizzorno aveva chiamato, molto bene, trent'anni fa in *Le radici della politica assoluta* (Feltrinelli, Milano, 1993), "zona di preclusione"; il potere è in grado di porre al riparo dalla deliberazione democratica le zone in cui esercita le sue prerogative.

Matteo Gargantini

*Procedure di risoluzione bancaria:
tutela della proprietà e dell'equo processo*

SOMMARIO: 1. Introduzione – Parte I. Risanamento e risoluzione: rilettura selettiva: 2. La disciplina delle risoluzioni bancarie alla luce dei diritti fondamentali: i poteri delle autorità – 3. Pianificazione e intervento precoce – 4. Le condizioni della risoluzione – 5. Il principio del “no creditor worse off” e il ruolo delle valutazioni – 6. Gli strumenti di risoluzione (e i relativi poteri) – 6.1. Gli strumenti di risoluzione che comportano trasferimenti di elementi patrimoniali – 6.2. Il *bail-in* – 7. Rimedi giurisdizionali – Parte II. Risanamento, risoluzione e diritti fondamentali: 8. Procedure di risoluzione bancaria e diritti fondamentali: spunti preliminari – 9. Tutela della proprietà nelle convenzioni internazionali: ambito di applicazione – 10. Alcuni aspetti critici delle risoluzioni bancarie dal punto di vista delle limitazioni al diritto di proprietà – 11. (*Segue*) Il problema della parità di trattamento nei salvataggi e nelle risoluzioni bancarie – 12. Profili critici della revisione giurisdizionale: i termini di impugnazione – 13. I limiti del sindacato giurisdizionale – 14. (*Segue*): questioni di giurisdizione – 15. Conclusioni.

1. *Introduzione*

È ormai un dato acquisito la capacità dei diritti fondamentali definiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDF) di garantire tutela al cittadino non solo al cospetto del potere statale inteso in senso stretto o delle istituzioni europee, ma anche di fronte ad attività che di tali poteri siano emanazione più o meno diretta, ivi incluse rispettivamente le autorità amministrative indipendenti nazionali e gli organismi europei non qualificabili come istituzioni ai sensi dei Trattati. Si tratta di un ambito di applicazione particolarmente rilevante nel contesto della disciplina sulla

* Consob e Università LUISS Guido Carli (Roma). Le opinioni espresse sono personali e non coincidono necessariamente con quelle dell'Autorità di appartenenza. Si ringrazia Edoardo Rulli per i preziosi commenti a una precedente versione del lavoro; errori od omissioni restano, naturalmente, di esclusiva responsabilità dell'autore.

risoluzione delle banche poiché le disposizioni europee assegnano la gestione della relativa procedura ad autorità amministrative tanto nazionali quanto europee (art. 3(2) direttiva 2014/59/UE – BRRD – e art. 42 regolamento (UE) n. 806/2014 sul *Single Resolution Mechanism* – Reg. SRM).

Nei paesi appartenenti al Meccanismo di vigilanza unico, i poteri di risoluzione sono conferiti dal Reg. SRM al *Single Resolution Board* (SRB) per le banche soggette alla supervisione della BCE e alle autorità di risoluzione nazionali per le altre banche, fatte salve naturalmente le competenze delle autorità di supervisione prudenziale¹. Le autorità di risoluzione nazionali sono peraltro responsabili, anche in caso di competenza del SRM, per l'attuazione delle delibere del SRB² e si avvalgono a tal fine dei poteri loro conferiti dagli atti nazionali di recepimento della BRRD (Art. 7 Reg. SRM)³.

La decisione di affidarsi ad autorità amministrative indipendenti discende in buona parte dal timore che una gestione giudiziale delle procedure in discorso non avrebbe consentito la speditezza necessaria al raggiungimento degli obiettivi della risoluzione: ne deriva un'inevitabile tensione con lo scrutinio operato dagli organi giurisdizionali e con il potere, proprio di questi ultimi, di ripristinare la conformità al diritto nella misura in cui vi siano violazioni delle norme applicabili. Più intensi tale scrutinio e tale potere, più arduo il conseguimento delle finalità connesse all'affidamento della procedura a un'autorità amministrativa.

Questo primo aspetto delle procedure di risoluzione spiega la rilevanza del diritto a un equo processo per colui che si senta leso dalle determinazioni dell'autorità amministrativa. Tale lesione sarà frequentemente invocata – per venire così a un ulteriore profilo di rilevanza della disciplina della BRRD per diritti fondamentali – con riguardo ai diritti di proprietà degli investitori (o perfino di taluni depositanti) che si ritengano compromessi dalle decisioni in cui si sostanzia la procedura di risoluzione. Come può agevolmente osservarsi, le dinamiche che interessano la tutela del diritto di proprietà non corrispondono esattamente al tipico scenario in cui l'amministrazione pone in essere un atto ablativo al fine di appropriarsi

¹ La BRRD è invece l'unica fonte europea, tra le due in esame, applicabile ai paesi esterni al Meccanismo di vigilanza unico.

² Non si assiste quindi, a differenza di quanto accade per la BCE nel contesto del Single Supervisory Mechanism (SSM), all'applicazione diretta di norme nazionali, per quanto dettate in recepimento della BRRD, ad opera del SRB: A. GARDELLA, *Bail-in and the Financing of Resolution within the SRM Framework*, in D. BUSCH – G. FERRARINI (a cura di), *European Banking Union*, Oxford, 2015, p. 386 ss.

³ Nel prosieguo, si farà riferimento per semplicità alle disposizioni della BRRD ad eccezione dei casi in cui l'eventuale differenza tra il dettato di tale direttiva e del Reg. SRM sia rilevante ai fini dell'analisi.

di un bene privato a beneficio della collettività. Per quanto gli atti della risoluzione possano talora assumere tale caratteristica, ciò accadrà solo temporaneamente, in attesa di trasferire nuovamente al settore privato le attività momentaneamente acquisite al controllo pubblico; in altri casi, questa forma di intervento pubblico nella gestione (di parte) degli attivi bancari mancherà invece del tutto. In entrambe le ipotesi, resta ferma la comune caratteristica per cui il procedimento di risoluzione è destinato, vuoi *ab origine* vuoi in esito a un temporaneo intervento pubblico nella gestione delle attività rilevanti, a produrre effetti su situazioni giuridiche attive e passive entrambe direttamente riferibili a soggetti privati. In questo senso, la risoluzione bancaria, pur motivata necessariamente sulla base di un interesse pubblico (art. 32(1)(c) BRRD) e pur potendo essere adottata solo quando in grado di portare un beneficio – o comunque, non in grado di produrre un danno – rispetto alla procedura di liquidazione, solleva inevitabilmente delicati problemi di allocazione dei suoi effetti economici tra i soggetti privati coinvolti. Si tratta di aspetti che pongono i problemi di protezione della proprietà in una prospettiva relativamente atipica e, quindi, ancor più degna di approfondimento.

Il presente lavoro è diviso in due parti. La Parte I tratteggia gli aspetti fondamentali delle procedure di risoluzione bancaria ponendone in luce, in una lettura ragionata, gli aspetti più rilevanti dal punto di vista della tutela dei diritti di proprietà degli investitori e dei risparmiatori nonché del connesso diritto a un equo processo. La Parte II considera gli aspetti così individuati alla luce dei principi della CEDU e della CDF nonché della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo (CtEDU) e, rispettivamente, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE).

Parte I – Risanamento e risoluzione: rilettura selettiva

2. La disciplina delle risoluzioni bancarie alla luce dei diritti fondamentali: i poteri delle autorità

Un'utile prospettiva per approcciare la disciplina delle procedure di risoluzione bancarie dal punto di vista dei diritti fondamentali è quella che ha riguardo al ruolo e all'intensità della discrezionalità amministrativa

che le norme riservano alle autorità di vigilanza prudenziale e, soprattutto, alle autorità di risoluzione. Da un lato, infatti, è evidente che minori sono i margini di scelta lasciati alle autorità competenti, maggiore la certezza per gli investitori circa gli scenari che si possono configurare in caso di crisi, con ciò che ne deriva in termini di riduzione del costo del capitale, di maggiore patrimonializzazione e, quindi, di accresciuta resilienza delle banche. Similmente, si è rilevato come una gerarchia dei rimborsi più chiara *ex ante* possa diminuire i rischi di fuga generalizzata degli investitori ai primi sentori della crisi della banca⁴, conferendo maggiori certezze con riguardo all'antergazione o alla postergazione delle diverse classi di crediti. Inoltre, una riduzione dell'incompletezza normativa può rendere meno pressanti i rischi di comportamenti opportunistici della banca una volta che la controparte di quest'ultima abbia compiuto il proprio investimento, in modo non dissimile da quanto accade con riguardo all'incompletezza contrattuale⁵. Per tali ragioni, il *Financial Stability Board* (FSB) si è espresso in favore di una disciplina che permetta di individuare per quanto possibile *ex ante* i soggetti sottoposti – in assoluto o, comunque, per primi – a misure di risoluzione⁶.

Dall'altro lato, tuttavia, un'eccessiva rigidità del quadro normativo accrescerebbe il rischio che, nel contesto di ciascuna crisi, l'autorità non disponga della flessibilità necessaria ad adottare soluzioni adeguate al caso di specie, potenzialmente rendendo più dispendioso il procedimento – anche in termini di maggiore perdita di valore degli strumenti finanziari emessi dalla banca – in danno degli investitori stessi. Sono questi i motivi che hanno spinto la Commissione europea a preferire un'inclusione delle passività nel *bail-in* in linea di principio generalizzata, permettendo di stabilire di volta il trattamento da riservare a ciascuno strumento finanziario non espressamente escluso *ex ante*⁷. Si è altresì osservato in dottrina come

⁴ DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, Working Document*, 2011, 88; A. DE ALDISIO, *La Gestione delle crisi nell'Unione bancaria*, in *Banca impr. soc.*, 2015, p. 439.

⁵ V. per tutti *ibid.*, p. 418.

⁶ FSB, *Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution. Total Loss-absorbing Capacity (TLAC), Term Sheet*, 9 novembre 2015, Principle (xi) (ove si raccomanda massima chiarezza *ex ante* sia sull'esposizione degli strumenti finanziari alle perdite della banca sia sulle priorità nella sopportazione di tali perdite) e *Term Sheet* §§ 10 e 11 (sulle passività da escludere dal *bail-in* e sul livello di subordinazione delle passività incluse).

⁷ DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *cit.*, p. 87 ss. e p. 89 ss., ove si prospetta, rispettivamente, un sistema di inclusione generalizzata delle passività anche diverse da quelle subordinate (ma, in caso di debiti non subordinati, limitatamente alle nuove

il tentativo di evitare qualunque incompletezza normativa sul trattamento da riservare, in caso di risoluzione, a ciascuna classe o categoria di strumenti finanziari favorirebbe il ricorso strumentale ai soli titoli soggetti a minori rischi, ad esempio selezionando unicamente investimenti non soggetti a *bail-in*⁸, con ciò vanificando in partenza l'efficacia della procedura.

Trovare un equilibrio tra le due esigenze è, naturalmente, tutt'altro che agevole. In un sistema prevalentemente fondato su clausole di convertibilità chiaramente definite, il prezzo degli strumenti finanziari (e dei depositi) rifletterebbe in teoria il diverso rischio a ciascuno di essi sotteso, così consentendo di allocare i capitali in modo più efficiente attraverso un'adeguata remunerazione dell'investimento: un'eccessiva discrezionalità in capo alle autorità di risoluzione renderebbe anzi più difficile la formazione di un mercato per i titoli soggetti a conversione, data la difficoltà di calcolare il rischio da scontare e, quindi, il prezzo di tali titoli⁹. Vero è tuttavia che, pur stabilendo integralmente *ex ante* l'ordine delle priorità nel rimborso, la capacità del mercato di riflettere pienamente l'informazione disponibile sulla gerarchia delle pretese degli investitori in sede di risoluzione resterebbe dubbia¹⁰, e che, rispettivamente, le limitazioni alla discrezionalità delle autorità sul trattamento da riservare anche agli strumenti finanziari soggetti a *bail-in*¹¹ rendono comunque possibile la formazione di un prezzo significativo¹².

La stessa BRRD consente in effetti, entro certi limiti, di calibrare con riferimento a ciascun ente il rapporto tra autonomia privata e valutazione *ex post* dell'autorità di risoluzione. Essa infatti permette a quest'ultima di

emissioni: v. *infra* nota 97) nel *bail-in* (c.d. *comprehensive approach*) e, all'opposto, un sistema di conversione e risoluzione principalmente fondato su clausole contrattuali inserite in ciascuno strumento finanziario (c.d. *targeted approach*). La disciplina della BRRD ha come noto adottato la prima soluzione (cfr. A. DE ALDISIO, *cit.*, p. 417), sia pur con minori limitazioni dal punto di vista del diritto transitorio.

⁸ V. ad es. PRESTI, *Il Bail-in*, in *Banca impr. soc.*, 2015, p. 348, p. 355.

⁹ S. GLEESON, *Legal Aspects of Bank Bail-Ins*, in *LSE Financial Markets Group Paper Series*, 2012, p. 8.

¹⁰ C. GOODHART – E. AVGOULEAS, *Critical Reflections on Bank Bail-ins*, in *Journal of Financial Regulation*, 2015, p. 20. Per una ricostruzione del dibattito M. LAMANDINI – D. RAMOS MUÑOZ, *EU Financial Law*, Assago, 2016, p. 507 ss.

¹¹ Tra cui in particolare il principio del “*no creditor worse-off*” (*infra* par. 5) che, di fatto, impone un limite (equivalente a un'opzione put che definisce una soglia inferiore alle oscillazioni del valore dello strumento finanziario – *floor*) alle perdite definito in relazione al trattamento liquidatorio, con ciò riducendo le distanze, in termini di difficoltà di valutazione, tra questi strumenti e titoli soggetti esclusivamente alle ordinarie procedure concorsuali.

¹² S. GLEESON, *cit.*, p. 8 ss.

stabilire, *ex ante*, spazi più ampi per la determinazione contrattuale della gerarchia delle passività in sede di risoluzione. È infatti possibile, se l'autorità lo concede, che la banca emetta titoli destinati, in virtù delle clausole contrattuali che li accompagnano, a subire la decurtazione di valore o la conversione proprie del *bail-in* prima di altre passività (art. 45(13) BRRD). La tendenza ad attribuire un peso maggiore, ma comunque non esclusivo, a soluzioni predefinite in via contrattuale è sottesa anche alla recente revisione dell'impostazione inizialmente adottata dalla BRRD, oggetto nel momento in cui si scrive di una proposta di modifica che avvicina il testo della direttiva agli auspici sopra ricordati del FSB¹³. Tra le modifiche ivi previste, si è infatti meglio precisata la possibilità di stabilire in via contrattuale¹⁴, con effetti appunto estesi anche alla fase di risoluzione, e non più solo di volta in volta che alcune passività possano partecipare al *bail-in* con una priorità nel rimborso inferiore a quella propria del debito ordinario non garantito (considerando 8 e art. 45 *ter* della proposta)¹⁵.

Questa tensione tra discrezionalità amministrativa e certezza delle situazioni giuridiche soggettive è peraltro sottesa a tutto l'impianto normativo della BRRD, a partire dagli obiettivi che la risoluzione può perseguire in base alla disciplina europea. La direttiva tende a limitare i margini di valutazione delle autorità definendo in via normativa queste finalità,¹⁶ ma si tratta di indicazioni che subito appaiono come potenzialmente in contrasto tra loro (art. 31(2) BRRD). Così, ad esempio, non sempre la prevenzione di un contagio è compatibile con il mantenimento della disciplina di mercato: un salvataggio tramite *bail-out* (anche parziale: art. 37(10) BRRD) sarebbe facilmente in grado di assicurare il primo obiettivo, ma si porrebbe inevitabilmente in contrasto con il secondo. Ancor più significativamente, la BRRD rinuncia a dettare una gerarchia tra le finalità indicate, prevedendo espressamente che le stesse rivestano pari importanza e che spetti alle autorità di risoluzione bilanciarle in base alla natura e alle circostanze

¹³ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2014/59/EU on loss-absorbing and recapitalisation capacity of credit institutions and investment firms (COM(2016) 852 final)*, Bruxelles, 23 novembre 2016, 3.

¹⁴ La BRRD, anche nella sua versione attuale, non sembra comunque ostacolare tale possibilità: art. 48(3) BRRD; K.-P. WOJCIK, *Bail-in in the Banking Union*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 111.

¹⁵ Una maggiore articolazione sarebbe resa possibile anche tra i depositanti (BCE, Opinion, 8 marzo 2017, CON/2017/6, §§ 2.3.1 e 2.3.4).

¹⁶ In particolare, sono obiettivi della risoluzione ai sensi dell'art. 31(2) BRRD la continuità delle funzioni essenziali della banca, il contenimento degli effetti sistemici della risoluzione, il mantenimento della disciplina di mercato, la salvaguardia dei fondi pubblici, la tutela di depositanti e investitori, la tutela dei beni della clientela.

del caso di specie (art. 31(3) BRRD). Si tratta con tutta evidenza di una ponderazione di interessi ascrivibile all'area della discrezionalità pura,¹⁷ con ciò che ne deriva, come meglio si vedrà, in termini di tutela giurisdizionale.

3. Pianificazione e intervento precoce

Passando all'analisi dei poteri delle autorità di vigilanza e di risoluzione, conviene prendere avvio dalle misure che rappresentano, di fatto, la cerchia di difesa più esterna tra quelle predisposte dalla BRRD per confinare la liquidazione e l'intervento della finanza pubblica ai soli casi in cui nessun'altra misura sia risultata sufficiente. Su ispirazione dello statunitense *Dodd-Frank Act*,¹⁸ la BRRD prevede che la gestione delle fasi critiche nella vita della banca sia pianificata in anticipo. A tal fine, si prevede la predisposizione di "piani di risanamento", redatti dalla banca ma soggetti a supervisione, e di "piani di risoluzione", redatti invece dall'autorità di risoluzione, con riguardo alle misure da intraprendere rispettivamente per ripristinare la continuità aziendale o, qualora tali misure si rivelassero inefficaci, per perseguire un'ordinata risoluzione dell'ente o del gruppo¹⁹. La necessità di procedere per tempo a una pianificazione di questi aspetti è resa evidente dai ristrettissimi tempi a disposizione per assumere decisioni ponderate in fasi critiche della vita dell'impresa finanziaria e traduce quindi in norme cogenti una buona pratica amministrativa e gestionale. Pure in tale ambito, tuttavia, la necessità di compiere valutazioni di carattere prognostico sia sui possibili scenari avversi a cui la banca può essere soggetta sia sulle misure più efficaci per porvi rimedio richiede giudizi ampiamente discrezionali. A sottolineare la indeterminatezza dei poteri in esame – se possibile ancor superiore a quella che caratterizza i progetti di risoluzione, adottati in occasione di crisi conclamate e sui quali si tornerà a breve – basti considerare che pure il legislatore europeo ha rinunciato, di fatto, a dettare regole di armonizzazione, sia pur minima, con riguardo alle misure da

¹⁷ Cfr. per tutti L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in AA. VV., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia, 2014, p. 164.

¹⁸ J. BARTH ET AL., *Panel Discussion on Stability, Resolution, and Dodd-Frank*, in P. SCHULTZ, *Perspectives on Dodd-Frank and Finance*, Cambridge, Londra, 2014, p. 84 ss.; per un confronto tra i due ordinamenti Goodhart e Avgouleas, *cit.*, *passim*.

¹⁹ WOJCIK, *cit.*, p. 97.

includere nei piani di risoluzione²⁰ (benché contenuti e criteri di valutazione siano dettagliati nell'Allegato alla BRRD).

Particolarmente interessante, in una prospettiva di diritto privato, il ruolo dei “piani di risanamento”, dato che la responsabilità della predisposizione dei medesimi, per quanto questi siano soggetti ad approvazione da parte dell'autorità competente, è posta in capo alla banca e, pertanto, al suo consiglio di amministrazione (artt. 6 e 7 BRRD, rispettivamente per la vigilanza individuale e su base consolidata). Naturalmente, queste determinazioni non potranno che esplicitarsi in una “gamma di azioni” (così il punto 4 nella sez. A dell'Allegato alla BRRD) comunque soggette alla disciplina generale di diritto bancario e di diritto societario, con ciò che ne deriva in termini di tutela degli investitori²¹ e, simmetricamente, di protezione delle scelte discrezionali degli amministratori che siano conformi ai canoni della *business judgement rule*²². Tuttavia, permane in capo all'autorità competente il potere di imporre modifiche al piano qualora questo non sia ritenuto in grado, secondo un criterio della “ragionevole probabilità”, di preservare o ripristinare in modo rapido ed efficace la sostenibilità economica e la situazione finanziaria della banca o del gruppo, pur considerando il contesto critico (art. 6 BRRD). Per rendersi conto della potenzialità intrusiva delle misure che l'autorità può imporre è sufficiente considerare che queste includono la riduzione del rischio dell'ente, la sua ricapitalizzazione nonché la modifica della sua struttura organizzativa e della sua governance.

Quanto alle misure che possono essere indicate dalle autorità nel caso in cui i “piani di risoluzione” indicassero la presenza di ostacoli a un'agevole risoluzione, basti pensare al potere di imporre l'elaborazione di contratti di servizio per la prestazione di funzioni essenziali, di richiedere la dismissione di beni aziendali o l'abbandono di determinate attività (art. 17 BRRD e art. 8(9) Reg. SRM)²³. Altrettanto pervasive le misure di intervento precoce che possono essere imposte – in questo caso: non già dalle autorità di risoluzione, bensì – dalle autorità di supervisione: vi rientrano limitazioni alle attività esercitabili, interventi sulle remunerazioni, restrizioni alle distribuzioni dei dividendi, l'obbligo di

²⁰ Lo rileva DE SERIÈRE, *Recovery and Resolution Plans of Banks in the Context of the BRRD and the SRM: Some Fundamental Issues*, in BUSCH – FERRARINI (a cura di), *cit.*, p. 338 ss.

²¹ Basti pensare alla disciplina in materia di diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441 c.c. o, per i creditori, alle tutele stabilite dall'art. 2394 c.c.

²² V. recentemente, anche con riguardo alle imprese di natura finanziaria, S. ALVARO ET AL., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, Quaderno Giuridico Consob n. 11, 2016.

²³ Come osservato da DE SERIÈRE, *cit.*, p. 349, c'è in effetti ben poco che le autorità di risoluzione non possano imporre a una banca.

avviare trattative per la ristrutturazione del debito (art. 27 BRRD), nonché la rimozione di esponenti aziendali, eventualmente con la contestuale nomina di un amministratore temporaneo (artt. 28 e 29 BRRD²⁴).

4. *Le condizioni della risoluzione*

Centrale ai fini della nostra analisi è evidentemente il quadro normativo in materia di condizioni che determinano la risolvibilità della banca (art. 32(1) BRRD). Con qualche inevitabile semplificazione,²⁵ tali condizioni sono essenzialmente tre, tra loro congiunte. In primo luogo, l'entità deve essere in dissesto o a rischio di dissesto, situazione che a sua volta si ritiene verificata quando l'entità stessa viola i requisiti necessari alla continuazione dell'attività. A tal fine, si ha particolare – ma non esclusivo – riguardo ai requisiti di patrimonializzazione, anche prospettici, ovvero alla possibilità che l'entità abbia un patrimonio netto negativo o sia impossibilitata ad adempiere regolarmente, a scadenza, alle proprie obbligazioni (Considerando 41 BRRD): in proposito, è sufficiente che vi siano elementi oggettivi per ritenere che tali difficoltà di carattere finanziario o patrimoniale si verifichino nel prossimo futuro. Si tratta con tutta evidenza di giudizi fondati su elementi ampiamente discrezionali: la condizione in esame fa affidamento su una valutazione, che spesso avrà i caratteri della prognosi, avente ad oggetto contemporaneamente: una stima delle perdite potenziali, una valutazione dell'impatto di tali perdite sulla patrimonializzazione dell'entità interessata o sulle sue condizioni di liquidità nonché, infine, una ponderazione dell'importanza della violazione delle regole prudenziali.²⁶

²⁴ Cfr. anche art. 13 Reg. SRM. Per un confronto tra BRRD e Reg. SRM su questi aspetti D. BUSCH, *Governance of the Single Resolution Mechanism*, in D. BUSCH – G. FERRARINI (a cura di), *cit.*, p. 312 ss.

²⁵ Per un'analisi più dettagliata, soprattutto con riguardo al rapporto tra insolvenza e stato di dissesto o di rischio di dissesto, si rinvia a G. SANTONI, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione dello stato di insolvenza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, fasc. 2, p. 517 ss.

²⁶ Sono forse più limitati i margini di valutazione discrezionale con riguardo all'ultima fattispecie in grado di realizzare la prima condizione di risolvibilità, ossia il sostegno finanziario pubblico, fatti salvi i casi di intervento espressamente previsti dalla BRRD che si giustificano in base alla necessità di mantenere la stabilità finanziaria di uno Stato membro (il quadro normativo per tali interventi è dettato, in Italia, dal d.l. 23 dicembre 2016, n. 237, come convertito dalla l. 17 febbraio 2017, in materia di “Disposizioni urgenti per la tutela del risparmio nel settore creditizio”).

Non meno incerta la valutazione della seconda condizione di risoluzione, che richiede l'assenza di ragionevoli prospettive di risanamento, vuoi mediante un intervento del settore privato vuoi mediante atti delle autorità di vigilanza (in particolare tramite misure di intervento precoce o tramite svalutazione o conversione ai sensi dell'art. 59 BRRD²⁷). Non è difficile osservare come possa essere arduo escludere con sufficiente grado di certezza la disponibilità di cavalieri bianchi ad investire in un'entità in dissesto, con una valutazione che richiede di considerare le preferenze di soggetti terzi, per di più non facilmente identificabili nell'universo dei potenziali fornitori di capitale di rischio o non facilmente riconducibili a modelli standardizzati: basti pensare ai noti casi italiani in cui la ricerca di *anchor investor* si è rivelata non solo impervia ma anche – ciò che più rileva in questa sede – talora soggetta alle ondivaghe reazioni dei possibili investitori individuati.²⁸

Ancor più (inevitabilmente) vaga, infine, la terza condizione, ossia la necessità di provvedere alla risoluzione al fine di tutelare l'interesse pubblico. A sua volta, la finalità è declinata dallo stesso art. 32 BRRD nel senso che l'azione di risoluzione si intende nell'interesse pubblico se (e solo se) essa è necessaria al conseguimento di uno o più degli obiettivi della risoluzione sopra ricordati, è ad essi proporzionata e, infine, se la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura. Il riferimento alla liquidazione ordinaria rammenta innanzitutto come la risoluzione non sostituisca le regole nazionali vigenti in materia, che continuano a rappresentare il regime di gestione delle crisi bancarie ordinario sul piano normativo, per quanto tendenzialmente meno frequente sul piano pratico. Per i profili che qui interessano, esso rileva tuttavia a causa del giudizio, ancora una volta di carattere prognostico, che esso richiede all'autorità circa la possibilità che l'esito della risoluzione sia più efficace di quello di una liquidazione nel tutelare gli obiettivi della BRRD.

Non solo. Il riferimento esplicito alla necessaria proporzionalità tra danno subito dagli investitori e benefici conseguiti nel perseguimento delle finalità della risoluzione segnala l'attenzione del legislatore europeo ai rischi che la gestione delle crisi bancarie determina sotto il profilo della

²⁷ Su tale svalutazione o conversione cfr. *infra*, testo relativo alla nota 29.

²⁸ Ciò a prescindere dal rischio che la condizione in esame sia sfruttata, in futuro come in passato (v. *infra* nota 49 e testo relativo) per eludere la disciplina della BRRD. Sui rischi di tale approccio v. L. ENRIQUES – G. HERTIG, *Shadow resolutions as a no-no in a sound Banking Union*, in E. FAIA ET AL. (a cura di), *Financial Regulation. A Transatlantic Perspective*, Cambridge, 2015, p. 150 ss. (ove anche indicazioni sulle misure che la BCE e il SRB possono adottare per evitare abusi in tal senso).

possibile violazione di diritti fondamentali. L'origine del criterio è infatti da rintracciarsi nell'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (CDF), ove si subordinano le restrizioni ai diritti riconosciuti nella Carta – restrizioni che comunque non possono violarne il contenuto essenziale – non solo a riserva di legge ma anche al rispetto del principio di proporzionalità, ivi incluso un test di necessità e di finalizzazione alla tutela di interessi generali o alla tutela degli altrui ditti fondamentali. Per tali ragioni, il limite della proporzionalità è un elemento ricorrente in tutta la BRRD, ove esso riemerge in connessione a decisioni dell'autorità di vigilanza o dell'autorità di risoluzione, secondo i casi, che siano sensibili ai fini della tutela del diritto di proprietà. È questo il caso, ad esempio, degli interventi che le autorità di supervisione possono adottare al fine di facilitare il risanamento della banca (art. 6(7)) o la sua risoluzione (artt. 10 nonché 17(4) e (6)(b)). Si vedrà nel prosieguo in che misura il rispetto degli standard imposti dall'art. 52 CDF possa dirsi soddisfatto nella BRRD.

Le osservazioni che precedono valgono a maggior ragione con riferimento alla svalutazione o conversione degli strumenti di capitale pertinenti (art. 59 BRRD): un istituto analogo al più noto *bail-in* che si caratterizza, tuttavia, per la possibilità di attivazione anticipata rispetto alle misure di risoluzione vere e proprie (ivi incluso il *bail-in*) e per la sua capacità di coinvolgere un novero più ridotto di passività²⁹. Tra i presupposti, tra loro alternativi, che ne determinano l'applicazione ricadono infatti lo stesso verificarsi delle condizioni di risoluzione – cosicché il ricorso a quest'ultima più pervasiva misura può essere preceduto, in tempi più rapidi, dalla svalutazione o conversione – ovvero il fatto che il mancato impiego di questo istituto determinerebbe l'insostenibilità economica della banca. Quest'ultima condizione, a sua volta, si considera soddisfatta qualora l'autorità ritenga la banca (o il gruppo di appartenenza) a rischio di dissesto³⁰ e, contestualmente, nessun'altra misura di intervento precoce o intervento del settore privato appaia in grado di evitare tale dissesto.

Si tratta di condizioni che riflettono esigenze analoghe a quelle sottese all'emissione di titoli caratterizzati da clausole di conversione in capitale ordinario (CET 1) che si attivano al ricorrere di condizioni determinate con riferimento ai requisiti di patrimonializzazione della banca (*contingent convertible* – o *CoCo – bonds*), normalmente prima che questa

²⁹ WOJCIK, *cit.*, p. 112, il quale rileva come la svalutazione ex art. 59 BRRD non possa estendersi oltre agli strumenti finanziari che compongono i fondi propri a fini prudenziali.

³⁰ Sulla tendenziale omogeneità tra condizioni di applicabilità della svalutazione e conversione in continuità aziendale ex art. 59 e condizioni che permettono l'attivazione della risoluzione SANTONI, *cit.*, p. 524; GOODHART E AVGOULEAS, *cit.*, p. 6, p. 14.

divenga insolvente, motivo per cui essi costituiscono una forma di *going concern capital*³¹: in tal caso, alla conversione si procede al ricorrere di circostanze definite in base alle grandezze di bilancio o, in misura ancor meno discrezionale, di mercato. Come si nota, invece, le valutazioni rimesse all'autorità con riferimento all'attivazione dell'art. 59 BRRD sono necessariamente più incerte, *ex ante*, di quelle applicabili ai *CoCo bonds* quanto a tempistica di attivazione, a rapporto di conversione e ad ambito di applicazione³².

L'elevato livello di discrezionalità delle decisioni richieste dalle regole in materia di risoluzione è infine evidenziato, a livello di Unione europea, dall'allocazione dei relativi poteri. Le restrizioni derivanti dalla giurisprudenza Meroni impediscono infatti il conferimento a soggetti diversi dalle Istituzioni di poteri discrezionali tanto ampi da consentire la determinazione di politiche economiche vere e proprie.³³ I limiti in esame sono da taluni considerati obsoleti in quanto la loro originaria motivazione era almeno in parte legata al fatto che, all'epoca in cui essa fu ideata, non era prevista nei Trattati la possibilità di un ricorso giurisdizionale avverso le decisioni di organismi diversi dalle Istituzioni, cosicché limitare il potere di delega significava assicurare un controllo su un novero più ampio di atti diretti a incidere nella sfera soggettiva dei privati. Benché la tutela della CGUE sia oggi espressamente estesa anche agli atti adottati da soggetti

³¹ Quale tra la svalutazione o conversione *ex art.* 59 BRRD, da un lato, e la svalutazione o conversione dei CoCo bond avrà luogo per prima dipenderà dal livello del triggering event contrattuale previsto nelle condizioni di emissione dei CoCo bond. Se i CoCo bond che soddisfano le condizioni per contribuire alla formazione del capitale Tier 2 saranno verosimilmente soggetti a conversione prima che intervengano le misure dell'art. 59, più dubbio è l'ordine di applicazione nel caso dei CoCo bond computabili come capitale Additional Tier 1: secondo CAHN – KENADJIAN, *Contingent Convertible Securities: From Theory to CRD IV*, in D. BUSCH – G. FERRARINI (a cura di), *cit.*, p. 220 ss.; p. 235, il mero rispetto della soglia di svalutazione o conversione prevista dall'art. 54(1)(a) Reg. (UE) 575/2013 (CRR) – per il quale la clausola deve attivarsi quando il rapporto tra il CET 1 e gli attivi ponderati per il rischio scenda al di sotto del 5,125% – non garantisce l'attivazione della clausola prima dell'esercizio dei poteri *ex art.* 59 BRRD. Ne deriva, fatto salvo il ricorso a requisiti più stringenti (art. 3 CRR), un accresciuto rischio in capo ai titolari di CoCo bonds computabili come fondi propri, dato che questi possono essere convertiti o svalutati prima degli altri strumenti non computabili che pure abbiano pari priorità nella gerarchia dei rimborsi (*ibid.*, 239, 271): v. art. 60 BRRD.

³² GLEESON, *cit.*, p. 15; CAH – KENADJIAN, *cit.*, p. 222.

³³ In generale cfr. C. DI NOIA – M. GARGANTINI, *Unleashing the European Securities and Markets Authority: Governance and Accountability After the ECJ Decision on the Short Selling Regulation (Case C-270/12)*, in *European Business Organization Law Review*, 2014, p. 31 ss.; WOJCIK, *cit.*, p. 101 ss.

diversi dalle Istituzioni (art. 263(1) TFUE), la perdurante validità della “dottrina Meroni” è stata recentemente ribadita dalla (CGUE)³⁴. Del resto, a sostegno dell’orientamento permane la considerazione che l’assetto delle attribuzioni stabilito nei Trattati sottende un accordo internazionale circa l’affidamento di determinati poteri ad organismi caratterizzati da una particolare organizzazione e, quindi, da uno specifico insieme di regole sui processi decisionali e sul ruolo, diretto o indiretto, degli Stati membri nella loro attività.³⁵

Consapevole di tali limiti, il legislatore del reg. SRM ha attribuito al Comitato di risoluzione unico (*Single Resolution Board* – SRB) il potere di adottare il programma di risoluzione³⁶ al ricorrere delle circostanze sopra indicate ma ha, al contempo, subordinato l’efficacia del medesimo programma all’approvazione, entro ventiquattro ore dalla ricezione dello stesso, della Commissione “per quanto riguarda gli aspetti discrezionali” dello stesso (art. 18(7)(2) reg. SRM) diversi dalla valutazione della sussistenza di un interesse pubblico alla risoluzione, questi ultimi soggetti – insieme alla all’approvazione dell’importo del Fondo di risoluzione unico³⁷

³⁴ CGUE, C-27/12, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea, 22 gennaio 2014.

³⁵ A nulla vale, in questo senso, eccepire che in realtà non vi sarebbe alcuna delega da parte della Commissione nel caso di conferimento di poteri a nuove agenzie direttamente tramite atto legislativo, a differenza di quanto accadeva, invece, in occasione del caso deciso dalla sentenza Meroni (v. per tale osservazione, invece, D. GERADIN, *The Development of European Regulatory Agencies: What the EU Should Learn from American Experience*, in *Columbia Journal of European Law*, 2005, p. 10): l’assetto istituzionale stabilito dai trattati continua infatti a rappresentare un limite per il legislatore europeo, cosicché il conferimento ad agenzie indipendenti di poteri in astratto rientranti nelle attribuzioni della Commissione non può non essere soggetto a restrizioni (v. C. DI NOIA – M. GARGANTINI, *Unleashing the European Securities and Markets Authority: Governance and Accountability After the ECJ Decision on the Short Selling Regulation (Case C-270/12)*, cit., p. 40). In tal senso si è correttamente parlato di delega “sintetica” da parte della Commissione (così J.-P. SCHNEIDER, *A Common Framework for Decentralized EU Agencies and the Meroni Doctrine*, in *Administrative Law Review*, 2009, p. 37 ss.), con espressione che, alla luce di quanto rammentato nel testo, non può considerarsi mera *fiction iuris*.

³⁶ La valutazione circa la sussistenza dei singoli requisiti è invece distribuita tra BCE (nello svolgimento delle proprie funzioni all’interno del SSM) e SRB. La prima è competente, in linea di principio e in ogni caso previa consultazione del SRB (per i dettagli v. art. 18(1), par. 2 e 3, Reg. SRM), per la verifica del requisito del dissesto o del rischio di dissesto. Lo SRB è invece competente, sempre in stretta cooperazione con la BCE, per la valutazione relativa alla sussistenza di alternative di mercato al salvataggio e, fatti salvi i poteri del Consiglio, circa la sussistenza dell’interesse pubblico.

³⁷ Come si nota, sono affidati alla valutazione del Consiglio gli aspetti più strettamente rilevanti ai fini delle finanze pubbliche, alla luce della maggiore influenza che gli Stati

– alla valutazione del Consiglio su proposta della medesima Commissione, da sottoporsi a sua volta entro dodici ore dalla ricezione della proposta di risoluzione.³⁸ Ai fini della nostra analisi, questo assetto di poteri rileva prevalentemente per la sua capacità di evidenziare, attraverso la lente dell'organizzazione istituzionale, i margini di valutazione rimessi all'autorità amministrativa e, pertanto, l'estensione dei rischi di abuso a cui sono sottoposti i diritti degli investitori.

5. *Il principio del “no creditor worse off” e il ruolo delle valutazioni*

La determinazione dell'esito di una potenziale liquidazione della banca secondo le regole ordinarie contribuisce non solo a stabilire se la procedura di risoluzione sia da intraprendere nell'interesse pubblico alla stabilità del sistema (art. 32(5) BRRD), ma anche a verificare quale trattamento riceverebbero gli investitori nel contesto di tale ipotetica liquidazione. Proprio le restrizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali di proprietà comportano la necessità di evitare che le misure di risoluzione possano dar luogo, per azionisti e creditori, a un esito peggiore rispetto a quello che si avrebbe in caso di liquidazione dell'ente³⁹. Quest'ultimo è quindi considerato, dalla BRRD, lo scenario controfattuale capace di misurare il “reale” valore dell'investimento, cosicché nelle ipotesi in cui le perdite subite da azionisti e creditori superino quelle che si sarebbero verificate in caso di liquidazione (art. 73) occorrerà indennizzare i soggetti che abbiano subito tale trattamento peggiore mediante l'intervento dei meccanismi di finanziamento della risoluzione (art. 75) e, quindi, con risorse provenienti dalla collettività delle banche e, in ultima analisi, dei loro

possono vantare sul funzionamento di quest'istituzione, che in tal caso delibera a maggioranza semplice.

³⁸ In caso di disaccordo della Commissione o del Consiglio, il Comitato di risoluzione unico modifica entro le successive otto ore il piano proposto, allineandosi alle motivazioni addotte dalle due Istituzioni per giustificare le proprie obiezioni (art. 18(7)(7) reg. SRM): si tratta di termini volti, come si nota, a consentire una deliberazione sulla risoluzione prima della riapertura delle filiali della banca dopo il fine settimana (altro è, naturalmente, la concreta possibilità di concludere il procedimento in un tempo tanto ristretto: scettico sul punto DE SERIÈRE, *cit.*, p. 346). Nel caso in cui il Consiglio rilevi al mancanza di un interesse pubblico alla risoluzione la procedura si interrompe e la banca è liquidata secondo la legislazione nazionale applicabile (art. 18(8)).

³⁹ A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa*, 2016, I, p. 605 ss.

investitori e depositanti⁴⁰. Per tale principio (noto come “*no creditor worse off*” – NCWO) è pertanto imprescindibile che le autorità competenti basino le proprie decisioni su valutazioni contabili non solo affidabili ma anche fondate su criteri contabili adeguati alle diverse funzioni che queste devono di volta in volta soddisfare⁴¹. Queste valutazioni sono affidate, fatte salve le limitate eccezioni che vedremo, a terzi indipendenti sia dai soggetti coinvolti nel dissesto sia dalle autorità di vigilanza e di risoluzione.

Prima dell'avvio della procedura di risoluzione, occorrerà in particolare verificare la sussistenza dei requisiti di patrimonializzazione della banca (art. 36(4)(a) BRRD), in assenza dei quali l'attività bancaria non può essere proseguita: come evidente, questo tipo di valutazione dovrà applicare principi contabili allineati a quelli ordinariamente in uso a fini di vigilanza prudenziale.⁴² Al contempo, il provvedimento di avvio della procedura di risoluzione assunto in caso di esito negativo della prima valutazione, ora rammentata, dovrà supportare le decisioni relative al procedimento di risoluzione, con riferimento tanto agli strumenti da adottare quanto alla loro specifica declinazione: si pensi all'entità della cancellazione o della diluizione delle azioni ovvero alla definizione del rapporto di conversione degli altri strumenti finanziari, oppure ancora alla determinazione dell'eventuale corrispettivo da pagare all'ente soggetto a risoluzione in caso di cessione di sue attività o passività (oppure da corrispondere ai suoi soci, in caso di trasferimento coattivo delle azioni: art. 36(4), lett. b)-f)). Secondo le indicazioni dell'EBA, pur allo stato provvisorie⁴³, occorrerà a tal fine avere riguardo al valore degli attivi e all'ammontare del passivo che si avrebbero in esito alla procedura di risoluzione. In questo caso, la valutazione delle componenti patrimoniali della banca avverrà pertanto in base al criterio di continuità aziendale, giacché questo è l'esito atteso dalla procedura. Tuttavia, la necessità di far emergere tutte le perdite esistenti e prevedibili – dato che, diversamente, la risoluzione potrebbe non raggiungere il proprio obiettivo, restituendo al mercato un'entità non risanata (art. 36(4), lett e))⁴⁴ – comporta la necessità di adottare criteri di valutazione

⁴⁰ E. RULLI, *Fondi di risoluzione “obbligatori”: chi paga il costo della crisi bancaria?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, fasc. 2, p. 494, p. 506, p. 515.

⁴¹ In generale sulla rilevanza giuridica delle diverse finalità che possono essere sottese alla valutazione delle partecipazioni cfr. M. MAUGERI, *Partecipazione sociale, quotazioni di borsa e valutazione delle azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, p. 95 ss.

⁴² Ciò non significa, naturalmente, che l'esito debba coincidere con quello delle valutazioni di vigilanza prudenziale: l'indipendenza del soggetto chiamato a condurre l'esercizio può infatti dare luogo a risultati divergenti pur nell'applicazione di criteri uniformi.

⁴³ EBA, *Draft Regulatory Technical Standards on valuation under Directive 2014/59/EU. Consultation Paper*, EBA/CP/2014/38, 7 novembre 2014, 5.

⁴⁴ A. GARDELLA, *Il bail-in*, cit., p. 620.

particolarmente prudenziali, potenzialmente più di quelli adottati a fini di vigilanza (considerando 52 BRRD).

Queste due valutazioni sono compiute, per loro stessa natura, prima dell'avvio della risoluzione, cosicché l'urgenza delle circostanze può essere incompatibile con i tempi necessari allo svolgimento dell'incarico da parte di un valutatore indipendente. In tal caso, la determinazione del valore delle attività e delle passività può essere provvisoriamente compiuta dall'autorità di risoluzione (art. 36(2) BRRD) e permette in ogni caso l'avvio della risoluzione (art. 36(12)): data tale natura, essa dovrà tuttavia essere sostituita, entro la chiusura della procedura, da una valutazione definitiva compiuta da un esperto indipendente (art. 36(10)).

Il terzo e ultimo tipo di valutazione è quello compiuto al fine di verificare il rispetto del principio del NCWO. Data la sua funzione, esso è naturalmente condotto in ottica liquidatoria, secondo le indicazioni provvisorie dell'EBA⁴⁵. Questa quantificazione è compiuta, a differenza delle prime due, al termine della risoluzione (art. 74 BRRD), giacché sarebbe impossibile quantificare *ex ante* con precisione l'allocazione delle perdite tra i diversi creditori, considerando la possibilità di escludere una o più categorie di questi ultimi dalla svalutazione e dalla conversione⁴⁶. Tuttavia, una stima si rende necessaria anche prima che la procedura prenda avvio (art. 36(8)), al fine di orientarne la gestione: nella sua versione definitiva compiuta dopo l'azione di risoluzione, la valutazione confronta il trattamento effettivamente applicato ad azionisti e creditori con quello che essi avrebbero ricevuto in caso di liquidazione coatta amministrativa, naturalmente senza considerare eventuali interventi di sostegno finanziario pubblico (art. 47(2) e (3)). Nel caso in cui la differenza tra il trattamento effettivamente ricevuto e quello che vi sarebbe stato in caso di liquidazione sia di segno negativo, lo scompenso è colmato dai meccanismi di finanziamento della risoluzione (Art. 75).

La necessità di fare riferimento a uno stato della realtà del tutto ipotetico fa sì che il terzo tipo di valutazione sia probabilmente quello esposto alle maggiori incertezze pur essendo, almeno secondo l'impostazione del legislatore della BRRD, il più importante per assicurare il rispetto del diritto di proprietà. È peraltro caratteristica comune alle tre valutazioni quella di doversi fondare su assunzioni che lasciano ampi margini a chi le compia: ci si domanda infatti in dottrina se, ad esempio, sia lecito o meno assumere la possibilità di ricorrere a misure di *emergency liquidity assistance* (ELA) o se, ancora, sia legittimo escludere il rischio che beni aziendali quali i crediti

⁴⁵ *Ibid.*, p. 3 e p. 5 ss.

⁴⁶ R. LENER, *Profili problematici del bail-in*, FCHUB (a cura di), *Il Bail-in*, Roma, 2016, p. 29.

deteriorati possano essere oggetto di *fire sales*, con ciò che ne deriva in termini di riduzione del valore⁴⁷.

⁴⁷ P. ATHANASSIOU, *Valuation in resolution and the no creditor worse off principle*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2014, p. 20.

6. *Gli strumenti di risoluzione (e i relativi poteri)*

Una volta verificatesi le condizioni sopra indicate, può (e deve) farsi ricorso a uno strumento di risoluzione – o alla svalutazione o conversione degli strumenti di capitale pertinenti, secondo quanto sopra indicato. Si tratta di misure dai contenuti ormai noti e sulle quali non mette conto soffermarsi in dettaglio in questa sede. Ai meri fini dell’analisi che seguirà in materia di diritti fondamentali, possiamo affrontare tre delle quattro misure di risoluzione con un’analisi sostanzialmente unitaria (par. 6.1): sia la vendita dell’attività d’impresa, sia il ricorso all’ente-ponte, sia, infine, la separazione delle attività comportano infatti una cessione coattiva, pur con diverse modalità, di diritti di proprietà. Un’analisi a parte merita invece, per le proprie peculiarità, il *bail-in* (par. 6.2).

In via di ulteriore premessa, occorre precisare che le misure ora rammentate costituiscono “strumenti di risoluzione” la cui attuazione richiede il ricorso a specifici “poteri di risoluzione” stabiliti dalla medesima BRRD (Art. 63 ss.). Così, la creazione di un ente ponte presuppone ad esempio che l’autorità competente abbia il potere di imporre il trasferimento coattivo di attività o passività da un soggetto giuridico a un altro (art. 63(1) (d) BRRD), nonché di stabilire che le attività siano trasferite libere da oneri o gravami, ovvero ancora di determinare unilateralmente modifiche, anche soggettive, ai contratti di cui sia parte l’ente in risoluzione o di disporre la revoca o la sospensione dell’ammissione di titoli a negoziazione in mercati regolamentati (art. 64(1) BRRD). Come si può osservare, si tratta di poteri che hanno una profonda incidenza in rapporti di diritto privato e che spesso fanno leva, per conseguire gli obiettivi della risoluzione, proprio su strumenti privatistici, per quanto sulla base di determinazioni di carattere amministrativo. La distinzione tra “strumenti di risoluzione” e “poteri di risoluzione” ha un riflesso organizzativo più evidente nell’ambito del SRM: il programma di risoluzione, con cui i primi vengono stabiliti, è infatti predisposto dal SRB e quindi indirizzato alle autorità di risoluzione nazionali affinché vi diano esecuzione avvalendosi dei poteri di risoluzione ad esse affidati dalle norme che recepiscono la BRRD (art. 18(9) Reg. SRM). Il SRB mantiene tuttavia poteri di supervisione e può dare istruzioni vincolanti alle autorità nazionali (art. 28 Reg. SRM): come si vedrà, questa allocazione delle competenze può comportare alcune difficoltà nell’individuazione dei poteri di revisione giurisdizionale all’interno del SRM.

6.1. *Gli strumenti di risoluzione che comportano trasferimenti di elementi*

patrimoniali

La vendita dell'attività è lo strumento di risoluzione più affine, tra quelli disponibili, all'approccio storicamente seguito in Italia, in via talora informale, per la gestione delle crisi bancarie⁴⁸: la cessione della totalità dell'azienda o di un suo ramo a un'altra banca disposta ad acquistarlo. Si tratta di una tecnica che, in tempi di determinazione in via amministrativa del numero di succursali a disposizione di ciascuna impresa bancaria, poteva far leva sulla possibilità, che essa concedeva all'acquirente, di accrescere la diffusione dei propri sportelli⁴⁹. Pure lo strumento della cessione delle attività previsto dalla BRRD, sia pur con un livello di formalizzazione giuridica senz'altro superiore a quello osservato nella prassi passata, può consistere tanto nella cessione coattiva dell'azienda o di suoi elementi, ferma la titolarità del controllo sulla società bancaria, quanto nel trasferimento coattivo delle azioni (o di altri titoli di capitale) emessi dalla banca stessa. Nel primo caso, il soggetto passivo dell'espropriazione è formalmente la banca; nel secondo, i suoi azionisti (art. 38(1)(a) e (b) BRRD): la distinzione determina la destinazione dei proventi della vendita forzosa (art. 38 (4))⁵⁰.

Quale che sia la modalità seguita, occorre che la cessione avvenga "a condizioni commerciali" (o "di mercato", si direbbe), conformemente alla valutazione contabile che, si è detto, accompagna l'adozione della misura, sia pur "tenuto conto delle circostanze" (art. 38(2) e (3) BRRD): una precisazione che, unitamente alla necessità che le autorità di risoluzione facciano quanto sia ragionevole per conseguire il prezzo più alto possibile per la vendita, sembra qualificare il vincolo di queste ultime come obbligazione di condotta, più che di risultato (artt. 38(3) e 39(1))⁵¹. Non solo: una volta intervenuta la cessione, eventuali surplus andranno a beneficio esclusivo degli acquirenti, nulla potendo i cedenti reclamare con riguardo a beni che sono trasferiti, per disposizione di legge, liberi da diritti dei precedenti titolari (art. 38(13) BRRD):

Simmetrici tra loro gli altri due strumenti che, al pari della cessione delle attività, danno luogo a trasferimenti coattivi di rami d'azienda, con la sola

⁴⁸ STANGHELLINI, *cit.*, p. 167; DE ALDISIO, *cit.*, p. 410.

⁴⁹ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, p. 762. V. *supra*, nota 28.

⁵⁰ Si tratta peraltro di misure sempre reversibili (art. 38(6) BRRD), cosicché il controllo delle autorità sul patrimonio della banca in risoluzione o dei suoi azionisti vale non solo in fase ablativa, ma anche con riguardo al potere di ristabilire unilateralmente la situazione quo ante.

⁵¹ In condizioni di rischio sistemico, la commercializzazione ad evidenza pubblica può peraltro essere esclusa: art. 39(3) BRRD).

differenza che in tal caso l'entità beneficiaria della cessione è un veicolo a controllo pubblico⁵²: l'ente-ponte (o *bridge bank* o *good bank*) ovvero, nel caso della separazione delle attività, il veicolo di gestione delle attività (o *bad bank*). Come indica la nomenclatura adottata dalla prassi, la differenza fondamentale tra i due istituti, per molti versi analoghi⁵³, risiede nel fatto che il trasferimento all'ente-ponte riguarda parti dell'azienda decotta la cui sopravvivenza è necessario o utile assicurare per un tempo relativamente circoscritto al fine di procedere a una cessione in blocco. Si tratta dei rami tendenzialmente *in bonis* o che comunque vantino una propria continuità e che, come tali, possono essere ceduti nel medio termine, sia pur non tanto rapidamente quanto una vendita dell'attività d'impresa richiederebbe. Non così invece per la *bad bank*, a cui sono trasferiti rami d'azienda di più problematica dismissione. Lo strumento dell'ente-ponte si presta altresì a salvaguardare la continuità degli elementi della banca che abbiano importanza sistemica e la cui operatività dev'essere pertanto assicurata. Ne discendono, tra le altre, alcune difformità di disciplina che è utile richiamare ai nostri fini.

Una prima differenza consiste nel fatto che solo con riferimento all'ente-ponte la legge dispone che le condizioni economiche del trasferimento siano tali da assicurare che il valore complessivo delle passività cedute non superi il valore delle attività: una limitazione che si comprende in base alla natura dello strumento in esame, incompatibile con la creazione di un soggetto avente, già alla nascita, patrimonio netto negativo (art. 40(3) BRRD).

Una seconda diversità di disciplina riguarda invece la necessità di combinare la separazione delle attività con almeno un altro strumento di risoluzione, al fine di impedire che gli investitori dell'ente in dissesto possano trarre vantaggio dal trasferimento degli elementi più problematici del bilancio (art. 37(5) e considerando 66 BRRD)⁵⁴. La previsione può accostarsi all'eventualità, espressamente ammessa, che il corrispettivo della cessione dei rami d'azienda alla *bad bank* sia simbolico o negativo (art. 42(6)), nonché alla possibilità che questo sia corrisposto mediante assegnazione, alla banca soggetta a risoluzione, di passività emesse dalla *bad bank* stessa (art. 42(7)): il ricorso a questa modalità di pagamento

⁵² Simmetricamente, non si è in presenza di una vendita dell'attività d'impresa se il cessionario è un ente-ponte (art. 38(1) BRRD).

⁵³ Ritengono che ente-ponte e bad bank potrebbero astrattamente essere assorbiti in un unico strumento di risoluzione J. ARMOUR ET AL., *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, p. 351.

⁵⁴ Per questa *ratio* della norma cfr. anche P. WEISMANN, *European Agencies and Risk Governance in EU Financial Market Law*, New York, 2016, p. 191.

permette di escludere in radice la possibilità che gli investitori della banca in risoluzione si avvantaggino – in danno dell'azionista di controllo del veicolo di gestione delle attività, ossia lo Stato o altro ente pubblico – della cessione dei rami d'azienda meno produttivi. La norma tende quindi ad escludere la possibilità di un *bail-out* indiretto.

Una terza differenza che discende dalla diversa qualità degli attivi trasferiti riguarda il fatto che i termini per la dismissione della *bridge bank* sono più stringenti di quelli applicabili alla *bad bank*. Il legislatore europeo ha infatti ritenuto che quest'ultimo strumento meglio si adattasse a crediti, o altri beni, di difficile realizzabilità immediata e che meglio possono offrire un ritorno economico una volta giunti a scadenza. Si tratta con tutta evidenza di un fenomeno non infrequente data la nota opacità dei bilanci bancari dal punto di vista della realizzabilità dei (singoli) crediti, ciò che rende assai difficoltoso individuare con certezza un prezzo di mercato. Per tale ragione, l'ente-ponte dev'essere ceduto nei due anni dall'ultima cessione da parte della banca soggetta a risoluzione, periodo prorogabile di un anno in casi eccezionali. Tali limiti non si applicano, invece, al veicolo di gestione delle attività⁵⁵.

6.2. *Il bail-in*

Il quarto e ultimo strumento di risoluzione, il *bail-in*, si distingue dagli altri perché il coinvolgimento dei diritti di proprietà degli investitori deriva non già da trasferimenti coattivi di beni dell'impresa, bensì da una (mera) ristrutturazione contabile del bilancio dell'ente in risoluzione. A ciò si procede per mezzo dell'azzeramento del valore degli strumenti finanziari o della loro conversione in fondi propri di qualità più elevata (e quindi postergati nell'ordine dei rimborsi), a seconda della loro collocazione originaria nella gerarchia del passivo e, naturalmente, dell'entità complessiva delle perdite. In tal senso, il *bail-in* può riprodurre la decurtazione nel valore dell'investimento che potenzialmente potrebbe aversi in conseguenza di una cessione degli attivi (vuoi in un procedimento di liquidazione coatta amministrativa, vuoi mediante il ricorso a uno o più degli altri tre strumenti di risoluzione), con la differenza che in tal caso ciò avviene in modo, per così dire, sintetico. Naturalmente, gli aspetti più critici dal punto di vista della tutela dei diritti di proprietà degli investitori riguardano la capacità, che l'assorbimento delle perdite tramite tale procedimento sintetico dovrebbe avere, di produrre per gli investitori esiti (se non più vantaggiosi,

⁵⁵ J. ARMOUR ET AL., *cit.*

quantomeno) non deteriori rispetto a quelli che si sarebbero avuti per mezzo di una liquidazione⁵⁶. Quest'ultima è infatti l'unica procedura in grado di quantificare senza incertezze il valore di mercato degli attivi in un dato momento e, per tale via, l'entità delle perdite da imputare agli investitori.

Gli effetti concreti della misura in esame – o dell'analoga misura della svalutazione o della conversione degli strumenti di capitale pertinenti – variano peraltro inevitabilmente a seconda del contesto in cui si collocano, pur agendo in ogni caso sulla patrimonializzazione e non, se non in via indiretta⁵⁷, sulla liquidità⁵⁸. Come anticipato, alla misura della svalutazione o della conversione può farsi ricorso anche al di fuori di una procedura di risoluzione (art. 59 BRRD). In corso di risoluzione, inoltre, il *bail-in* può essere adottato come strumento autonomo⁵⁹, al fine di ricapitalizzare la banca fino alla misura necessaria per la prosecuzione dell'attività in applicazione delle regole sui fondi propri⁶⁰, ovvero può essere impiegato in combinazione con altri strumenti: nel caso dell'ente-ponte, ciò può rendersi necessario al fine di dotare l'ente stesso di capitale sufficiente, attraverso la riduzione dell'indebitamento. Nel caso della *bad bank* e della vendita dell'attività d'impresa, si ritiene in dottrina che la svalutazione o la conversione contribuiscano a evitare che gli investitori possano trarre vantaggio da un eventuale supporto finanziario pubblico alla procedura di risoluzione⁶¹.

⁵⁶ Rileva come la privazione della possibilità di partecipare a una procedura concorsuale rappresenti il punto giuridicamente più problematico della procedura del *bail-in* R. LENER, *cit.*, p. 31, il quale giunge a ritenere che essa comprometta non solo la par condicio creditorum ma anche, pure in presenza di remote possibilità di recupero del credito, anche il principio del NCWO. Si tratta naturalmente di profili ancor più critici, data la mancanza di meritevolezza della stessa allocazione iniziale dei rischi, se immaginati con riferimento ad obbligazionisti che abbiano sottoscritto i titoli in violazione della disciplina sui servizi di investimento (art. 25-*bis* Tuf): ID., *Bail-in: Una questione di regole di condotta?*, Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio", in *Rivista diritto bancario*, dirittobancario.it, 2016, § 5.

⁵⁷ Benché il *bail-in* non incida direttamente sulla liquidità, esso può essere determinante per permettere il ricorso a nuove forme di finanziamento grazie al miglioramento della solidità dell'ente (CtEDU, 10 luglio 2012, App. no. 34940/19, Grainger and others v. United Kingdom, § 5).

⁵⁸ GLEESON, *cit.*, p. 16 ss., p. 24.

⁵⁹ Ciò può risultare indispensabile allorché l'eccessiva complessità dell'impresa bancaria – nonostante l'ausilio dei piani di risanamento e di risoluzione – impedisca di isolarne alcune parti al fine della creazione di una *bad bank* o di una *good bank* (GLEESON, *cit.*, p. 16).

⁶⁰ E, beninteso, solo allorquando tale risultato sia conseguibile in considerazione dell'entità delle perdite subite dalla banca, dovendo altrimenti il *bail-in* accompagnarsi ad altri strumenti di risoluzione (art. 43(3) BRRD).

⁶¹ ARMOUR et al., *cit.*, p. 362.

Ai fini di quanto si dirà con riguardo alla giurisprudenza delle corti internazionali in materia di tutela dei diritti di proprietà, conviene rammentare che la BRRD stabilisce alcuni criteri assai rilevanti con riguardo alla distribuzione delle perdite in occasione della svalutazione e della conversione degli strumenti finanziari (sia all'interno sia all'esterno del *bail-in*, al quale si farà riferimento in seguito per mera brevità, ove non diversamente specificato), distribuzione che tendenzialmente⁶² segue, naturalmente in ordine inverso, la gerarchia delle priorità di rimborso (art. 60 BRRD). Per quanto riguarda gli azionisti, si prevede che questi debbano in linea di principio vedere azzerata la propria partecipazione, ciò che può avvenire per riduzione del valore o per trasferimento delle azioni ai creditori i cui diritti siano convertiti in partecipazioni azionarie (le due modalità sono finanziariamente equivalenti⁶³). A tale regola fondamentale si deroga, com'è logico, allorché il patrimonio netto dell'ente in risoluzione abbia valore positivo, poiché in tal caso l'azzeramento del valore residuo dell'investimento degli azionisti risulterebbe in una ingiustificata espropriazione⁶⁴. In tale ipotesi, peraltro, la BRRD impone una severa diluizione degli azionisti (art. 47(1)(b)), con una previsione la cui *ratio* ha suscitato dubbi in dottrina⁶⁵ ma che pare dettata, a torto o a ragione, dalla necessità di evitare che la necessaria tutela dei soci non si spinga fino a conferire loro indebiti vantaggi: ciò accadrebbe infatti allorché l'accresciuta patrimonializzazione dell'ente derivante dalla conversione del debito in capitale si riflettesse, com'è lecito attendersi, in un maggior valore unitario delle partecipazioni azionarie⁶⁶. È infatti opportuno che tale accresciuto valore sia compensato da una più intensa diluizione dei preesistenti azionisti e – ciò che è lo stesso – in una più ampia partecipazione dei creditori ora divenuti (per tutti i loro crediti

⁶² V. per alcune limitazioni la nt. 31.

⁶³ La riduzione del valore può essere motivata da eventuali restrizioni di diritto societario al trasferimento o dalla particolare natura di alcuni diritti amministrativi che non si ritenga opportuno cedere ai creditori convertiti. Viceversa, il trasferimento può rendersi più opportuno per le banche quotate, qualora si voglia evitare di dover ammettere nuove azioni a quotazione: v. EBA, *Draft Guidelines on the treatment of shareholders in bail-in or the write-down and conversion of capital instruments*, EBA/CP/2014/40, 11 novembre 2014, p. 11 ss.

⁶⁴ Ciò che a sua volta lederebbe il principio del “*no creditor worse off*” (EBA, *Draft Guidelines*, EBA/CP/2014/40, *cit.*, 5).

⁶⁵ Per tutti PRESTI, *cit.*, p. 352.

⁶⁶ Correttamente A. CAPIZZI – S. CAPIELLO, *Prime considerazioni sullo strumento del bail-in: la conversione forzata di debito in capitale*, Atti del convegno “Orizzonti del Diritto commerciale”, 2014, p. 9. Si tratta, in effetti, di un fenomeno non diverso – naturalmente: se osservato dal punto di vista degli azionisti – da quello che caratterizza un intervento pubblico di ricapitalizzazione senza previa riduzione (o, se del caso, azzeramento) del valore delle azioni.

o per parte di essi) soci:⁶⁷ in termini finanziari, può descriversi tale maggior diluizione degli azionisti preesistenti come il corrispettivo di un'opzione put sulle azioni della banca coattivamente ceduta da parte dei soci entranti⁶⁸. Le prime esperienze pratiche di condivisione degli oneri della ristrutturazione (*burden sharing*), pur in assenza di una procedura di risoluzione, hanno infatti evidenziato il rischio che misure di conversione del debito possano determinare benefici iniqui a vantaggio dei precedenti azionisti, in danno dei titolari di obbligazioni subordinate convertite⁶⁹.

Naturalmente, la posizione degli azionisti è soggetta a valutazioni particolarmente discrezionali da parte dell'autorità competente allorché il patrimonio netto nullo o negativo sia rivelato dalla sola valutazione preliminarmente svolta ai fini della tutela del principio del NCWO, dato che tale valutazione si svolge con criteri di liquidazione (art. 36(8) BRRD). È infatti possibile che in tal caso le altre valutazioni preliminari, condotte come detto nella prospettiva della continuazione dell'attività (art. 36(1)), indichino un patrimonio netto positivo, per quanto in ipotesi inferiore al minimo regolamentare necessario alla continuazione dell'attività. In tal caso, l'EBA ritiene – pur con valutazioni non ancora definitive⁷⁰ – che l'autorità di risoluzione possa stabilire, in base alle circostanze concrete, se procedere alla cancellazione (o al trasferimento) integrale oppure parziale delle azioni ovvero, infine, alla mera diluizione. Benché alla luce delle risultanze della valutazione di liquidazione il principio del NCWO sia per definizione rispettato qualunque sia il trattamento destinato agli azionisti, è evidente che le determinazioni dell'autorità di risoluzione incidono pesantemente

⁶⁷ È infatti possibile che, al momento della risoluzione, il patrimonio netto abbia valore positivo ma che problemi di liquidità impediscano di operare in continuità aziendale o comunque diano luogo a un rischio di dissesto: in questo caso, in assenza di interventi che vadano al di là delle ordinarie operazioni di rifinanziamento presso la banca centrale, anche il valore degli attivi sarebbe destinato a ridursi in un contesto di *fire sales* (una situazione di questo tipo si verificò nel caso Northern Rock: v. la ricostruzione in fatto datane in CtEDU, Grainger, *cit.*).

⁶⁸ A differenza di quanto accade nel contesto di un normale aumento di capitale, infatti, in questo caso i soci entranti diventano tali obbligatoriamente e non in virtù di una propria valutazione di convenienza, ciò che può rendere la mera diluizione insufficiente a compensare il danno (STANGHELLINI, *cit.*, p. 150, p. 172).

⁶⁹ L. CODOGNO, *Gli obbligazionisti e il peso del burden sharing*, Il Sole 24 ore, 3 gennaio 2017, p. 4. Naturalmente, compensare con fondi pubblici il danno subito dai titolari di obbligazioni subordinate convertite che abbiano implicitamente sovvenzionato i precedenti azionisti non azzerebbe non solo i principi della BRRD, ma anche le ordinarie priorità nel rimborso degli strumenti finanziari (M. ESPOSITO, *I miliardi fantasma del salvarisparmio*, in *La Repubblica – Affari & Finanza*, 27 marzo 2017, p. 10).

⁷⁰ EBA, *Draft Guidelines*, EBA/CP/2014/40, *cit.*

sulla distribuzione tra i diversi *stakeholder* del *surplus* che la procedura del *bail-in* è in grado di generare.

Problemi di allocazione delle perdite analoghi a quelli rilevati per gli azionisti si verificano, naturalmente, anche tra creditori. Il principio generale che permette alle autorità di applicare rapporti di conversione differenti a classi diverse di (strumenti di capitale e di) passività (art. 50 BRRD) assume in tal caso particolare rilevanza in ragione della particolare articolazione delle classi di debito che caratterizza i bilanci bancari soprattutto in periodi di crisi.⁷¹ La diversificazione dei tassi di conversione può contribuire a compensare i creditori per le perdite subite e, se adeguatamente graduata tra le diverse classi di strumenti finanziari in ragione della priorità dei diritti, permette di riflettere tali priorità garantendo una minore penalizzazione ai titolari di pretese che dovrebbero essere soddisfatte in via preferenziale. Sul punto, l'EBA rileva come la determinazione di tassi di conversione differenziati per una o più classi di strumenti finanziari possa rendersi talora utile a consentire un diverso trattamento per classi di strumenti finanziari tra loro diverse per livello di subordinazione⁷². Si pensi al caso in cui la conversione di titoli Additional Tier 1 (artt. 51 e 52 CRR) che faccia seguito all'azzeramento del valore delle azioni (CET 1 *ex art.* 26 CRR) non sia sufficiente a ripristinare i requisiti minimi di patrimonializzazione⁷³, consentendo ad esempio di raggiungere – in seguito al totale assorbimento delle perdite – un requisito CET 1 pari al solo 2 % del valore ponderato degli attivi. Si renderebbe a quel punto necessaria la conversione di titoli Tier 2 ed eventualmente di crediti precedentemente non ammissibili ai fini del calcolo dei requisiti prudenziali. È chiaro che assegnare il medesimo tasso di conversione ai titoli Additional Tier 1, ai titoli Tier 2 e alla (in ipotesi unica, per semplicità) ulteriore categoria di obbligazioni che necessita di essere convertita per ricostituire i fondi propri avvantaggerebbe i precedenti titolari di strumenti finanziari più *junior* (per loro natura più rischiosi e quindi di qualità più elevata dal punto di vista della maggiore capacità di assorbire le perdite): trattare allo stesso modo i precedenti titolari di tutti i titoli convertiti allorché infatti la riduzione di valore degli strumenti finanziari indipendentemente dalla priorità dei medesimi, dando luogo a perdite proporzionalmente maggiori – s'intende: se paragonate al *ranking* dei titoli pre-conversione – ai creditori più *senior*.

⁷¹ M. FLANNERY ET AL., *The 2007–2009 financial crisis and bank opaqueness*, in *Journal of Financial Intermediation*, 2013, p. 55 ss., ove ulteriori riferimenti.

⁷² EBA, *Draft Guidelines on the rate of conversion of debt into equity in bail-in*, EBA/CP/2014/39, 11 novembre 2014, p. 11.

⁷³ V. art. 2 Reg. (UE) 2016/1450.

Secondo l'EBA, la valutazione circa l'entità della compensazione da destinare, in termini di incremento nel rapporto di conversione, ai creditori più *senior* appartiene alla valutazione discrezionale delle autorità di risoluzione, le quali ben potrebbero adottare – se ben s'intende il pensiero dell'EBA – un unico rapporto⁷⁴: per quanto ciò determini riallocazioni del valore economico a vantaggio di talune classi di creditori e a danno di altre, la soluzione è stata considerata efficiente da parte della dottrina per la sua capacità di ridurre il rischio di contenzioso, in quanto in grado di evitare l'assegnazione di veri e propri diritti, come tali soggetti a impugnativa⁷⁵. Altri autori ritengono invece che l'allocatione dei titoli CET 1 debba riflettere l'ordine delle priorità di rimborso che si avrebbe in caso di insolvenza⁷⁶: una soluzione, quest'ultima, sicuramente di più difficile attuazione ma forse più conforme alla necessità – non irrilevante dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali: par. 10 – di evitare trasferimenti indebiti di ricchezza tra diverse classi di creditori.

Certo è, invece, che la definizione di diversi rapporti di conversione si può talora rendere necessaria ad evitare la violazione del NCWO: ciò accade quando alcuni creditori aventi priorità pari ai titolari di tali strumenti finanziari siano esclusi dalla conversione (o dalla riduzione di valore) in conformità all'art. 44(2) e (3) BRRD⁷⁷. In quest'ultimo caso, come anticipato, il più ampio margine di discrezionalità concesso all'autorità di risoluzione risiede nella possibilità di discriminare tra passività ai fini dell'inclusione nel *bail-in*. Come noto, la BRRD definisce infatti *ex lege* un'area di esclusione dalla conversione o dalla svalutazione delle passività (art. 44(2)), salvo poi affiancare a questa una seconda area di esenzione i cui confini possono essere determinati in via amministrativa di volta in volta (art. 44(3)). Quanto sopra indicato con riguardo all'allocatione delle perdite tra diverse classi di strumenti finanziari rende evidente l'importanza di entrambi gli ambiti richiamati. È quindi sufficiente rammentare, senza pretese di completezza, che tra le esclusioni stabilite dalla BRRD in via automatica rientrano, oltre ai depositi garantiti dai sistemi di garanzia (dir. 2014/49/UE) e ai debiti verso i sistemi di garanzia stessi, le passività a breve termine (aventi scadenza originaria inferiore ai sette giorni) senza distinzione tra creditori nonché quelle con vita residua di breve termine (pur se con durata originaria superiore) nei confronti dei sistemi di pagamento

⁷⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁵ A. CAPIZZI – S. CAPPIELLO, *cit.*, p. 13 ss.

⁷⁶ CAHN – KENADJIAN, *cit.*, p. 240.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 5.

e di regolamento titoli o dei loro partecipanti⁷⁸. Restano poi esclusi i debiti verso dipendenti (salvo che per la remunerazione variabili degli esponenti aziendali) e verso fornitori, nel secondo caso allorché questi si riferiscano a servizi essenziali la cui continuità non può essere compromessa. Al contempo, le autorità di risoluzione possono escludere dal *bail-in* le passività che, se ridotte di valore o convertite, darebbero esiti subottimali in uno dei casi previsti dalla BRRD (art. 44(3)). Tra questi, basti rammentare i depositi, pur sopra la soglia di garanzia, detenuti da persone fisiche o piccole e medie imprese allorché una decurtazione possa perturbare significativamente l'economia di uno Stato⁷⁹.

Infine, è chiaro che il *bail-in* porterebbe a benefici limitati in termini di riduzione dell'intervento pubblico se l'ente da porre in risoluzione non disponesse di passività sottoponibili a conversione o riduzione del valore in misura sufficiente ad assorbire un rilevante ammontare di perdite. È per tale motivo che la BRRD stabilisce, per le banche, l'obbligo di detenere un ammontare minimo di fondi propri e di passività c.d. "ammissibili" (*minimum requirement for own funds and eligible liabilities* – MREL⁸⁰), in tal modo limitando la prevedibile tendenza a finanziarsi per quanto possibile attraverso passività non soggette a *bail-in* (art. 45(1) BRRD). Benché alcuni criteri di massima siano definiti dalla BRRD stessa e poi specificati in apposite norme tecniche di regolamentazione, la definizione dei requisiti in esame avviene per ciascuna banca su base individuale, con deliberazione amministrativa dell'autorità di risoluzione basata anche su aspetti specifici dell'ente interessato (tra cui ad esempio il suo modello di *business* e il suo profilo di rischio, anche sistemico: art. 45(6) BRRD⁸¹⁸²).

⁷⁸ Entrambe le discriminazioni relative alle passività a breve sono dirette a favorire il credito interbancario al fine di evitare effetti sistemici.

⁷⁹ Una limitazione, quella basata sulla natura o la dimensione del depositante, forse comprensibile in un'ottica di fattibilità politica, ma che appare in parte contraddire la ratio che la stessa norma indica: si pensi alle conseguenze derivanti dall'impossibilità per una grande impresa di corrispondere la remunerazione di parte dei propri dipendenti, fatta salva un'auspicabile differenziazione che essa abbia ritenuto di dover applicare ai propri depositi bancari. Queste esigenze possono forse trovare protezione in una delle restanti fattispecie previste dalla BRRD, inclusa l'ipotesi in cui l'inclusione di alcune passività nel *bail-in* determinerebbe un aumento delle perdite subite dagli altri creditori.

⁸⁰ Sono pertanto escluse dal calcolo non solo le passività senz'altro esonerate dal *bail-in* ai sensi di legge, ma anche quelle che potrebbero ragionevolmente esserlo con decisione assunta nel caso specifico (art. 3, Regolamento (UE) 2016/1450).

⁸¹ V. anche art. 4 Reg. (UE) 2016/1450.

⁸² La proposta di modifica alla BRRD ancora in discussione nel momento in cui si scrive contiene alcune novelle dirette ad adeguare il calcolo delle MREL agli standard internazionali definiti dal *Financial Stability Board* (*total loss-absorbing capacity* – TLAC; *supra*

Le regole applicabili stabiliscono che in linea di principio i requisiti debbano corrispondere a quelli stabili dall'autorità di vigilanza prudenziale, ma l'autorità di risoluzione può discostarsene – accrescendo o riducendo il parametro – quando richiesto dalle caratteristiche dell'ente interessato o del suo gruppo.⁸³ Sono chiare, a questo punto dell'analisi, le implicazioni che derivano da questa disciplina quanto alla capacità delle autorità di risoluzione di influenzare un elemento essenziale dell'attività d'impresa quale la struttura delle fonti di finanziamento di quest'ultima.

7. Rimedi giurisdizionali

La BRRD impone agli Stati membri di riconoscere a tutti coloro che siano interessati da una decisione dell'autorità di risoluzione il diritto di ricorrere, avverso quest'ultima, all'autorità giudiziaria⁸⁴. Nel caso in cui la decisione sia una misura di gestione delle crisi, si stabilisce che il ricorso debba essere presentato in tempi rapidi e non possa avere effetto sospensivo automatico: si prevede anzi che una sospensione stabilita dal giudice debba vincere la presunzione circa il fatto che essa sarebbe contraria all'interesse pubblico (art. 85(4) BRRD). Ciò che più interessa ai nostri fini, si stabilisce altresì che il giudice debba fare affidamento, nel condurre il proprio scrutinio, sulle valutazioni economiche complesse dei fatti che la medesima autorità di risoluzione ha adottato nell'assumere le proprie decisioni (art. 85(3) BRRD). Garantisce l'applicazione sostanziale di tale previsione l'impossibilità di impugnare in via autonoma le valutazioni contabili sopra rammentate (par. 5), con la sola eccezione della valutazione svolta *ex post*, al termine della procedura di risoluzione, al fine di verificare il rispetto del principio NCWO (art. 36(13) e considerando 51 BRRD).

La resilienza delle determinazioni dell'autorità di risoluzione è accresciuta anche dall'esclusione dei rimedi demolitori nel caso in cui sia necessario tutelare gli interessi dei terzi acquirenti di buona fede: in tal caso, si dà luogo solo alla sola tutela risarcitoria a vantaggio del ricorrente che prevalga in giudizio (art. 85(4) BRRD). L'importanza dell'esclusione di tutele demolitorie nel contesto della BRRD è tale che essa si estende anche agli

nota 6): v. Commissione europea, Proposal for a Directive, (COM(2016) 852 final), cit. Sulle differenze tra MREL e TLAC cfr. LAMANDINI – RAMOS MUÑOZ, *cit.*, p. 541 ss.

⁸³ Art. 1(5)(a) e (b) Reg. (UE) 2016/1450.

⁸⁴ È anche prevista la possibilità di stabilire, in alternativa, una valutazione preventiva da parte dell'autorità giudiziaria (art. 85(1) BRRD).

Stati membri diversi da quello competente per la gestione della risoluzione e copre, pertanto, anche le conseguenze civilistiche che in tali Stati si producano in conformità alla legislazione applicabile secondo il diritto internazionale privato (art. 66(1) e (2))⁸⁵: è infatti impedito a coloro – azionisti, creditori, proprietari – che si ritengano lesi dall’esercizio di uno di tali poteri da parte di un’autorità di un altro Stato di contestarne gli effetti in punto di efficacia del trasferimento di diritti (art. 66(3) e (5) BRRD). Ne consegue che la tutela delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte non possa che passare attraverso la contestazione, a monte e nel paese di origine, dei criteri di esercizio del potere medesimo, ai sensi e con i limiti del già rammentato art. 85(2) BRRD.

Nel contesto del SRM, la giurisdizione sulle impugnazioni avverso le decisioni del già ricordato Comitato unico di risoluzione (*Single Resolution Board* – SRB) spettano, naturalmente, alla CGUE (art. 86 Reg. SRM). Con riguardo a talune materie, tuttavia, l’accesso alla Corte è consentito solo a coloro che abbiano preventivamente adito, risultando soccombenti, l’apposita Commissione per i ricorsi istituita presso il SRB (art. 85 Reg. SRM)⁸⁶. Quest’organo, costituito da soggetti dotati di particolari requisiti di professionalità e indipendenza, svolge quindi una funzione di filtro quasi-giurisdizionale, in linea con una tendenza a istituire organi di revisione interna alle agenzie dell’Unione europea che si è andata rafforzando negli ultimi anni⁸⁷. Le materie su cui il Comitato ha competenza includono, tra le altre, la rimozione degli impedimenti alla possibilità di risoluzione evidenziati dai relativi piani, la definizione dell’ammontare minimo di fondi propri e passibilità ammissibili (MREL) e le sanzioni irrogate dal SRB⁸⁸. Per tali materie, il preventivo ricorso al Comitato rappresenta una condizione di procedibilità per l’accesso alla Corte (art. 263(5) TFUE). Non rientrano nella competenza del Comitato, invece, le impugnazioni

⁸⁵ Per un’analisi M. LEHMAN, *Bail-in and Private International Law: How to Make Bank Resolution Measures Effective Across Borders*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, § B3a.

⁸⁶ In materia v. LAMANDINI – RAMOS MUÑOZ, *cit.*, p. 238.

⁸⁷ Per un’analisi dell’analogo modello seguito dalle autorità di supervisione finanziaria europee (ESAs) si rinvia a M. GARGANTINI, *La registrazione delle agenzie di rating. La decisione della Commissione di ricorso delle Autorità europee di vigilanza finanziaria nel caso Global Private Rating Company “Standard Rating” Ltd c. Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (10 gennaio 2014)*, in *Rivista di diritto societario*, 2014, p. 416 ss. In generale P. CHIRULLI – L. DE LUCIA, *Specialised Adjudication in EU Administrative Law: The Boards of Appeal of EU Agencies*, in *European Law Review*, 2015, p. 832 ss.

⁸⁸ G. SCIASCIA, *Unione bancaria – La revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in *Banca impr. soc.*, 2015, p. 376.

relative alla sussistenza dei presupposti della risoluzione e alle modalità di svolgimento della relativa procedura: qualora si ritengano lesi nei propri diritti da una decisione attinente a tali ambiti, i soggetti interessati possono quindi ricorrere direttamente alla CGUE.

Parte II – Risanamento, risoluzione e diritti fondamentali

8. *Procedure di risoluzione bancaria e diritti fondamentali: spunti preliminari*

La seconda parte del presente lavoro esaminerà alcuni aspetti della disciplina dei diritti fondamentali ai sensi della CEDU (e in minor misura della CDF) particolarmente rilevanti per il risanamento e la risoluzione delle banche. Il rapporto tra i due ambiti è inevitabilmente ambiguo: da un lato, è evidente come molte tra le misure rammentate nella prima parte del lavoro possano dar luogo a restrizioni nel godimento di diritti fondamentali; dall'altro, le disposizioni della BRRD riflettono spesso l'esigenza di contenere quanto più possibile tali restrizioni. Ciò non solo per un'ovvia necessità di rispetto della gerarchia delle fonti normative, ma anche perché una compressione eccessiva delle posizioni giuridiche soggettive di azionisti e creditori in fase di risanamento e risoluzione non potrebbe che rivelarsi controproducente a causa dei disincentivi che si verrebbero a determinare, *ex ante*, per i potenziali investitori.

Il contesto di tale conflitto è stabilito, per la disciplina europea, dal ricordato art. 52(1) CDF, ove si stabilisce che la legge possa prevedere, laddove necessario, limitazioni all'esercizio dei diritti previsti dalla medesima CDF quando vi siano finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione (quale ad esempio la stabilità del sistema finanziario), purché il contenuto essenziale dei diritti fondamentali sia pur sempre rispettato e la restrizione sia conforme al principio di proporzionalità. Se il vincolo di necessità impedisce di stabilire una restrizione ai diritti fondamentali allorché il medesimo obiettivo – e in particolare la tutela dell'interesse generale – sia raggiungibile con altri mezzi meno invasivi, il principio di proporzionalità impone di evitare una restrizione quando, pur essendo questo l'unico mezzo per garantire l'interesse generale, l'entità della limitazione darebbe luogo a benefici non sufficienti a giustificarla⁸⁹. Molti tra i requisiti sopra rammentati

⁸⁹ S. PEERS ET AL., *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014,

per l'avvio e la conduzione di un procedimento di risoluzione sono diretti a rispondere a tali criteri: il considerando 49 BRRD, richiamando l'art. 52 CDF, rammenta tra gli altri la necessità che vi sia almeno un rischio di dissesto e l'assenza di soggetti privati disposti a investire.

Come noto, l'Unione europea non è direttamente vincolata dalla CEDU, ma i limiti posti da quest'ultima e dai suoi protocolli, così come interpretati dalla CtEDU, rilevano sia perché alla CEDU sono comunque soggetti i paesi membri dell'UE anche quando questi recepiscono norme europee, sia perché i diritti stabiliti dalla CDF, qualora corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, hanno per espressa previsione normativa significato e portata almeno pari a quelli dei diritti conferiti dalla CEDU stessa (art. 5(3) CDF). Nel caso della CEDU, non esiste una previsione di carattere generale sulle restrizioni ammissibili dei diritti fondamentali, ma ciascuna disposizione stabilisce i termini in cui il diritto da essa stabilito può essere soggetto a compressioni⁹⁰. Anche nel contesto della giurisprudenza CtEDU, le limitazioni ai diritti fondamentali sono soggette a un controllo di necessità, adeguatezza e proporzionalità, per loro natura difficili da declinare in termini univoci⁹¹.

In questa sede, l'analisi sarà limitata all'impatto delle procedure di risoluzione sulla tutela del diritto di proprietà (art. 1 Primo Protocollo addizionale CEDU e art. 17 CDF) e del diritto a un equo processo (art. 6 CEDU e art. 47(2) CDF), quest'ultimo naturalmente applicabile anche quando sia richiesta la protezione, mediante ricorso ad un organo giurisdizionale, dei diritti fondamentali (art. 13 CEDU e art. 47(1) CDF). La tutela del diritto di proprietà nel sistema CEDU comprende, per la giurisprudenza CtEDU in materia di crisi bancarie⁹², anche la libertà d'impresa, oggetto di separata tutela nel contesto della CDF (art. 16)⁹³. Rilevante ai fini della libertà d'impresa svolta in forma societaria è talvolta ritenuta anche la libertà di associazione, benché la sua applicabilità ad iniziative meramente economiche sia talora discussa in dottrina⁹⁴. Diritto

p. 1470 ss., p. 1480 ss., nello specifico contesto del diritto di proprietà, p. 481 ss.

⁹⁰ EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Bruxelles, 2006, p. 397 ss.; PEERS (a cura di), *cit.*, p. 1462 ss.

⁹¹ Per un'analisi critica delle difficoltà S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, p. 468 ss.

⁹² CtEDU, 24 novembre 2005, App. no 49429/99, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, § 130; Id., 21 ottobre 2003, App. no. 29010/95, *Credit and Industrial Bank v. Czech Republic*, (avente a oggetto un caso di amministrazione straordinaria).

⁹³ PEERS ET AL. (a cura di), *cit.*, p. 474 ss.

⁹⁴ In senso favorevole G. CARRARO, *Società di capitali e diritto dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 218, p. 230, il quale richiama anche l'opinione contraria di N. ABRIANI, *La*

di proprietà e diritto all'equo processo sono peraltro intimamente connessi: poiché le limitazioni al primo possono avvenire solo in base ad atti aventi forza di legge (art. 1 Primo Protocollo), deve logicamente esistere, in ciascuno stato aderente, un sistema che permetta di ottenere tutela nel caso in cui vi sia una lesione del diritto non fondata sulla legge⁹⁵.

Nel prosieguo dell'analisi, si dedicherà maggiore attenzione alla giurisprudenza CtEDU, dato il numero più ampio di circostanze in cui quest'ultima si è espressa sui temi in esame⁹⁶. Non si valuteranno, invece, gli aspetti relativi all'applicabilità della BRRD a strumenti finanziari già emessi alla data della sua entrata in vigore, a dispetto della rilevanza che questi hanno assunto nel dibattito nazionale⁹⁷. Un'impostazione rigorosa⁹⁸ di tale questione richiederebbe infatti di analizzare compiutamente diversi fattori, in parte di carattere meta-giuridico. Tra questi, a titolo esemplificativo: il valore che si doveva attribuire sotto il profilo legale, prima della data di applicabilità della BRRD, ad aspettative di intervento statale nei salvataggi bancari non supportate da garanzie esplicite; l'effettivo danno generato dalla BRRD con riferimento ad investimenti in banche aventi sede in Stati privi di stabilità di bilancio sufficiente a sostanziare, sotto il profilo economico, l'aspettativa implicita di un salvataggio; il valore da attribuire alle aspettative, nuovamente di carattere evidentemente implicito, di risoluzione delle crisi attraverso interventi diretti o indiretti di altre banche, vuoi individualmente⁹⁹ vuoi mediante operazioni che si è soliti definire "di sistema"; l'imputabilità delle difficoltà nella gestione delle crisi alla BRRD oppure al diverso, sia pur connesso, principio del *burden sharing*, il quale trova la propria fonte nel diritto della concorrenza e degli aiuti di stato. Si tratta di temi evidentemente non affrontabili in questa sede.

proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna, in *Giur. it.*, 2010, p. 2230.

⁹⁵ CtEDU, *Capital Bank AD*, *cit.*, §§ 134-5.

⁹⁶ Ritengono peraltro che il sindacato della CGUE sui profili indicati nel testo tenderà a rivelarsi particolarmente blando M. LAMANDINI ET AL., *The ECB Powers as a Catalyst for Change in EU Law (Part II). SSM, SRM and Fundamental Rights*, di prossima pubblicazione in *Columbia Journal of European Law*, p. 10 del manoscritto consultato per gentile concessione degli Autori; cfr. anche Eid., *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, Banca d'Italia, 2015, p. 56.

⁹⁷ V. le critiche nell'Intervento del Governatore della Banca d'Italia al 22° Congresso ASSIOM Forex, Torino, 30 gennaio 2016, p. 8 ss., e nel Discorso del Presidente della Consob al mercato finanziario, 8 maggio 2017, 8.

⁹⁸ Quale quella adottata ad esempio da GLEESON, *cit.*, 9.

⁹⁹ V. *supra*, nota 49 e testo relativo.

9. Tutela della proprietà nelle convenzioni internazionali: ambito di applicazione

È ormai un dato da tempo acquisito alla giurisprudenza della CtEDU il fatto che la tutela del diritto di proprietà assicurata dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale CEDU offra protezione a uno spettro piuttosto ampio di situazioni giuridiche soggettive¹⁰⁰. Essa è infatti idonea a includere non solo i beni mobili o immobili più tradizionali, ma anche i beni c.d. “di secondo grado” quali gli strumenti finanziari¹⁰¹, privi di una consistenza materiale significativa e dotati di valore in ragione dell'aspettativa, tutelata *ex lege*, di flussi finanziari futuri (eventualmente traducibili in un valore di scambio allorché questi siano oggetto di negoziazione). Così, nel caso *Offerhaus and Offerhaus*¹⁰² la CtEDU ha affermato la protezione, ai sensi della Convenzione, del diritto di proprietà relativo ad azioni di una società. Ciò che ancor più rileva ai nostri fini, la protezione della proprietà sugli strumenti finanziari si estende non solo agli atti ablativi, ma pure alle operazioni straordinarie sul capitale. La tutela degli strumenti finanziari si spinge talora, in questo contesto, anche al di là di una protezione, per così dire, “derivata”, ossia riferita alla necessità di assicurare la possibilità di accedere a flussi finanziari futuri, poiché essa riguarda anche direttamente i diritti di natura amministrativa che contribuiscono a comporre il fascio delle posizioni giuridiche soggettive costitutivo delle azioni: ciò in quanto, nella giurisprudenza della CtEDU, “l'azione emessa da una società è un bene complesso. Essa certifica che il portatore detiene una quota della società insieme ai corrispondenti diritti. Questa non è solo una posizione giuridica indiretta sull'attivo sociale; al contrario, anche altri diritti, in particolare i

¹⁰⁰ In termini analoghi la giurisprudenza CGUE: PEERS ET AL. (a cura di), *cit.*, p. 472.

¹⁰¹ Il valore degli strumenti finanziari costituisce infatti “sempre una grandezza derivata che dipende da quello del patrimonio dell'impresa” gestita dal loro emittente: G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corriere giur.*, 2015, p. 1492. In senso analogo una ormai consolidata giurisprudenza CtEDU (v. ad es. CtEDU, 7 novembre 2002, App. no. 30417/96, *Olczak v. Poland*, §§57-60). Cfr anche CARRARO, *cit.*, p. 209, il quale richiama altresì la protezione offerta all'avviamento commerciale.

¹⁰² CtEDU, 16 gennaio 2001, App. n. 35730/97 *Offerhaus and Offerhaus v. the Netherlands* (ricorso dichiarato inammissibile per manifesta infondatezza). La domanda si riferiva a una cessione coattiva in esito a un'offerta pubblica di acquisto che aveva raggiunto la partecipazione a tal fine richiesta dalla legge (c.d. *squeeze out*). La decisione riconobbe che nel caso di specie la disciplina applicabile assicurava il rispetto della disciplina CEDU, anche considerando che il giudice nazionale aveva fatto riferimento alla media dei prezzi ufficiali di negoziazione dei titoli oggetto del trasferimento obbligatorio.

diritti di voto e il diritto di incidere sulla gestione della società, possono accompagnare l'azione"¹⁰³. Nella sentenza *Sovtransavto*, questo principio ha determinato l'applicabilità dell'art. 1 Primo Protocollo CEDU a un'ipotesi in cui l'aumento del capitale sociale, deliberato senza l'approvazione dell'assemblea, aveva determinato la diluizione della quota dell'ex socio di controllo, che si era visto ridurre la partecipazione fino alla perdita del potere di determinare le politiche gestionali della società.¹⁰⁴

Il tema è stato recentemente affrontato in termini non dissimili, proprio nel contesto delle risoluzioni bancarie, anche dalla CGUE, con particolare riguardo agli elementi procedurali che la nuova seconda direttiva societaria prevede per le modifiche al capitale. La sentenza resa nel caso *Kotnik*, infatti, ha affrontato il tema della privazione del diritto di voto degli azionisti tanto per l'abbattimento del capitale in caso di perdite quanto per il suo aumento diretto a ricapitalizzare l'ente in condizioni critiche (v. artt. 29, 34, 35, 40, 41 e 42 dir. 2012/30/UE). La Corte ha stabilito¹⁰⁵ che la Comunicazione della Commissione europea in materia di *burden sharing* non comporta una violazione dei diritti degli investitori stabiliti dalla dir. 2012/30/UE dato che, da un lato, essa non impone di per sé la disapplicazione di quei diritti – cosicché nulla impedisce che misure di assorbimento delle perdite mediante riduzione di valore o conversione dei titoli sia approvata dall'assemblea dei soci (ed eventualmente, deve intendersi, dall'organizzazione dei titolari di obbligazioni subordinate o di altri creditori) – e, dall'altro, quegli stessi diritti sono disapplicati dall'art. 123 BRRD, il quale consente di apportare variazioni (reali e nominali) al capitale dell'ente in dissesto senza il consenso dell'assemblea. Proprio la perdita, nella BRRD, del carattere di assolutezza che la seconda direttiva societaria riserva all'assemblea induce la Corte a ritenere superato il proprio orientamento precedente, manifestato nel caso *Pafitis*¹⁰⁶, secondo il quale la deliberazione in via amministrativa di un aumento di capitale relativo a una banca in situazione di crisi doveva considerarsi una violazione dei diritti del socio stabiliti dalla medesima seconda direttiva.

Il ragionamento della Corte, che a tratti sembra sfiorare la circolarità,

¹⁰³ CtEDU, 11 dicembre 1986, App. n. 11189/84, *Company S. and T. v. Sweden*, § 2 (traduzione dell'autore).

¹⁰⁴ CtEDU, 25 luglio 2002, App. n. 48553/99, *Sovtransavto v. Ukraine* (l'aumento di capitale – apparentemente, con esclusione del diritto di opzione – era stato deliberato mediante atto amministrativo ed aveva dato luogo alla perdita del controllo di un socio russo su una società ucraina).

¹⁰⁵ CGUE, 30 settembre 2016, C-526/14, *Kotnik*, §§ 72, 84 e 93.

¹⁰⁶ CGUE, 12 marzo 1996, C-441/93, *Pafitis*.

indurrebbe quindi a domandarsi se una violazione dei diritti fondamentali del socio non debba essere rintracciata proprio nell'art. 123 BRRD, ma la Corte non si spinge a considerare espressamente il punto¹⁰⁷. Se è vero che la Corte sembra svalutare l'assolutezza della tutela di diritti dell'assemblea nel nuovo contesto istituzionale dell'Unione europea, in cui la progressiva integrazione dei sistemi economici nazionali impone deviazioni dalla tutela degli investitori allorché ciò si renda necessario per esigenze di protezione dal rischio di shock sistemici¹⁰⁸, è vero anche che il tema della potenziale violazione della tutela del diritto di proprietà è affrontato, nella sentenza *Kotnik*, solo sotto il profilo – come visto, più tradizionale – della conservazione del valore economico della partecipazione. Secondo la Corte, infatti, non può ritenersi che la Comunicazione sul *burden sharing* violi i diritti di azionisti e creditori subordinati, dato che l'eventuale mancata concessione dell'aiuto di stato non determina un "pregiudizio che questi ultimi, in caso di procedura di fallimento conseguente alla mancata concessione di un simile aiuto, non avrebbero subito". Se il tema della tutela dei diritti amministrativi del socio resta quindi per alcuni aspetti aperto, quest'ultima considerazione e, soprattutto, la valutazione controfattuale che essa comporta, avvicina la valutazione in esame al giudizio relativo al ricordato principio del NCWO: in entrambi i casi, lo sforzo delle autorità competenti per la gestione degli aiuti di stato o, secondo il caso, della risoluzione – in prima battuta – e del giudice – in seconda battuta, pur con le limitazioni di volta in volta applicabili – è diretto a valutare la situazione nella quale teoricamente si troverebbero gli investitori in scenari alternativi ipotetici. Così come la condizione deteriore che si realizzerebbe in assenza di aiuto di stato giustifica un'accentuata discrezionalità nella concessione degli aiuti stessi, il confronto – questa volta inevitabilmente da condursi caso per caso – tra lo stato della realtà che si avrebbe nell'eventualità di una liquidazione, da un lato, e quello che si verificherebbe in esito a una risoluzione, dall'altro, rende ammissibile la restrizione dei diritti di proprietà degli investitori purché sia rispettato il principio del NCWO.

Alcune precisazioni devono infine essere svolte con riguardo all'ambito di applicazione soggettivo delle tutele relative al diritto di proprietà. Come indicato nella ricostruzione necessariamente sintetica della Parte I, i provvedimenti *lato sensu* espropriativi che danno attuazione ai piani

¹⁰⁷ Tale reticenza può essere dovuta, oltre che a un ossequio al principio del *ne eat iudex extra petita partium*, anche al fatto che nel caso *Kotnik* la CGUE era chiamata a esprimersi su un atto della Commissione europea formalmente non vincolante, in quanto avente natura programmatica (*ibid.*, § 45).

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 91.

di risoluzione possono riguardare beni nella titolarità vuoi di azionisti o creditori, da un lato, vuoi della banca, dall'altro. Ad esempio, trasferimenti coattivi della proprietà possono colpire sia i pacchetti di controllo detenuti dagli azionisti sia beni aziendali da cedersi ad altre entità. In quest'ultima ipotesi, l'intervento riguarderà pertanto inevitabilmente una persona giuridica. Si tratta di un elemento non in grado di comprimere la tutela dei diritti in esame: le limitazioni, peraltro regressive,¹⁰⁹ che riguardano in generale l'applicabilità della Convenzione alle persone giuridiche non riguardano la protezione dei diritti di proprietà. L'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della CEDU estende infatti per previsione espressa la propria tutela anche alle persone giuridiche, in linea con la strumentalità che caratterizza tali soggetti rispetto al soddisfacimento di interessi comunque riconducibili, sia pure in via mediata, alle persone fisiche.

In via di ulteriore precisazione dell'ambito soggettivo della protezione, occorre infine sottolineare che gli atti ablativi significativi ai fini della tutela del diritto dei proprietari non sono limitati ai casi più tradizionali di espropriazione a beneficio di enti pubblici o statali. Pure i trasferimenti coattivi tra privati sono, infatti, rilevanti a tal fine, benché l'estensione del regime di protezione presupponga pur sempre un intervento di un potere pubblico¹¹⁰. Nella materia societaria, quest'ultima limitazione è stata formulata già nel risalente caso *Bramelid*,¹¹¹ relativo al diritto di acquisto che la legislazione svedese riconosceva – così come oggi riconosce quella europea: art. 15 dir. 2004/25/CE; art. 111 Tuf – a chi avesse superato una soglia di partecipazione, determinata in quel caso al 90 per cento del capitale, in un emittente quotato. Il ricorso di alcuni azionisti fu giudicato inammissibile dalla Commissione EDU in base alla considerazione per cui la protezione dell'art 1 del Primo Protocollo addizionale riguarda singole violazioni fondate su determinazioni discrezionali di un'autorità, mentre non può essere invocato con riguardo a disposizioni di carattere generale che allochino diritti tra privati¹¹², come accade ad esempio in occasione

¹⁰⁹ P. VAN KEMPEN, *Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR*, in J. VAN ERP, L. VAN VLIET (a cura di), *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, Washington, 2010, p. 509 ss.

¹¹⁰ V. in materia di rapporti privatistici coinvolti nell'impresa bancaria M. MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 1104, p. 1011 ss.

¹¹¹ Commissione EDU, 12 dicembre 1983, App. No 8588/79 e 8589/79, *Bramelid and Malmström v. Sweden*.

¹¹² Per una critica nei confronti di tale limitazione CARRARO, *cit.*, p. 228 ss.; ABRIANI, *cit.*, p. 2229 ss.

della divisione di beni in comunione.¹¹³ Si tratta di un orientamento mai formalmente abbandonato ma, in alcuni casi,¹¹⁴ rilassato nel tempo e in ogni caso mai applicato a ipotesi nei quali il trasferimento tra privati derivasse da atti amministrativi, quali quelli che interessano in questa sede: la determinazione di un esproprio che pure vada a beneficio di altri privati rileva ai fini dell'art. 1 purché esso sia almeno indirettamente determinato da un atto di un'autorità pubblica.¹¹⁵

¹¹³ Nella citata decisione della Commissione EDU si legge infatti «*les mots "privé de sa propriété pour cause d'utilité publique"*» previsto dall'art. 1 in esame «*ainsi que le références faite aux "principes généraux du droit international", démontrent à l'évidence qu'elle vise l'expropriation formelle (ou même de fait), c'est-à-dire l'acte par lequel l'Etat met la main – ou concède à un tiers de mettre la main – sur un bien déterminé qui doit servir à la réalisation d'un but d'utilité publique. Les Travaux préparatoires de l'article 1 du Protocole confirment cette interprétation. Le législation suédoise dont se plaignent les requérants est d'un tout autre ordre. Elle est en effect l'expression et l'application d'une politique générale en matière de réglementation des sociétés commerciales et concerne avant tout les relations des actionnaires entre eux.*»

¹¹⁴ V. ad es. la già citata sentenza Offerhaus, ove a una vicenda analoga a quella del caso Bramelid si ritenne applicabile l'art. 1, salvo poi non considerare sussistente alcuna violazione in ragione della congruità dei criteri di determinazione del corrispettivo nel caso di specie (Offerhaus, *cit.*, § 2). Similmente, la giurisprudenza nazionale dei paesi aderenti alla Convenzione esclude regolarmente che il diritto di acquisto comporti una restrizione del diritto di proprietà eccedente i limiti stabiliti dall'art. 1 del Primo Protocollo: a tale conclusione si perviene solitamente in base alla considerazione che le limitazioni in esame si giustificano in base a interessi generali (per una rassegna della giurisprudenza nazionale v. C. VAN DER ELST – L. VAN DEN STEEN, *Opportunities in the merger and acquisition aftermarket: squeezing out and selling out*, in G. GREGORIOU – L. RENNEBOOG, *Corporate Governance and Regulatory Impact on Mergers and Acquisitions*, Londra, 2007, p. 206 ss.). Lo *squeeze-out* si giustifica solitamente in base alla necessità di prevenire comportamenti strategici da parte di minoranze determinate a conservare pacchetti azionari minimi a mero scopo ricattatorio, con ciò rendendo altresì meno efficiente il mercato del controllo societario: v. per tutti HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruxelles, 2002, p. 109 ss., rapporto che diede origine alla tredicesima direttiva societaria in materia di offerte pubbliche di acquisto.

¹¹⁵ LAURENT SERMET, *The European Convention on Human Rights and property rights, Human rights files*, No. 11 rev., Strasburgo, 1998, p. 22.

10. *Alcuni aspetti critici delle risoluzioni bancarie dal punto di vista delle limitazioni al diritto di proprietà*

La tutela dal diritto di proprietà nella giurisprudenza CtEDU si articola, per interpretazione consolidata dell'art. 1 Primo Protocollo, lungo tre regole, tra loro connesse¹¹⁶. La prima stabilisce il diritto al rispetto dei beni delle persone fisiche e giuridiche. La seconda prevede che la privazione della proprietà possa avvenire solo in forza di legge e per ragioni di pubblica utilità. La terza dispone infine che, sempre per via di atto legislativo, gli stati possono disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale. Come anticipato, le restrizioni sono peraltro soggette a un limite di proporzionalità, ciò che esclude la legittimità di restrizioni che diano luogo a un onere eccessivo in capo a chi la subisca¹¹⁷ nel valutare se tale proporzionalità sussista, si ha riguardo anche alla disponibilità di un indennizzo in favore del soggetto leso.¹¹⁸ Questo quadro trova applicazione, naturalmente, anche nel caso delle crisi bancarie¹¹⁹, con la particolarità – segnalata da attenta dottrina¹²⁰ – che nel caso di beni diversi da quelli fisici il valore può anche essere pari a zero, cosicché occorre distinguere un legittimo esproprio con indennizzo nullo da un illegittimo esproprio privo di indennizzo.

Si è osservato come i diversi strumenti di risoluzione determinino inevitabilmente trasferimenti di risorse tra vari fornitori di capitale (di rischio o di debito) dell'impresa bancaria. Ciò può avvenire in misura più o meno diretta a seconda dello strumento adottato. Volendo graduare le misure in esame secondo un ordine di intensità necessariamente approssimativo, la modalità più evidente di trasferimento è quella in cui le azioni emesse dalla banca in risoluzione siano cedute a nuovi azionisti, seguita immediatamente lungo tale scala dalla cessione di attività e passività della banca a terzi. Seguono quindi i trasferimenti di attività e passività a veicoli quali una *bridge bank* – ove il profilo espropriativo è evidente dal punto di vista di azionisti e creditori che conservano i propri diritti nei confronti dell'ente soggetto a risoluzione – o una *bad bank* – ove viceversa la prospettiva si ribalta e l'esproprio avviene mediante sostituzione di un nuovo soggetto

¹¹⁶ *Ex multis* CtEDU, 23 settembre 1982, App. no 7151/75 e 7152/75, Sporrang and Lönnroth v. Sweden .

¹¹⁷ *Ibid.*, § 19.

¹¹⁸ In materia K. REID, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2012, p. 424, ove ulteriori riferimenti.

¹¹⁹ CtEDU, Olczak, *cit.*, §§ 72-3.

¹²⁰ GUIZZI, *cit.*, p. 1492.

al vecchio debitore, in deroga all'art. 2740 c.c. e a vantaggio dei titolari di posizioni giuridiche conservate nel bilancio dell'ente in risoluzione. Nel caso della *bad bank*, inoltre, si assiste a una compressione del diritto negativo d'associazione, quantomeno nella misura in cui si ritenga che questo si applichi anche ad enti con finalità d'impresa¹²¹: i (precedenti) soci della banca in risoluzione divengono infatti coattivamente soci di un nuovo soggetto giuridico¹²². Una deroga al principio della responsabilità patrimoniale si ha naturalmente anche nel *bail-in*¹²³, che idealmente chiude questa scala: rispetto alle altre misure ricordate, nel contesto del *bail-in* i trasferimenti tra diversi soggetti avvengono, per così dire, all'interno del medesimo stato patrimoniale.

Ai fini della valutazione di tali strumenti nella prospettiva della tutela del diritto di proprietà è utile osservare la disciplina in esame dal punto di vista della possibile partecipazione ad eventuali sopravvenienze attive¹²⁴ da parte dei soggetti che abbiano subito una svalutazione o una conversione o che si siano visti sottrarre beni aziendali dal patrimonio dell'ente risolto. Su tali profili incidono, tra gli altri, il regime della forma dei corrispettivi attribuiti direttamente o indirettamente a tali soggetti (e quindi la possibilità che essi prevedano clausole di *earn-out*) e quello della possibilità di rivedere le valutazioni contabili sulle quali si è inizialmente basata la quantificazione dei corrispettivi medesimi.

Quanto al primo aspetto, si è già rammentato¹²⁵ che lo strumento della separazione delle attività può comportare – nel caso in cui l'autorità di risoluzione si orienti in tal senso – il pagamento di un corrispettivo anche in forma di debito emesso dalla *bad bank* (art. 42(7) BRRD). Ne deriva una limitata ma non trascurabile possibilità, per i titolari di posizioni giuridiche attive nei confronti dell'ente in risoluzione, di trarre parziale beneficio dall'eventuale futura redditività dell'ente scorporato. Al contempo, l'impossibilità di ricevere pagamenti sotto forma di titoli rappresentativi di capitale di rischio impedisce che gli investitori – pubblici prima, privati poi – del veicolo di nuova creazione sussidino i precedenti.

¹²¹ CARRARO, *cit.*, p. 221; v. anche nt. 94.

¹²² Esclude correttamente che dalla libertà negativa di associazione derivi un vincolo assoluto al legislatore M. MAUGERI, *Banche popolari*, *cit.*, p. 1016.

¹²³ R. LENER, *Profili problematici*, *cit.*, p. 31. Di qui, i dubbi da più parti sollevati con riguardo alla legittimità costituzionale della disciplina in esame: v. ad. es., in dottrina, A.A. DOLMETTA, *Le tutele mancanti. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 2016, § 3.2.4.

¹²⁴ Diverso naturalmente, per quanto speculare, il tema delle eventuali sopravvenienze passive.

¹²⁵ V. *supra* par. 6.1.

La previsione è quindi coerente con il principio, applicabile sia nel caso della separazione delle attività (*bad bank*) sia nel caso della creazione di un ente-ponte, secondo cui gli azionisti e i creditori dell'ente soggetto a risoluzione non possono godere di alcun diritto sugli elementi patrimoniali trasferiti al veicolo di nuova creazione (artt. 40(11) e 42(12) BRRD). L'estensione di questa limitazione anche ai creditori determina un assetto particolarmente rigido, soprattutto nel caso della creazione di un ente-ponte, se confrontata con alcune legislazioni nazionali in vigore prima del recepimento della BRRD. Ad esempio, l'ordinamento tedesco ammetteva che la creazione di un ente-ponte fosse accompagnata dal pagamento, ai creditori della banca in risoluzione, di diritti di credito parametrati al valore di recupero effettivo al termine della procedura.¹²⁶

La determinazione dell'entità delle perdite e della loro distribuzione tra azionisti e creditori, nonché tra le classi in cui questi si suddividono al loro interno, si fonda come detto – per venire così al secondo profilo annunciato – sulle valutazioni di carattere contabile e, in un momento logicamente (pur se non sempre temporalmente) successivo, sulle decisioni in materia di svalutazione e, soprattutto, di rapporto di conversione dei crediti in titoli di capitale.¹²⁷ Si sono già rammentate le implicazioni che derivano dall'elevata discrezionalità connessa alla possibilità (art. 50 BRRD) di applicare rapporti di conversione differenti a classi diverse di passività (par. 6.2), ciò che rileva anche ai fini della (peraltro molto limitata) possibilità di revisione giuridica delle decisioni di volta in volta assunte dall'autorità di risoluzione. Allo stesso modo, si sono ricordate l'articolazione e la funzione delle valutazioni contabili operate da un soggetto indipendente a supporto delle determinazioni dell'autorità (par. 5). Come anticipato, sono previste in sostanza tre valutazioni: la prima, compiuta *ex ante*, rilevante per la verifica delle condizioni per la risoluzione; la seconda, parimenti compiuta *ex ante*, svolta al fine di orientare lo svolgimento della risoluzione; la terza, compiuta *ex post* ma anticipata provvisoriamente all'avvio della risoluzione, diretta a garantire il rispetto del principio del NCWO. Pure le prime due valutazioni, si è detto, possono essere compiute su basi provvisorie dall'autorità di risoluzione nel caso in cui l'urgenza dell'intervento non ne consenta l'affidamento a un soggetto indipendente: esse sono in tal caso comunque

¹²⁶ Per una descrizione A. BORNEMANN, *Germany*, in B. WESSELS – M. HAENTJENS (a cura di), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Cheltenham, 2015, p. 471 ss. e, per la differenza tra tale sistema e quello poi imposto dalla BRRD, p. 490.

¹²⁷ Sottolinea come proprio su tali valutazioni tenderà a concentrarsi il contenzioso tra i soggetti interessati dalla risoluzione e, in particolare, tra creditori di diverso grado STANGHELLINI, *cit.*, p. 166 ss.

svolte da quest'ultimo in un secondo momento.

È chiaro che – come l'esperienza ha peraltro già dimostrato – le valutazioni inizialmente compiute possono poi rivelarsi erranee durante le fasi successive della risoluzione¹²⁸. Ciò vale non solo nel caso, ovvio, in cui la loro formulazione iniziale sia effettuata solo in via provvisoria e sia quindi fisiologicamente destinata ad essere rivista, ma anche allorché esse siano già concepite come definitive. Il legislatore europeo sembra aver tuttavia stabilito un rimedio solo nella prima ipotesi. Quando infatti le valutazioni relative ai presupposti della risoluzione e alle condizioni di quest'ultima – come si rammenterà, queste valutazioni comprendono, di fatto, due situazioni patrimoniali differenti, pur se redatte contestualmente – sono condotte in via provvisoria, esse devono contemplare una riserva per perdite aggiuntive, da motivarsi adeguatamente, in modo che eventuali perdite inizialmente non rilevate non pregiudichino l'efficacia della risoluzione (art. 36(9), par. 2 BRRD). Specularmente, si prevede che sia altresì possibile, in esito alla valutazione definitiva, ripristinare il valore dei crediti o dei titolari degli strumenti finanziari svalutati con il *bail-in* così come incrementare il corrispettivo dovuto dalla *bridge bank* o dalla *bad bank* all'ente in risoluzione (art. 36(10) e (11) BRRD). Costituisce una declinazione di tale principio nel contesto specifico del *bail-in* la possibilità che a tale esito si pervenga stabilendo un "meccanismo di rivalutazione" che permetta un (anche parziale) rimborso dei creditori e, successivamente, degli azionisti (art. 46(3) BRRD).

Il quadro dei meccanismi di aggiustamento *ex post* del trattamento riservato¹²⁹ ai precedenti investitori e creditori garantisce che i soggetti subentranti, chiamati a operare sul mercato in seguito al risanamento, siano protetti dal rischio di contenzioso, ciò che rende naturalmente più appetibile l'investimento da parte dei nuovi fornitori di capitale. Al contempo, ragionando in termini meno statici, la mancanza di simili tutele potrebbe disincentivare *ex ante* l'investimento in enti magari prossimi alla fase di risoluzione, così potendo contribuire al verificarsi di una delle condizioni di risoluzione (art. 32(1)(b) BRRD)¹³⁰.

La limitata possibilità di ricorrere ai meccanismi di conguaglio indicati – vuoi per il loro ristretto ambito di applicazione, vuoi in conseguenza di una valutazione discrezionale dell'autorità di risoluzione – non è priva di implicazioni dal punto di vista della tutela dei diritti di proprietà,

¹²⁸ Cfr. anche Wojcik, *cit.*, 124.

¹²⁹ Tanto direttamente quanto indirettamente: ossia, in tale ultimo caso, tramite il corrispettivo riconosciuto in corrispondenza della creazione di un ente ponte o di una *bad bank*.

¹³⁰ Alla luce di questa osservazione occorrerà leggere, in particolare, le conclusioni a cui si giungerà in chiusura del presente paragrafo.

benché le relative conseguenze dipendano inevitabilmente dal contesto. Con qualche inevitabile semplificazione e senza pretesa di completezza, si possono immaginare diversi scenari a seconda del fatto che il valore originario¹³¹ dell'ente – calcolato per verificare la sussistenza delle condizioni di risoluzione o, se maggiormente prudentiale, per orientare l'uso dei poteri di risoluzione – si dimostri, una volta che la risoluzione sia giunta al termine, più ovvero meno elevato rispetto a quanto calcolato *ex ante*. Se, come talora accadrà, gli eventi occorsi nel frattempo – tipicamente: cessione di elementi del patrimonio aziendale, tra cui ad esempio *non-performig loan* – indicheranno che le valutazioni iniziali si erano rivelate troppo ottimistiche, nessun problema si presenterebbe naturalmente con riguardo ai titolari di strumenti finanziari cancellati (anche in virtù del principio della responsabilità limitata). Né pare che misure particolari debbano essere intraprese con riguardo ai titoli convertiti, dato che questi rimarrebbero esposti alle perdite successivamente emerse nell'ente. Il versamento del corrispettivo sotto forma di debito emesso dalla *bad bank*, così come altri strumenti quali la sua determinazione in valore negativo, sembrano infine offrire margini sufficienti ad evitare indebiti arricchimenti a vantaggio dei precedenti titolari, anche considerando che per i nuovi azionisti le esigenze di tutela sembrano inferiori ogniqualvolta essi abbiano assunto tale qualità in base a un'autonoma decisione di investimento.

Più problematica invece l'ipotesi in cui il valore originario dell'ente in risoluzione si rivelasse, a conti fatti, più elevato. Solo nel caso, in linea di principio residuale, di una valutazione iniziale provvisoria si potrebbero attivare i rimedi dell'incremento del pagamento da parte dell'ente-ponte o della *bad bank* o dell'aumento di valore dei crediti e degli strumenti di capitale svalutati, a cui attenta dottrina¹³² suggerisce di aggiungere l'assegnazione di un'opzione ai coloro che abbiano visto azzerato il valore dell'investimento o del credito¹³³. Negli altri casi, più fisiologici, qualora la valorizzazione contabile del patrimonio inizialmente compiuta restituisca un dato rivelatosi sottostimato secondo una valutazione di prognosi postuma si

¹³¹ È chiaro infatti che se si osservasse il valore effettivo dell'ente al termine della procedura si produrrebbero distorsioni. Si pensi ad esempio all'ipotesi, di gran lunga più probabile perché fisiologica, in cui il valore dell'ente al termine della risoluzione fosse più alto di quello originario: una condivisione del surplus risulterebbe in un trasferimento di risorse dai nuovi investitori ai precedenti, dato che solo all'intervento dei primi si deve la rivalutazione dell'ente (un ragionamento non dissimile è stato seguito dalla CtEDU nel caso Grainger, *cit.*).

¹³² A. CAPIZZI – S. CAPPIELLO, *cit.*, p. 17.

¹³³ Il considerando 51 BRRD lascia agli stati membri la definizione delle modalità più opportune a tal fine.

determinerebbe una sottrazione di valore in danno della classe di creditori di volta interessata o, più raramente, degli azionisti (per questi ultimi, infatti, ciò accadrebbe nel caso, sicuramente eccezionale ma in astratto possibile, in cui il patrimonio netto inizialmente considerato negativo si rivelasse poi essere stato positivo già all'inizio della risoluzione).

Si osservi come solo alcuni dei trasferimenti di ricchezza sopra indicati sarebbero in contrasto con il principio del NCWO e godrebbero, quindi, della tutela che ne deriva (par. 5). Quest'ultimo ha riguardo infatti al valore di liquidazione,¹³⁴ cosicché risulterebbero legittimi dal punto di vista dell'art. 73 BRRD tutti casi, tra quelli sopra ipotizzati, in cui il trattamento ricevuto dai precedenti azionisti e creditori non fosse inferiore a tale valore, indipendentemente dall'allocazione tra i soggetti interessati del *surplus* prodotto dalla risoluzione rispetto a questa soglia minima. La valorizzazione della tutela del diritto di proprietà anche nei rapporti tra privati (v. par. 9) induce tuttavia a interrogarsi seriamente sulla compatibilità di tale assetto con i principi della CEDU, naturalmente con solo riguardo a coloro che si trovino al di sopra della "linea di galleggiamento" del NCWO¹³⁵. Se si ritiene infatti, come pare corretto, che l'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della CEDU debba essere interpretato al fine di evitare anche trasferimenti di ricchezza forzosi e ingiustificati che interessino solo soggetti privati, non si vede per quale motivo il *surplus* in esame, per sua natura inatteso e quindi non oggetto di affidamento da parte degli azionisti subentranti, dovrebbe andare in favore dei (soli) nuovi investitori.

Meno problematica appare, invece, la perdita dei diritti tipici delle procedure concorsuali da parte di coloro che si trovino al di sotto di tale linea:¹³⁶ in tali casi, infatti, neppure l'esercizio di quei diritti potrebbe assicurare il recupero dell'investimento o del credito, salvo il ricorso a *bail-out* più o meno mascherati.

¹³⁴ Sulla diversa filosofia che caratterizza le valutazioni in esame rispetto a quelle dirette a garantire la tutela del principio del NCWO v. F. FIORDIPINTI, *Le aspettative restitutorie di azionisti e creditori ai tempi del bail-in*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, fasc. 2, p. 533 ss., il quale ricorda anche B. INZITARI, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale, delle perdite*, in *Riv. dir. bancario*, 2016, V, p. 23.

¹³⁵ Il NCWO è talora indicato in dottrina quale elemento sufficiente a garantire il rispetto delle prescrizioni CEDU: GARDELLA, *Bail-in and the Financing*, cit., p. 387 ss.; PRESTI, cit., p. 348 in nota; WOJCIK, cit., p. 120 ss.

¹³⁶ Correttamente B. RAGANELLI, *Crisi bancarie e giustizia europea*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, fasc. 2, p. 455 ss., ove ulteriori riferimenti.

11. (Segue) *Il problema della parità di trattamento nei salvataggi e nelle risoluzioni bancarie*

È proprio la giurisprudenza della CtEDU a escludere con chiarezza che gli investitori possano vantare un diritto a recuperare, anche solo in parte, il proprio investimento nel caso in cui il valore di quest'ultimo sia teoricamente negativo ma di fatto superiore a zero solo in virtù di un sostegno pubblico. Contrariamente a quanto ritenuto da parte della dottrina¹³⁷, non esiste infatti alcuna violazione del diritto di proprietà nel caso in cui il trattamento riservato ad azionisti e creditori comporti, per questi ultimi, una perdita rispetto al valore di mercato di tali posizioni giuridiche, allorché tale valore di mercato rifletta un intervento pubblico straordinario a sostegno della banca, o una sua aspettativa. Nella decisione *Grainger*, resa con riguardo alla nazionalizzazione della banca inglese Northern Rock, la CtEDU ha ritenuto legittima la determinazione del valore delle azioni della banca decotta che non includesse l'aumento di valore determinato dall'erogazione di liquidità di emergenza, una volta divenuto chiaro che l'erogazione non avrebbe più potuto proseguire a causa della sopravvenuta insolvenza della banca¹³⁸.

In base a quanto rilevato nel par. 5 in materia di valutazione della banca soggetta a risoluzione, questo orientamento è senz'altro condivisibile¹³⁹ (oltre che in linea con previsioni adottate in altri ordinamenti anche prima della BRRD¹⁴⁰). Gli aspetti più rilevanti della sentenza *Grainger* sono forse tuttavia quelli non affrontati, in quanto non esplicitamente sollevati dalle domande di parte. Tra questi, in particolare, il tema del trattamento non discriminatorio, da parte delle autorità di vigilanza, di investitori di banche diverse che si trovino in condizioni analoghe¹⁴¹. Il problema si estende

¹³⁷ J. SLUYSMANS ET AL., *The rule of law: Protection of property*, in WESSELS, HAENTJIENS (a cura di), *cit.*, p. 398.

¹³⁸ CtEDU, *Grainger*, *cit.*, §§ 11, 16. Per una prima analisi della decisione v. T. ARIANI, L. GIANI, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *Rivista di diritto societario*, 2013, p. 721 ss.

¹³⁹ Rilevano correttamente come l'impossibilità di assumere l'intervento di fondi pubblici a sostegno delle banche renda, di fatto, poco utile ricorrere al contenzioso basato sulla tutela del diritto di proprietà in caso di risoluzione R. TOMASIC, F. AKINBAMI, *Shareholder activism and litigation against UK banks: the limits of company law and the desperate resort to human rights claims?*, in J. LOUGHREY (a cura di), *Directors' Duties and Shareholder Litigation in the Wake of the Financial Crisis*, Cheltenham, 2013, p. 143 ss.

¹⁴⁰ Così ad esempio in Germania (§ 48d(2) Kreditwesengesetz nella sua versione precedente). Previsioni analoghe si rinvenivano negli ordinamenti di Spagna, Grecia e Cipro: ATHANASSIOU, *cit.*, p. 17 ss.

¹⁴¹ LAMANDINI ET AL., *Depicting*, *cit.*, p. 59.

peraltro anche al trattamento, eventualmente difforme, riservato a diversi investitori della medesima banca: si rammenti in proposito il potere di stabilire quali tra i diversi titolari di posizioni giuridiche attive nei confronti della banca siano soggetti a *bail-in*.

Come correttamente rilevato in dottrina¹⁴², la reticenza potrebbe derivare dal fatto che gli standard della CtEDU relativi al controllo in materia di discriminazione sono solitamente piuttosto inflessibili e avrebbero potuto quindi determinare un'eccessiva rigidità del sistema, impedendo interventi straordinari dove necessario o, viceversa, determinando fenomeni di azzardo morale. A tali considerazioni può forse aggiungersi come non sembri un caso che proprio valutazioni attinenti alla disparità di trattamento degli investitori siano alla base di una delle rare dichiarazioni di incostituzionalità aventi ad oggetto operazioni di risoluzione analoghe a quelle previste dalla BRRD.

Nella decisione relativa al caso *Hypo Alpe Adria*, infatti, la Corte costituzionale austriaca ha ritenuto illegittimi, in quanto forieri di un'irragionevole disparità di trattamento, gli atti di rango primario con i quali si erano definite le modalità di gestione della *bad bank* (HETA) creata per liberare il bilancio della Alpe Adria da (alcune delle) passività e dagli *asset* incagliati.¹⁴³ In quell'operazione, il legislatore aveva infatti stabilito che a contribuire alla copertura delle perdite di HETA fossero, insieme agli azionisti e allo stesso Stato austriaco, anche i titolari di obbligazioni subordinate, ma solo a condizione che la scadenza di tali titoli fosse anteriore al 30 giugno 2019. Proprio l'adozione di quest'ultimo criterio quale base per la discriminazione tra creditori aventi la medesima priorità in caso di liquidazione è stata considerata in contrasto con il criterio di ragionevolezza che dovrebbe supportare la decisione di assegnare trattamenti differenziati ai destinatari delle norme. In linea generale, sembra quindi lecito attendersi uno scrutinio più penetrante sotto il profilo della tutela del divieto di discriminazione, vuoi alla luce delle regole costituzionali nazionali, vuoi in virtù dell'applicazione diretta o indiretta dei principi dell'art. 14 CEDU e 21 CDF.

Un aspetto sul quale, invece, *Grainger* si diffonde maggiormente è quello dei rapporti tra autorità di risoluzione e autorità giudiziaria. Nel riconoscere alla prima ampi margini di valutazione con riguardo alle restrizioni del diritto di proprietà in presenza di una causa di pubblica utilità,¹⁴⁴ la CtEDU afferma infatti che la verifica del giudice può limitarsi a un controllo di ragionevolezza della valutazione, puramente discrezionale, dell'autorità di

¹⁴² LAMANDINI ET AL., *The ECB Powers*, cit., p. 12 ss.

¹⁴³ Per un'accurata analisi della decisione *GUIZZI*, cit., p. 1485 ss.

¹⁴⁴ CtEDU, *Grainger*, cit., §§ 35-37.

risoluzione: è quindi legittimo un sistema di revisione giurisdizionale in cui lo scrutinio non vada oltre l'annullamento di decisioni manifestamente irragionevoli¹⁴⁵.

12. Profili critici della revisione giurisdizionale: i termini di impugnazione

L'ultimo aspetto della disciplina delle risoluzioni bancarie preso in considerazione nella presente analisi riguarda la compatibilità dei rimedi giurisdizionali approntati dalla BRRD e dal regolamento SRM con il diritto a un ricorso effettivo e a un equo processo, così come definito dall'art. 6 CEDU e dall'art. 47 CDF (considerando 88 BRRD).

Quanto alla necessità che sull'eventuale contenzioso sollevato con riguardo alle misure di risoluzione il giudicato sopravvenga in termini quanto più rapidi (par. 7), il profilo che potrebbe sembrare a prima vista più problematico riguarda le conseguenze sui termini concessi alle parti per impugnare il provvedimento sgradito. Si tratta, tuttavia, di un aspetto sul quale la CtEDU si è già espressa adottando un approccio alquanto permissivo, anche in considerazione dei rischi legati al protrarsi dell'incertezza sulla legittimità degli atti di risoluzione, pur quando il rimedio disponibile sia solo di tipo risarcitorio. Nel caso *Adorisio*¹⁴⁶, la CtEDU si trovò infatti a valutare alcuni aspetti della legislazione speciale olandese emanata per consentire la risoluzione della SNS Bank. L'intervento pubblico dette luogo a un'espropriazione di azionisti e creditori subordinati, a cui non fu destinato alcun indennizzo in ragione dell'entità delle perdite subite dalla banca, le quali erano state tali da ridurre il valore di liquidazione a un livello inferiore allo zero.¹⁴⁷ In quel caso, il termine ordinario per presentare ricorso avverso gli atti della pubblica amministrazione fu ridotto, contestualmente all'adozione della decisione di risoluzione, a soli dieci giorni. La CtEDU considerò tuttavia tale termine sufficiente a rispettare i canoni dell'equo processo ai sensi dell'art. 6 CEDU. Se era vero che, per ammissione della stessa Corte, il semplice fatto che gli appellanti fossero riusciti a presentare ricorso in tempo utile non poteva considerarsi elemento sufficiente a considerare soddisfatti i requisiti di un equo processo – il breve lasso di tempo concesso avrebbe ben potuto riflettersi su una minore qualità

¹⁴⁵ *Ibid.*, §§ 21 e 39.

¹⁴⁶ CtEDU, 9 aprile 2015, App. no 47315/13, *Adorisio et al. v. The Netherlands*.

¹⁴⁷ *Ibid.*, §§ 13 e 22.

delle deduzioni formulate – era vero anche, secondo la decisione, che il termine si riferiva a un'impugnativa limitata, per disposizione di legge, alla mera legittimità dell'espropriazione, fatta salva la considerazione di eventuali aspetti di merito da svolgersi in una seconda fase del procedimento a cui, nel caso di specie, non si era tuttavia giunti¹⁴⁸.

13. I limiti del sindacato giurisdizionale

Al di là del problema dei tempi disponibili per il ricorso, si sono già rammentate le limitazioni al sindacato giurisdizionale che derivano dalla necessità, per il giudice, di affidarsi alle valutazioni economiche complesse dei fatti che le autorità di risoluzione abbiano posto alla base delle proprie decisioni (Art. 85(3) BRRD; § 7). L'impostazione riflette il timore che un sindacato giurisdizionale troppo intenso possa mettere a repentaglio la tenuta di provvedimenti amministrativi caratterizzati da rilevanza sistemica, con conseguenze difficilmente calcolabili da parte di poteri non in grado di – e spesso non tenuti a – compiere valutazioni di carattere macroeconomico sulle conseguenze delle proprie decisioni. Proprio per tali ragioni, da tempo il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale hanno espresso l'auspicio che la revisione dei provvedimenti di risoluzione da parte dei giudici non abbia conseguenze demolitorie e non possa spingersi a svolgere valutazioni di merito tali da ripercorrere nella loro interezza le valutazioni delle autorità competenti, fatti salvi i soli errori manifesti sui fatti e l'utilizzo chiaramente irragionevole dei poteri attribuiti¹⁴⁹. Si tratta di un'impostazione perfino più stringente di quella seguita nell'ordinamento statunitense, dove il *Dodd-Frank Act*, pur escludendo che tra i motivi di impugnazione possa rientrare l'asserita assenza di rischi sistemici o la presenza di investitori privati disposti a rimediare allo stato di crisi, permette di contestare la correttezza della valutazioni delle autorità competenti quanto all'insolvenza o al rischio di insolvenza (Sec. 202(a)(1)(A))¹⁵⁰.

¹⁴⁸ *Ibid.*, §§ 99 ss.

¹⁴⁹ INTERNATIONAL MONETARY FUND, THE WORLD BANK, *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, 2009, p. 23 ss. Cfr. anche CtEDU, *Capital Bank AD*, *cit.*, §§ 43 e 95.

¹⁵⁰ V. per un commento D. SKEEL, *The New Financial Deal. Understanding the Dodd-Frank Act and Its (Unintended) Consequences*, Hoboken, 2011, p. 139, il quale peraltro ritiene che difficilmente il giudice si assumerà il rischio di annullare una decisione di risoluzione, anche per l'ampiezza del requisito del mero rischio di insolvenza.

Nella BRRD, peraltro, le limitazioni al sindacato giurisdizionale non si spingono fino ad escludere qualunque valutazione, pur non attinente al merito, sulle valutazioni tecniche complesse che sottendono le procedure di risoluzione. Il considerando 88 BRRD precisa infatti che la complessità di tali valutazioni non impedisce al giudice nazionale di “esaminare se le prove sulle quali l’autorità di risoluzione si è basata sono accurate, affidabili e coerenti, se contengono tutte le informazioni pertinenti di cui occorre tenere conto per valutare una situazione complessa e se possono confermare le conclusioni che ne sono state tratte”. Quanto ampiamente i tribunali nazionali interpreteranno queste aperture è naturalmente una valutazione che è difficile dare sin d’ora, ma può essere utile, a tal riguardo, osservare i precedenti a livello di giurisprudenza europea.

La disciplina che la BRRD dedica allo scrutinio dei giudici riguarda, inevitabilmente, i soli giudici nazionali. Nel contesto del SRM, tuttavia, è la CGUE ad avere giurisdizione – in conformità ai Trattati (art. 263 TFUE) – in materia di legittimità degli atti del SRB o, se questi sono soggetti a impugnazione, delle decisioni della Commissione per i ricorsi operante presso il SRB (art. 86 Reg. SRM)¹⁵¹. L’approccio suggerito dall’art. 85 BRRD, soprattutto se interpretato alla luce del considerando 88, è peraltro tendenzialmente in linea con quello che la CGUE solitamente adotta nell’interpretare il proprio ruolo e al quale, si può quindi presumere, essa potrebbe attenersi qualora si trovasse in futuro a decidere su ricorsi presentati *ex art. 86 Reg. SRM*. Per quanto non sempre sia agevole collegare univocamente tale indicazione con un preciso livello di intensità dello scrutinio, la Corte ha più volte rammentato – con particolare riguardo al diritto della concorrenza¹⁵², ma si tratta di un orientamento ampiamente considerato applicabile anche in altri ambiti¹⁵³ – come al giudice non

¹⁵¹ Peraltro, nel caso di atti approvati, su proposta del SRB, dalla Commissione od al Consiglio – come accade per il programma di risoluzione (art. 18 Reg. SRM) – è dubbio se la legittimazione passiva insista in capo alle due istituzioni (in questo senso S. NUIJTEN, *Legal protection against actions under the Single Resolution Mechanism – or the lack of it*, in NAUTA DUTILH (a cura di), *The Bank Recovery and Resolution Directive and the Single Resolution Mechanism*, Utrecht, 2014, p. 22) o al SRB ovvero ancora, come forse più probabile, si dia luogo a un litisconsorzio.

¹⁵² V. inizialmente CGUE, 13 luglio 1966, 56/64 e 58/64, Consten e Grundig c. Commissione, p. 524 s. Più recentemente v., e multis, CGUE, 25 giugno 1997, C-285/94, Italia c. Commissione, § 39; Tribunale UE, T-13/99, Pfizer c. Consiglio, 11 settembre 2002, § 168; T-342/99, Airtours c. Commissione, 6 giugno 2002, § 64; 17 settembre 2007, T-201/04, Microsoft c. Commissione, §§ 87 ss.; 9 settembre 2009, T-301/04, Clearstream c. Commissione, §§ 93 ss.

¹⁵³ A. FRITZSCHE, *Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in*

sia consentito sostituire la propria valutazione a quella dell'autorità amministrativa competente¹⁵⁴, dovendo questi al contrario verificare il rispetto delle regole del procedimento nonché l'eventuale sussistenza, nel provvedimento impugnato, di un errore manifesto, di uno sviamento di potere o di un palese sconfinamento dai limiti del potere discrezionale affidato all'amministrazione¹⁵⁵. Il controllo circa la sussistenza di eventuali errori manifesti è il criterio tradizionalmente applicato dalla CGUE nei casi in cui essa si è trovata a valutare il corretto esercizio del potere in presenza di presupposti tecnicamente complessi¹⁵⁶, anche con riguardo all'inidoneità della motivazione a fornire una base logicamente coerente per l'adozione del provvedimento¹⁵⁷. Lo scrutinio della Corte verifica quindi che la valutazione dell'autorità amministrativa si basi su prove solide (*convincing evidence*), per tali intendendosi indicazioni fattuali precise, affidabili e tra loro coerenti¹⁵⁸ e, soprattutto, basate su criteri tecnicamente e scientificamente affidabili¹⁵⁹. Al contrario, la giurisprudenza della Corte si arresta davanti a valutazioni discrezionali – anche in senso tecnico – dell'autorità amministrativa competente, ad esempio per quanto riguarda la scelta tra più criteri tutti astrattamente ammissibili¹⁶⁰.

Proprio l'esperienza europea mostra tuttavia come formule analoghe a quelle del combinato disposto tra art. 85 e considerando 88 BRRD

European Law, in *Common Market Law Revue*, 2010, p. 393.

¹⁵⁴ M. BUSUIOC, *European Agencies. Law and Practice of Accountability*, Oxford, 2013, p. 216; A. MEIJ, *Judicial Review in the EC Courts: Tetra Laval and Beyond*, in ESSENS ET AL. (a cura di), *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, Groningen, 2009, p. 15; M. SCHIMMEL – R. WIDDERSHOVEN, *Judicial review after Tetra Laval; Some Observations From a European Administrative Law Point of View*, *ivi*, p. 66.

¹⁵⁵ CGUE, 25 gennaio 1979, C-98/78, Racke c. Hauptzollamt Mainz, § 5; 18 luglio 1985, 42/84, Remiz BV et al. c. Commissione, § 34.

¹⁵⁶ V. già CGUE, 17 settembre 1980, C-730/79, Philip Morris Holland BV c. Commissione, § 24; 1 luglio 1985, 42/84, Remia BV et al. c. Commissione, § 34.

¹⁵⁷ BUSUIOC, *cit.*, p. 214; MEIJ, *cit.*, p. 19; SCHIMMEL – WIDDERSHOVEN, *cit.*, p. 60. Secondo CGUE, 15 febbraio 2005, C-12/03, Commissione c. Tetra Laval BV, § 39, il giudice deve tra l'altro verificare che gli elementi di fatto posti a sostegno del provvedimento impugnato siano idonei a supportare le conclusioni che da essi sono state tratte dall'amministrazione competente. Sulla particolare incisività che tale scrutinio può talora comportare v. G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 173 ss.

¹⁵⁸ K. LENAERTS, *Due Process in Competition Case*, in *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2013, p. 177.

¹⁵⁹ BUSUIOC, *cit.*, p. 217; MEIJ, *cit.*, p. 16 ss.

¹⁶⁰ Cfr. per tutti CGUE, C-68/94 e C-30/95, Kali und Salz, § 223 ss.; K. LENAERTS ET AL., *Procedural Law of the European Union*, Londra, 2006, p. 307 ss.

(pur nella più limitata valenza di quest'ultimo) non siano in grado di determinare univocamente il livello di scrutinio che sarà effettivamente tenuto dal giudice. Pur reiterando i criteri di revisione ora rammentati con formulazioni di principio tratte, la CGUE ne ha infatti tratto conclusioni di fatto scarsamente omogenee¹⁶¹. È chiaro infatti – come si è rilevato in altra sede¹⁶² – che l'intensità del vaglio giurisdizionale dipende non tanto dalla dichiarazione circa la necessità che sia fornita prova dei fatti e delle assunzioni poste a base del provvedimento o dei criteri di valutazione adottati nell'analizzare tali dati, quanto piuttosto dal livello di certezza ritenuto necessario a ritenere soddisfatto tale standard¹⁶³. In taluni casi, i giudici europei si sono limitati a un riscontro estrinseco del rispetto dei requisiti di legittimità del provvedimento¹⁶⁴, escludendo una violazione nelle ipotesi in cui non vi fossero errori palesi¹⁶⁵; in altri, essi sono giunti invece a rivedere l'intero percorso logico dell'amministrazione competente¹⁶⁶, ivi incluso l'accertamento e la valutazione degli elementi di fatto a supporto della decisione da questa adottata¹⁶⁷, con conseguente annullamento del provvedimento allorché lo scrutinio evidenziasse una motivazione insufficiente, secondo l'organo giudicante, a dimostrare la sussistenza di un suo presupposto essenziale¹⁶⁸. Alla luce dell'atteggiamento

¹⁶¹ Osserva come alla reiterazione di affermazioni di principio in tema di intensità del sindacato da parte della CGUE non corrisponda una chiara e costante linea di condotta nell'assunzione delle singole decisioni FRITZSCHE, *cit.*, pp. 367, 380 e 386.

¹⁶² L'analisi che segue si basa su GARGANTINI, *cit.*, ove si rinvia per ulteriori riferimenti.

¹⁶³ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, p. 434.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 409 ss.; M. RESCIGNO, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: le parole e la realtà*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2002, fasc. 2, p. 473.

¹⁶⁵ CGUE, Racke, *cit.*, § 6.

¹⁶⁶ Sulla facilità con cui uno scrutinio particolarmente intenso sui profili procedurali possa tradursi, di fatto, in un controllo di merito v. già B. BOYER, *Alternatives to Administrative Trial-Type Hearings for Resolving Complex Scientific, Economic, and Social Issues*, in *Michigan Law Rev.*, 1972, p. 132 ss.

¹⁶⁷ V. ad es. CGUE, Pfizer; *Id.*, 8 dicembre 2011, C-389/10, KME c. Commissione § 121. Secondo M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali "versus" obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1620, il sindacato giurisdizionale tende in alcuni casi più recenti a travalicare i limiti della mera verifica di attendibilità della decisione assunta dall'autorità amministrativa per divenire un controllo sulla condivisibilità delle determinazioni di quest'ultima.

¹⁶⁸ Tribunale UE, 25 ottobre 2002, T-5/02, Tetra Laval c. Commissione, § 336. Benché la decisione richiamata sia frequentemente considerata un esempio di controllo particolarmente incisivo da parte del Tribunale, uno dei componenti del collegio giudicante ha ritenuto che anche in tal caso fosse stato rispettato un margine di insindacabile discrezionalità sulle valutazioni di carattere prognostico svolte dall'autorità amministrativa: B. VESTERDORF, *Certain reflections on Recent Judgments Reviewing Commission Merger Control Decisions*, in

alquanto ondivago di questa giurisprudenza, autorevole dottrina non esita a concludere nel senso dell'impossibilità, per l'interprete, di ricostruire in termini precisi il margine di discrezionalità che la CGUE riconosce alle autorità i cui atti essa si trovi a valutare¹⁶⁹. Si tratta, come evidente, di incertezze per molti aspetti non dissimili, pur nelle inevitabili diversità del contesto, da quelle che talora caratterizzano – e non isolatamente¹⁷⁰ – anche il nostro ordinamento¹⁷¹, il quale ha anzi talora importato le indicazioni della Corte in uno con le incertezze di quest'ultima.¹⁷² È quindi evidente che una valutazione circa la legittimità del sistema di revisione dal punto di vista dell'intensità dello scrutinio giurisdizionale non può che essere svolta alla luce del criterio concretamente tenuto, nel caso specifico, dal giudice competente.

Dal punto di vista dello scrutinio del giudice nazionale, la CtEDU ha più volte rilevato come l'art. 6 richieda che questi abbia, tendenzialmente¹⁷³,

M. HOSKINS E W. ROBINSON (a cura di), *A True European. Essays for Judge David Edward*, Oxford, 2004, p. 136 ss. e p. 139 ss. Una valutazione molto più pervasiva – e, di fatto, sostitutiva – di scelte tecnicamente complesse si rinviene in Tribunale UE, 11 luglio 2007, T-229/04, Svezia c. Commissione, rimasta tuttavia isolata (C. ANDERSON, *Contrasting Models of EU Administration in Judicial Review of Risk Regulation*, in *Common Market Law Rev.*, 2014, p. 442 ss.).

¹⁶⁹ CRAIG, *cit.*, p. 436. Sulle ragioni di tali difficoltà ricostruttive v. anche, LAVRIJSEN ET AL., *European and National Standards of Review: Differentiation or Convergence*, in ESSENS ET AL. (a cura di), *cit.*, p. 269 ss.

¹⁷⁰ Sulla scarsa capacità dimostrata dai criteri di revisione giurisdizionale degli atti amministrativi nel determinare un approccio univoco v. S. BREYER ET AL., *Administrative Law and Regulatory Policy*, New York, 2011, p. 425 ss.

¹⁷¹ V. ad es. TAR Lazio, 10 aprile 2002, n. 3070, segnalata da G. PRESTI, *L'oggetto del sindacato del giudice amministrativo: un caso esemplare*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2002, fasc. 2, p. 438. V. anche L. ENRIQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 699 ss.; A. CHIZZINI, *L'equo processo CEDU quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle Autorità indipendenti nazionali (ed alla Commissione europea). Note generali*, in *Il giusto processo civile*, 2012, p. 359, testo e n. 37; G. BRUZZONE, A. SAJA, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato conc. reg.*, 2010, p. 8.

¹⁷² Cfr. ad es. M. RESCIGNO, *cit.*, p. 472, nonché, con riferimento al diritto della concorrenza, A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2002, fasc. 2, p. 430 ss.

¹⁷³ In materia di diritti di carattere civile, la CtEDU ha talora considerato sufficiente, in passato, poteri di revisione in astratto meno intensi (CtEDU, 21 settembre 1993, *Zumtobel v. Austria*, App. no 12235/86), ma solo in considerazione del fatto che, in concreto, le questioni sollevate dall'istante in sede giurisdizionale vertevano esclusivamente su elementi relativi alla correttezza del procedimento amministrativo, come tali oggetto di sindacato da parte del giudice nazionale (v. *ibid.*, § 32 e, *a contrario*, CtEDU, 28 giugno 1990, 11761/85, *Obermeier v. Austria*, § 70).

piena giurisdizione (*full jurisdiction*) sull'atto impugnato¹⁷⁴. Essa ha inoltre fornito alcune indicazioni circa i requisiti che il sindacato giurisdizionale dovrebbe soddisfare – non solo in astratto, ma nell'effettivo svolgimento del processo – per assicurare un'effettiva revisione ai sensi dell'art. 6 CEDU. Nel caso *Capital Bank*, la CtEDU ha espressamente riconosciuto come gli atti amministrativi con cui si dispone la risoluzione di una banca ben possano avere, anche in via di fatto, un peso significativo in virtù delle competenze tecniche degli organismi che li hanno adottati¹⁷⁵. Tuttavia, la medesima Corte ha dichiarato, in quell'occasione, di non ritenere corretto che ai giudici nazionali fosse precluso esaminare se sussistessero i presupposti della risoluzione. Eventuali difficoltà tecniche incontrate nella valutazione di fattispecie particolarmente complesse non costituiscono, secondo la CtEDU, ragione sufficiente per creare ambiti di insindacabilità nelle decisioni delle autorità competente. Nel caso in cui la valutazione dei presupposti normativi di un atto espropriativo realizzatosi nel contesto di una risoluzione siano troppo complessi, spetta all'ordinamento nazionale, secondo la Corte, attrezzarsi assicurando che il giudice possa avvalersi di adeguate consulenze tecniche d'ufficio ovvero costituendo apposite commissioni di ricorso specializzate¹⁷⁶.

Nel caso di specie, l'intensità del sindacato che la CtEDU ha ritenuto necessario sembra essere piuttosto elevata. Essa ha infatti richiesto che il giudice potesse stabilire se la banca fosse o meno insolvente e non, semplicemente, se la valutazione dell'autorità competente circa la sussistenza di tale requisito fosse viziata o meno: uno scrutinio che, pertanto, sembrerebbe estendersi a profili attinenti al merito della valutazione amministrativa, per quanto tecnicamente complessa, e forse addirittura fino a una sostituzione del percorso decisionale dell'autorità con riguardo a una condizione della risoluzione. Vero è che le affermazioni ora rammentate sembrano andare al di là di quanto richiesto dal caso di specie, dove l'espressa esclusione dei presupposti della risoluzione (e della revoca dell'autorizzazione bancaria) dal vaglio giurisdizionale si estendeva, nella legge nazionale, anche a profili di legittimità dei provvedimenti amministrativi¹⁷⁷. Tuttavia, è vero anche

¹⁷⁴ CtEDU, 23 giugno 1981, App. n. Le Compte, Van Leuven and De Meyre v. Belgium, App. no 6878/75 e 7238/75, § 51; CtEDU, 27 settembre 2011, App. n. 43509/08 Menarini Diagnostics v. Italy, § 59; CtEDU, 13 febbraio 2003, App. n. 49636/99, Chevrol v. France, § 77; da ultimo CtEDU, 4 marzo 2014, App. no 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, Grande Stevens et al. v. Italy, § 139.

¹⁷⁵ CtEDU, *Capital Bank AD*, cit., § 113.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ CtEDU, *Capital Bank AD*, cit., § 27. Ma v. anche § 31, ove la Corte di Cassazione

che tale insindacabilità ricordava molto da vicino quella oggi prevista dalla BRRD, essendo essa limitata ai soli rimedi demolitori: quantomeno nelle dichiarazioni dello Stato convenuto, rimaneva infatti possibile un ricorso giurisdizionale illimitato ai fini dell'ottenimento di un risarcimento¹⁷⁸. Su tale ultimo aspetto, la CtEDU rifiuta peraltro di esprimersi, lasciando espressamente priva di risposta la domanda circa la sufficienza dei soli rimedi compensativi ad assicurare il rispetto degli artt. 6 e 13 CEDU¹⁷⁹: giova tuttavia ricordare che anche la dottrina più attenta alla tutela dei diritti umani in ambito privatistico ritiene sufficiente assicurare un rimedio risarcitorio in caso di limitazione dei diritti fondamentali allorché gli interessi coinvolti abbiano natura economica¹⁸⁰.

Così come per la CGUE, pertanto, non si può che registrare la difficoltà di ricostruire in termini univoci gli orientamenti CtEDU in merito all'intensità dello scrutinio che è lecito attendersi dal giudice nazionale ai fini del rispetto degli artt. 6 e 13 CEDU. In primo luogo, la CtEDU tende a confermare con giurisprudenza consolidata che le modalità di gestione delle crisi bancarie comportano inevitabilmente un ampio margine di discrezionalità in capo alle autorità amministrative competenti¹⁸¹: in questi passaggi la CtEDU sembra profilare, sia pur implicitamente, una distinzione tra valutazione dei presupposti della risoluzione, soggetta a uno scrutinio giurisdizionale potenzialmente più intenso, e determinazioni relative all'uso degli strumenti e dei poteri di risoluzione, per i quali i margini di insindacabilità dell'attività amministrativa sembrano più ampi. In secondo luogo, nel medesimo caso *Capital Bank*, la CtEDU ha rilevato come il rischio di effetti sistemici – non rilevato nel caso di specie dalle stesse autorità nazionali – avrebbe potuto dar luogo a particolari esigenze di speditezza dell'azione amministrativa e, al contempo, avrebbe potuto giustificare limiti maggiori al sindacato giurisdizionale¹⁸².

Per concludere su questo aspetto, può forse profilarsi l'auspicio, già espresso in altra sede¹⁸³, che eventuali sviluppi i quali dovessero portare

bulgara ritenne sussistere, nel caso di specie, il requisito dell'insolvenza.

¹⁷⁸ Come affermato dalla Corte Costituzionale bulgara (CtEDU, *Capital Bank AD*, cit., § 59).

¹⁷⁹ CtEDU, *Capital Bank AD*, cit., § 106.

¹⁸⁰ CARRARO, cit., p. 235.

¹⁸¹ CtEDU, Olczak, cit., § 85.

¹⁸² CtEDU, *Capital Bank AD*, cit., § 136.

¹⁸³ M. GARGANTINI, cit., p. 438 ss. In questa come in quella sede non si auspica, pertanto, un'estensione del sindacato giurisdizionale anche ad aspetti attinenti al merito delle valutazioni dell'amministrazione competente: ci si limita al contrario a prendere atto della difficoltà di individuare, nella giurisprudenza delle corti sovranazionali (nel caso

in futuro la giurisprudenza CtEDU a pretendere un ruolo più penetrante della revisione giurisdizionale siano affrontati mediante un'espansione corrispondente del ruolo della Commissione per i ricorsi istituita presso il SRB e di equivalenti organismi nazionali, nella misura in cui questi rispettino i requisiti stabiliti dall'Art. 6 CEDU affinché un organismo di revisione, anche non appartenente all'ordinamento giudiziario, possa qualificarsi come "tribunale"¹⁸⁴. Tale espansione potrebbe avvenire tanto sotto il profilo dell'estensione del sindacato, quanto sotto quello della sua intensità¹⁸⁵. Nel primo senso, ciò dovrebbe condurre alla creazione *ex novo* di tali organismi, qualora inesistenti a livello nazionale, o all'ampliamento delle materie soggette alla loro revisione, com'è il caso per la Commissione per i ricorsi del SRB. Nel secondo senso, occorrerebbe stabilire che eventuali valutazioni di merito, se e in quanto richieste in futuro dalla CtEDU, debbano essere affidate proprio a tali organismi.

14. (Segue): *questioni di giurisdizione*

Dopo i termini per la presentazione del ricorso e l'intensità dello scrutinio del giudice, il terzo e ultimo profilo del regime delle impugnazioni che merita di essere analizzato è quello della chiarezza dei sistemi di impugnazione e, in particolare, dell'allocazione della giurisdizione. Il problema si pone naturalmente sia in senso orizzontale, nella definizione del giudice territorialmente competente tra diversi Stati membri dell'Unione, sia in senso verticale, ossia tra giudice nazionale e CGUE.

Le conseguenze di un regime poco chiaro quanto all'individuazione del giudice nazionale avente giurisdizione tra quelli potenzialmente coinvolti

delle risoluzioni bancarie, la constatazione vale in particolare per la CtEDU), indicazioni sufficientemente precise da escludere che al giudice nazionale possa essere richiesto questo tipo di valutazione, vuoi allo stato attuale, vuoi in futuro (per una diversa opinione v. M. LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, I, p. 442).

¹⁸⁴ Al fine di verificare se gli stati assicurino un diritto a un equo processo ai sensi dell'art. 6 CEDU, la CtEDU fa infatti tradizionalmente ricorso a una nozione funzionale di "tribunale", ritenendo sufficiente che l'ordinamento nazionale attribuisca un potere di revisione piena a un organismo cui sia attribuito il compito di accertare e definire, secondo diritto, le materie sottoposte alla sua valutazione in esito a un procedimento prestabilito (CtEDU, 29 aprile 1988, App. n. 10328/83, *Belilos c. Svizzera*, § 64; HARRIS ET AL., *cit.*, p. 284 ss.). Resta necessario, naturalmente, che tale organismo soddisfi i requisiti di indipendenza e imparzialità stabiliti dal medesimo Art. 6 CEDU.

¹⁸⁵ In materia v. SCIASCIA, *cit.*, p. 380 e p. 385.

non sono solo teoriche. In un contenzioso relativo al portoghese Banco Espírito Santo, che era stato posto in risoluzione dalla competente autorità nazionale, il giudice inglese di prime cure – dopo aver rilevato di avere giurisdizione nel caso di specie in base a una clausola contrattuale tra le due parti di un contratto di finanziamento – riconobbe l'efficacia del trasferimento di un credito nei confronti della banca all'ente ponte risanato (Novo Banco), ma non al successivo ritrasferimento dello stesso credito alla banca in liquidazione, stabilito dalla medesima autorità di risoluzione¹⁸⁶. La decisione, poi annullata in appello¹⁸⁷, è un esempio di intervento giurisdizionale particolarmente invasivo e fa comprendere come da situazioni transnazionali possano originarsi conseguenze rilevanti, anche a carattere sistemico.

Si è ricordato come la BRRD ponga alcuni limiti alla possibilità che gli atti di trasferimento di beni o di svalutazione o conversione aventi luogo in Stati membri diversi da quello di origine della banca possano essere impugnati presso i giudici dei paesi ospitanti (art. 66(3) e (5); par. 7). Al contempo, la direttiva esclude che la soggezione di strumenti finanziari e passività a leggi diverse da quella del suddetto paese d'origine possa impedire la loro svalutazione o conversione nel contesto del *bail-in* (art. 64(4)). Tuttavia, casi come quello relativo a Novo Banco indicano una certa riluttanza da parte dei giudici ad accettare come insindacabili atti adottati da autorità di risoluzione di altri paesi dell'Unione, rendendo più confuso il quadro della disciplina applicabile e dell'allocazione della giurisdizione¹⁸⁸.

È tuttavia nel rapporto tra giudici nazionali e CGUE che potrebbero verificarsi i problemi più evidenti. Nel contesto del SRM, infatti, non tutte le decisioni capaci di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive degli azionisti e dei creditori sono adottate esclusivamente a livello centrale. Le specifiche modalità di esercizio dei poteri di risoluzione, attraverso cui si attuano gli strumenti di risoluzione, sono infatti talora definite con la

¹⁸⁶ High Court Of Justice, Queen's Bench Division, Goldman Sachs v. Novo Banco [2015] EWHC 2371 (Comm). Critici con riguardo alla decisione del giudice inglese di primo grado A. GARDELLA, *Bail-in and the Two Dimensions of Burden-Sharing*, in *ECB Legal Conference 2015. From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New opportunities for European integration, Francoforte, 2015*, p. 224; LEHMAN, *cit.*, § B6b. Il ritrasferimento era stato determinato dalla volontà di non favorire quei creditori che, rivestendo anche la qualità di azionisti rilevanti nella banca soggetta a risoluzione, avevano contribuito a giudizio dell'autorità allo stato di dissesto di quest'ultima.

¹⁸⁷ Court of Appeal, Guardians of New Zealand Superannuation Fund & Ors v Novo Banco SA [2016] EWCA Civ 1092.

¹⁸⁸ In questi termini LEHMANN, *op. loc. ult. cit.*

partecipazione delle autorità locali, chiamate a gestire concretamente la procedura sulla base delle indicazioni del SRB. In tal caso, la giurisdizione sui ricorsi presentati avverso gli atti adottati dalle autorità di risoluzione nazionali spetta al giudice nazionale¹⁸⁹.

L'allocazione dei poteri decisionali tra SRB e autorità nazionali non è peraltro stabilita una volta per tutte e spesso dipenderà, in buona parte, dai margini di discrezionalità che il primo intenderà riservare, di volta in volta, alle seconde. Se in alcuni casi le determinazioni rilevanti saranno di fatto assunte esclusivamente dal SRB, cosicché nessun margine sarà lasciato al livello periferico, in altri l'atto finale ben potrebbe essere la combinazione di valutazioni, pur gerarchicamente coordinate, svolte a entrambe i livelli. Dal punto di vista della tutela giurisdizionale, questa allocazione variabile delle competenze determina notevoli difficoltà applicative¹⁹⁰. Da un lato, infatti, la CGUE si attiene per giurisprudenza costante a una lettura piuttosto restrittiva del principio secondo cui solo gli atti che abbiano rilevanza diretta e individuale per il ricorrente possono essere oggetto di impugnazione (art. 263(4) TFUE). In assenza dell'indicazione nominativa del destinatario nel testo del provvedimento, la Corte esige normalmente che gli effetti dell'atto contestato interessino la posizione giuridica del ricorrente in modo specifico, non essendo sufficiente l'applicabilità dell'atto a un insieme di soggetti individuati in termini generali e astratti a cui anche l'istante appartenga¹⁹¹. Benché evidenti esigenze di tutela suggeriscano di evitare interpretazioni eccessivamente restrittive, è dubbio in dottrina se, alla luce di questa giurisprudenza, i singoli azionisti o creditori possano dirsi direttamente interessati dagli atti di risoluzione¹⁹².

Problemi ancor maggiori emergono se si aggiunge che, nel caso di atti amministrativi di livello europeo che necessitino di un'attuazione a livello locale, un ricorso diretto *ex art. 263 TFUE* è generalmente consentito unicamente nel caso in cui all'autorità nazionale non siano lasciati poteri

¹⁸⁹ T. ARONS, *Judicial Protection of Supervised Credit Institutions in the European Banking Union*, in D. BUSCH – G. FERRARINI, *European Banking Union*, Oxford, 2015, p. 435.

¹⁹⁰ Cfr. NUIJTEN, *cit.*, p. 18 ss.

¹⁹¹ Il *leading case* è CGUE, 15 luglio 1963, C- 25/62, Plaumann et Co. c. Commissione, 219 ss. Si tratta di una lettura sufficientemente restrittiva da rendere meno rilevante l'orientamento, pure più volte confermato, secondo cui la mera qualificazione di un atto quale "regolamento" non esclude che la Corte possa valutarne la reale portata per il ricorrente e, eventualmente, considerare la posizione di quest'ultimo come distinta da quella degli altri potenziali destinatari dell'atto, consentendo l'impugnazione (CGUE, 18 maggio 1994, C-309/89, Codorniu SA c. Consiglio, §§ 17 ss.). Per un'analisi v. P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2011, p. 498.

¹⁹² ARONS, *cit.*, p. 460.

di valutazione discrezionale, bensì solo compiti di carattere strettamente esecutivo¹⁹³. È evidente, tuttavia, come sia difficile tracciare, non solo in via teorica ma anche dinnanzi al caso specifico, un confine preciso in materia, soprattutto se si considera che non necessariamente la concreta allocazione delle decisioni tra SRB e autorità locale emergerà dal testo del provvedimento finale.

Gli scenari che ne derivano possono rendere assai poco agevole la tutela dei diritti coinvolti nella risoluzione. Si pensi all'ipotesi in cui il provvedimento sia impugnato solo presso il giudice nazionale. Qualora quest'ultimo ritenesse di dover riconoscere giurisdizione esclusiva in capo alla CGUE, il breve termine di due mesi per l'impugnazione *ex art. 263 TFUE* potrebbe essere a quel punto scaduto. Rimarrebbe solo la possibilità, rimessa alla decisione della corte locale, di aggirare tale ostacolo avvalendosi dell'opportunità di contestare la validità della decisione del SRB sulla base dell'art. 267(1)(b) TFUE¹⁹⁴. Rischi simmetrici deriverebbero, naturalmente, nel caso in cui si decidesse di impugnare l'atto sgradito solo presso la CGUE.

Ne deriva un pericolo di valutazioni contrastanti tra giudice nazionale e giudice europeo che sembra superabile, in via pratica, solo impugnando in ogni caso la decisione contestata in entrambe le sedi, così da superare eventuali decadenze assicurando al contempo che la CGUE possa risolvere eventuali conflitti positivi o negativi. Si tratta di un assetto che potrebbe presentare alcuni punti di contrasto con la tutela del diritto a un equo processo stabilita dall'art. 6 CEDU. Il rischio di incompatibilità sarebbe in particolare accresciuto qualora, in una eventuale revisione del regime delle impugnazioni della BRRD e del Reg. SRM da parte della CtEDU, quest'ultima ritenesse di attribuire particolare rilevanza a quella parte della propria giurisprudenza che, in materia di tutela dell'equo processo, ha giudicato incompatibile con la CEDU sistemi di impugnazione eccessivamente complessi. In particolare, provvedimenti restrittivi del diritto di proprietà richiedono, secondo questa linea, regole in materia di ricorsi giurisdizionali che garantiscano un sistema di impugnazioni chiaro e coerente, tale da assicurare un'agevole ed efficace tutela dei diritti¹⁹⁵. In generale, le incertezze generate dalle regole processuali in materia di ricorsi hanno spesso dato luogo a condanne dei paesi aderenti allorché le difficoltà

¹⁹³ CGUE, 27 febbraio 2014, C-133/12, Stichting Woonlinie et al. c. Commissione, §§ 31 e 36.

¹⁹⁴ Ritengono che raramente tale procedura sarà attivata in futuro LAMANDINI ET AL., *cit.*, p. 31.

¹⁹⁵ CtEDU, 16 dicembre 1992, App. n. 12964/87, De Geouffre De La Pradelle v. France, § 34.

interpretative di tali disposizioni determinassero, in concreto, l'impossibilità di tutela dei diritti¹⁹⁶.

D'altra parte, occorre altresì ricordare che la giurisprudenza CtEDU non vincola direttamente l'Unione europea, dato che quest'ultima non ha ancora dato seguito alla pianificata adesione alla CEDU (Art. 6(2) TUE). Pertanto, nell'ipotesi in cui la CGUE abbia giurisdizione *ex art.* 263 TFUE per l'impugnazione di un atto del SRB, essa avrebbe anche giurisdizione esclusiva in materia di compatibilità tra previsioni del Reg. SRM e Art. 47 CDF. Nessun potere spetta in tali ipotesi, invece, alla CtEDU¹⁹⁷.

Discorso diverso vale naturalmente per gli Stati membri: questi sono infatti vincolati dalla CEDU anche quando recepiscono disposizioni dell'Unione europea, oltre che dalla CDF quando essi attuino il diritto dell'Unione (art. 51 CDF)¹⁹⁸. Ciò comporta un evidente rischio di conflitto, già rilevato in dottrina¹⁹⁹, nel caso in cui gli obblighi derivanti dall'attuazione della BRRD si rivelassero incompatibili con quelli derivanti dall'adesione alla CEDU. La derivazione europea delle previsioni nazionali che recepiscono la BRRD non è peraltro neutra nella valutazione della CtEDU. Secondo la giurisprudenza della Corte, questa derivazione, pur non comportando una sottrazione dai vincoli derivanti dalla CEDU che pur sempre insistono sugli Stati aderenti, determina una presunzione (relativa) di conformità delle misure di recepimento²⁰⁰. La presunzione si

¹⁹⁶ D. HARRIS ET AL., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, p. 402, ove ulteriori riferimenti.

¹⁹⁷ T. LOCK, *The European Court of Justice and International Courts*, Oxford, 2015, p. 211.

¹⁹⁸ Il confine non è sempre agevolmente individuabile. Secondo una recente giurisprudenza, il nesso teleologico tra disciplina europea e disciplina nazionale diretta ad assicurare l'attuazione della prima pur senza essere da questa espressamente richiesta può essere sufficiente a determinare l'applicazione della CDF: CGUE, 26 febbraio 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson.

¹⁹⁹ In generale LOCK, *cit.*, 190 ss., ove anche alcuni esempi di decisioni della CtEDU in cui misure nazionali di recepimento di direttive europee sono state considerate in contrasto con la CEDU. Cfr anche CGUE, Åkerberg Fransson, *cit.* Con riguardo al settore bancario cfr. LAMANDINI ET AL., *cit.*, p. 3.

²⁰⁰ Il *leading case*, in materia di tutela del diritto di proprietà, è CtEDU, 30 giugno 2005, App. n. 45036/98, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, §§155 s. La presunzione Bosphorus si applica purché il paese membro dell'Unione non abbia margini decisionali nel recepire la misura europea e purché la CGUE abbia avuto modo di esprimersi sul caso sottoposto alla CtEDU (6 dicembre 2012, App. n. 12323/11, Michaud v. France, App. no 12323/11, §§ 112 ss.; la necessità di un intervento della CGUE è frequentemente richiamata nella giurisprudenza CtEDU, ma non mancano le eccezioni: sul punto LOCK, *cit.*, p. 202 ss.).

basa sul fatto che anche le istituzioni europee sono soggette a vincoli, pur se non identici, equivalenti a quelli della CEDU in materia di tutela dei diritti umani. Essa si applica quindi solo qualora – come pare accadere nel caso in esame – allo stato membro non sia riservata discrezionalità in sede di recepimento della disposizione europea interessata. Al momento, scarso peso su tale orientamento sembra aver avuto la battuta d’arresto registrata dal procedimento di adesione dell’Unione europea alla CEDU, in conseguenza del parere della CGUE che ha giudicato il progetto di accordo sull’adesione dell’Unione europea alla CEDU incompatibile con i Trattati europei²⁰¹. Benché il parere si sia in parte basato sul fatto che l’assolutezza nella tutela dei diritti fondamentali debba cedere il passo, nell’ordinamento dell’Unione, alla tutela delle finalità precipue dei Trattati, la CtEDU ha continuato a fare ricorso alla presunzione anche in tempi più recenti.²⁰² Questo assetto potrebbe rendere più ardua, al di là dell’opinione che si ritenga preferibile circa la complessità dei rimedi giurisdizionali disponibili, una dichiarazione di incompatibilità tra misure nazionali di recepimento della BRRD e la CEDU. Non così, invece, nel caso in cui l’eventuale decisione del giudice nazionale di non disporre il rinvio alla CGUE *ex art.* 267(1)(b) TFUE impedisse a quest’ultima di esprimersi, dato che in questo caso la presunzione di compatibilità delle misure nazionali con la CEDU potrebbe venire meno²⁰³.

15. Conclusioni

L’analisi che precede ha riletto alcuni elementi della disciplina europea in materia di risoluzioni bancarie alla luce dei loro rapporti con i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU e dalla CDF e, in particolare, con la tutela della proprietà e dell’equo processo. La rilevanza di questa rilettura deriva non solo dal fatto che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta una cornice invalicabile anche nella gestione delle fasi più critiche dell’impresa bancaria, ma anche dagli effetti che tale tutela può avere nell’assicurare sufficiente certezza giuridica agli investitori e, quindi, nell’incentivare *ex ante* gli investimenti necessari a rendere più resilienti le banche.

L’attenzione che il legislatore europeo ha dedicato alla salvaguardia

²⁰¹ CGUE, 18 dicembre 2014, Parere 2/13, §§ 153 ss.

²⁰² V. CtEDU, 23 maggio 2016, App. n. 17502/07, *Avotiņš v. Latvia*, § 47.

²⁰³ Mancherebbe infatti la seconda delle condizioni rammentate nella nota 200, pur talora di fatto derogata.

dei diritti fondamentali ha permesso di definire un quadro normativo che sembra essere tendenzialmente conforme alle prescrizioni della CEDU e della CDF, così come interpretate dalla giurisprudenza rilevante. Restano tuttavia alcuni margini di incertezza che potrebbero determinare un aumento del rischio legale connesso alla gestione delle crisi bancarie. L'analisi che precede ha valorizzato il ruolo che i diritti fondamentali possono svolgere nell'orientare l'allocazione di beni (in senso lato) non solo tra privati ed enti di emanazione statale, ma anche tra privati. In quest'ottica, il semplice rispetto del principio del NCWO potrebbe rivelarsi talora insufficiente a determinare una distribuzione conforme ai principi del *surplus* che la risoluzione può generare rispetto a una procedura di liquidazione. La BRRD offre talora alle autorità margini sufficienti, nell'attuazione dei loro poteri, per assicurare che l'allocazione dei costi e dei benefici delle misure di risoluzione escluda rischi di lesione dei diritti fondamentali: è questo, in particolare, il caso del *bail-in*. In altre ipotesi – e specialmente quando si assista a trasferimenti coattivi di beni – è invece meno chiaro se il regime normativo lasci margini di aggiustamento.

Il diritto a impugnare gli atti amministrativi con cui si gestisce la risoluzione sconta invece le perduranti incertezze che caratterizzano la giurisprudenza, nazionale ed europea, in materia di intensità dello scrutinio giurisdizionale su profili attinenti al merito. L'assenza di un'univoca chiave di lettura anche dal punto di vista dei diritti fondamentali lascia intatto il rischio che l'impianto normativo della BRRD possa esporsi a rilievi, in particolare da parte della CtEDU.

SEZIONE QUARTA
MERCATO E DIRITTI

Giorgio Fontana

Le politiche di austerità e i diritti sociali fondamentali

SOMMARIO: 1. L'austerità e la crisi europea – 2. Un breve (ma necessario) promemoria – 3. Quali conseguenze sui diritti sociali fondamentali? Il problema del welfare state – 4. I diritti del lavoro nella crisi – 5. E la Carta sociale europea? Per la tutela dei diritti fondamentali – 6. Conclusioni.

1. *L'austerità e la crisi europea*

Il tema del rapporto fra le politiche di *austerità* e i diritti sociali fondamentali ha rappresentato un campo di riflessione coinvolgente non soltanto il mondo giuridico, interessando direttamente la sfera politica e le prospettive future del progetto di integrazione europea¹. Ma in effetti anche questa stagione sta volgendo al termine, lasciando il posto a diverse problematiche e nuovi cambiamenti *inattesi*:² l'estendersi ed approfondirsi della crisi europea, crisi non più solo economica ma, dopo la *Brexit*, anche politica ed istituzionale - crisi multidimensionale - e poi la svolta radicale della Presidenza USA, che dà nuova linfa e rilancia con forza le tendenze "sovraniste" e protezionistiche in Italia e altrove, sullo sfondo dei gravi irrisolti problemi della "vecchia" Europa (dalla disoccupazione alla mancata crescita economica fino al tema esiziale della migrazione da Sud e da Est).

Si tratta di cambiamenti e problemi che mettono in questione, a ben vedere, il destino stesso dei popoli europei e della nostra Europa sociale,

¹ Per una riflessione sulla crisi europea v. A. GUZZAROTTI, *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella "costituzionalizzazione" dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 1; per un bilancio dei cambiamenti dell'infrastruttura giuridica e politica provocati da dieci anni di crisi e di trasformazione del capitalismo, fra gli altri M. R. FERRARESE, *Promesse mancate*, Bologna, 2017, specialmente p. 151 ss.

² Nel senso che ne dà Edgar Morin, di eventi in grado di cambiare la traiettoria storica, che non cessa mai in verità di apparirci "lineare" per una visione del progresso che il filosofo francese definisce "pseudo-razionale" (E. MORIN, *Penser global. L'homme et son univers*, Paris, 2015).

aprendo nuovi scenari e suggerendo nuove riflessioni, prima fra tutte la tenuta dell'endiadi – che aveva costituito il fondamento delle società capitalistiche dopo i totalitarismi del Novecento – fra democrazia parlamentare ed economia liberale³, costringendoci nostro malgrado a interrogarci seriamente sui limiti del capitalismo⁴. Sembra anzi rafforzarsi, nonostante le rassicurazioni dei protagonisti della politica europea e delle élite politiche e culturali, il “trilemma” prefigurato da Rodrik nel 2011, ossia l'impossibilità di realizzare simultaneamente e rendere compatibili globalizzazione economica, democrazia politica e sovranità/autonomia nazionale⁵.

Per stare nel perimetro di questo saggio, indubbiamente la crisi economica può considerarsi, come osserva Etienne Balibar, terreno elettivo per la sperimentazione di una “strategia” difensiva che è da ritenersi quanto meno corresponsabile delle prospettive deprimenti dell'economia europea, accentuando il suo ritardo nella congiuntura mondiale.

Proprio la non risoluzione dei problemi di fondo della crisi europea dimostra la necessità di un radicale cambiamento di prospettiva e di “clima” generale, di una nuova economia politica, che appare sempre più come l'unica *chance* per l'Europa di tornare ad un sano sviluppo economico e sociale.⁶ C'è tuttavia, attorno a questi punti, una resistenza e un ambiguità che non sembrano facilmente superabili ed anzi ancora oggi vengono riproposte le formule fallimentari che hanno dominato la scena negli ultimi due o tre decenni, con esiti disastrosi: deregolamentazione, privatizzazione, liberalizzazione, i grandi miti dei nostri tempi, in realtà la più grande macchinazione ideologica che sia stata mai realizzata.

Non che manchino progetti e modelli alternativi: l'appello-manifesto di circa un anno fa di 138 economisti francesi dal titolo emblematico “*Pour sortir de l'impasse économique*” descrive molto precisamente sia la natura dei problemi causati dalla ortodossia monetarista e liberista, sia la poliedricità della crisi europea, sia infine le traiettorie possibili per uscirne, rilanciando politiche solidariste e riprendendo dall'archivio storico temi quali la riduzione del tempo di lavoro per combattere la disoccupazione

³ Per queste riflessioni si veda ancora il volume di E. MORIN, *Penser global. L'homme et son univers*, cit.

⁴ Fra i tanti contributi G. ALLEGRI – G. BRONZINI (a cura di), *Il tempo delle costituzioni*, Roma, 2014.

⁵ D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES, *The Retrasformation of Europe*, in D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES (a cura di), *The End of Eurocrats' Dream*, Cambridge, 2016.

⁶ E. BALIBAR, *Europe: crise et fin?*, Lormont, 2016, trad. it. Bollati Boringhieri, 2016.

tecnologica⁷. Ma allo stato, l'inerziale riproporsi di "ricette" sempre più screditate continua ad avere la meglio, in nome di un "rigore" senza giustizia che pare avere soltanto uno scopo punitivo nei confronti dei paesi indebitati, rei, secondo la dottrina imperante, di aver violato il principio di responsabilità (il parallelismo fra il "problema dell'almènda" e l'indebitamento eccessivo degli stati dell'Eurozona formulato da personalità di primo piano dell'*establishment* europeo è quanto mai sintomatico)⁸. Oltre a stabilire in questo modo colpe e responsabilità del tutto disancorate dalla storia degli ultimi decenni, chi pensa così elude il problema cruciale della (in)sostenibilità del processo d'integrazione europea senza politiche macroeconomiche che siano in grado di ridurre le disuguaglianze e creare il *demos* europeo. Come scrive un autorevole commentatore delle vicende europee "*the economic (and political) discourse around present rescue programs does not focus on European economic crises as induced by the imbalances created by the monetary union*"⁹.

Ma come si è creata questa situazione? Perché si è imboccata una strada che oggi rivela tanti errori di prospettiva? Ovviamente non si può qui neppure tentare di rispondere a problematiche così complesse, ma, si potrebbe forse dire, seppure con una certa approssimazione, che il passaggio decisivo è avvenuto dopo il 2010, dopo la prima fase di crisi del sistema bancario. Isolando e sconfiggendo le posizioni favorevoli a politiche

⁷ L'appello è stato pubblicato in Francia nel novembre 2016 insieme ad un'analisi molto attenta della situazione economico-sociale dei paesi dell'Eurozona, con proposte concrete e realistiche (v. AA.VV., *Appel des 138 Economistes – Sortir de l'impasse*, Éditions Les Liens qui Libèrent, 2016).

⁸ Si legga il discorso di J. Weidmann, Presidente della Deutsche Bundesbank, tenuto il 26 aprile 2016 all'Ambasciata tedesca a Roma e pubblicato sul sito della Bundesbank, in cui si sostiene che nell'architettura della moneta comune può riproporsi "il problema dell'almènda ovvero la tragedia dei beni comuni", per cui gli stati sarebbero tentati di ricorrere, come in un *moral hazard*, ad un elevato indebitamento pubblico a livello nazionale, che, pur essendo proficuo per il singolo stato, risulta in effetti nocivo per l'area dell'euro nel suo complesso. Ma indubbiamente paragonare la crisi economico-finanziaria al sovra-sfruttamento delle risorse ittiche, come fa Weidmann, può essere considerato solo un *escamotage* dialettico e niente più, per instillare la convinzione che la crisi del debito pubblico iniziata in Europa a partire dal 2009 sia da addebitarsi all'indisciplina fiscale dei paesi più deboli e in particolare dei paesi euro-mediterranei, che, si è detto, "hanno vissuto al di sopra delle proprie possibilità" (ma in modo del tutto inesatto vista l'inconfutabile correlazione fra il debito accumulato da alcuni stati e il credito corrispondente di altri: v. W. STREECK, *The Construction of a Moral Duty for the Greek People to Repay Their National*, in *Socioeconomic Review*, 2013, p. 614 ss.).

⁹ F.W. SCHARPF, *The Costs of Non Disintegration: the case of the European Monetary Union*, in D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES, *The End of Eurocrats' Dream*, Cambridge University Press, 2016.

espansive, la dottrina tedesca della *expansionary fiscal consolidation* portò in breve tempo all'elaborazione di quelle misure che vengono generalmente riassunte col nome di *austerity*: dal c.d. *Six Pack* alla fine del 2011 agli altri provvedimenti aventi lo scopo di rafforzare i vincoli di bilancio e irrigidire il sistema di *governance* fiscale dei paesi dell'eurozona, fino all'adozione nel marzo 2012 del Trattato di stabilità coordinamento e *governance*, meglio noto come *Fiscal Compact* (con cui, fra l'altro, si impose a tutti i paesi della zona euro di introdurre in Costituzione il principio del pareggio di bilancio). È in questo quadro che nascono le nuove politiche europee, volte ad applicare rigorosi criteri di sostenibilità fiscale (principalmente attraverso una compressione della spesa pubblica), a rimuovere o alleggerire la normativa a protezione del mercato del lavoro, ad avviare programmi di liberalizzazione e privatizzazione (le cosiddette riforme strutturali). Ricette che ineriscono all'economia politica meglio nota come *Washington consensus*, ossia all'approccio che in passato è stato adottato dal Fondo Monetario Internazionale nei confronti dei paesi debitori sotto altre latitudini.

Come ha scritto Christian Joerges, "*the imperative of euro survival has radicalised the pressures on welfare-state traditions*"¹⁰. Sembra paradossale ma è così. Seppure il principio tanto enfatizzato dell'*economia sociale di mercato*, addirittura inscritto nel Trattato, poteva far presumere una certa distanza culturale da quest'impostazione, proprio l'Europa si è spinta oltre rispetto a qualsiasi altro paese o istituzione su questa direttrice¹¹. In effetti, la "resilienza" della dottrina dell'*austerity*, nonostante i suoi conclamati fallimenti, è un vero enigma dei nostri tempi¹². Tutte le maggiori economie

¹⁰ C. JOERGES, *Integration Through Law and the Crisis of Law in Europe's Emergency*, in D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES, *The End of Eurocrats' Dream*, Cambridge University Press, 2016.

¹¹ J.P. FITOUSSI – C. SARACENO, *European Economic Governance: the Berlin-Washington Consensus*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2013, 37, p. 479 ss.

¹² Ancor più difficile da decifrare considerando che nasce sul presupposto non già di certezze ma di quelle che possono considerarsi, secondo molti studiosi, soltanto come delle interpretazioni della crisi che ha investito l'area euro-mediterranea e su questa base agisce colpendo le strutture del welfare che fino a prima della crisi rappresentavano una delle principali "preoccupazioni" degli stati (C. RANCI – E. PAVOLINI, *Le politiche di welfare*, Bologna, 2015). In realtà, proprio il rifiuto di trattare la crisi come una crisi sistemica e l'idea che fosse piuttosto responsabilità dei paesi "indisciplinati" risolvere il problema del debito pubblico, contro ogni principio di solidarietà, hanno consentito di rovesciare l'intero peso del costo dell'aggiustamento sugli stati in deficit (D'ANTONI – NOCELLA, *Le politiche di austerità: quale impatto sul welfare mediterraneo?*, in *Meridiana*, 2015). Sicché pare giusto dire che le politiche di austerità si sono in poco tempo rivelate non già la cura ma il male da curare (J.P. FITOUSSI – C. SARACENO, *European Economic Governance: the Berlin-Washington Consensus*, cit.; Pavolini, Raitano 2015).

(da quella asiatica a quella statunitense) hanno affrontato la crisi con politiche keynesiane espansive¹³ e solo la risposta europea è stata di tipo diverso ed anzi opposto. Neppure i ripetuti “moniti” della Presidenza Obama, che ha più volte apertamente sottolineato come l’ortodossia fiscale e monetaria fosse uno dei fattori centrali della crisi dell’eurozona¹⁴, sono serviti a distrarre i vertici europei e tedeschi da quello che è parso come un “accanimento terapeutico”. Finanche l’FMI ha dichiarato apertamente come le politiche aggiustamento siano state eccessive e controproducenti, criticando l’imposizione di politiche di *austerity* nell’eurozona¹⁵. Come si sa, la risposta della Commissione a queste critiche e sollecitazioni è stato il c.d. Piano Juncker, definito dall’Economist come “*a magical thinking of a medieval alchemist*” e rimasto sostanzialmente ancora oggi, a distanza di tre anni, un oggetto misterioso¹⁶. Da allora poco o nulla è accaduto, solo nuove tensioni fra i protagonisti dell’integrazione europea e uno stato di attesa che sembra celare una paralisi di fondo del progetto europeo (e del resto, che la Commissione voglia continuare sul sentiero del “*fiscal pact*” è comprovato dall’interpretazione molto rigorosa dei vincoli in materia di bilancio, che tante polemiche politiche ha sollevato anche nel nostro paese).

Tuttavia, anche se lentamente, di fronte all’esplosione di fenomeni inediti e minacciosi, di fronte agli avvenimenti *inattesi* a cui si è fatto riferimento prima, si fa ora strada una nuova consapevolezza. Ma la critica non si traduce ancora in un’alternativa reale: certo per il freno di interessi molto corposi a difesa dello *status quo* ma anche per un incrollabile conformismo culturale (che conduce all’isomorfismo delle soluzioni politiche).

Forse alla resistenza al cambiamento non può dirsi estraneo l’autoisolamento delle élite, denunciato anni fa da Lasch¹⁷. Bisogna dunque disvelare le responsabilità. L’*establishment* (e anche il mondo accademico) sono stati ipnotizzati dall’apparente successo dell’euro sui mercati internazionali e dalla promessa, dopo Maastricht, di insediare i diritti sociali al centro del

¹³ A. W. CAFRUNY, *European Integration Studies, European Monetary Union, and Resilience of Austerity in Europe: Post-mortem on Crisis Foretold*, in *Competition & Change*, 2015, 19, 2, p. 161 ss.

¹⁴ US DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Report to Congress on International Economic and Exchange Rate Politics*, 2013, Washington DC: Office of International Affairs e US DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Report to Congress on International Economic and Exchange Rate Politics*, 2014, Washington DC: Office International Affairs.

¹⁵ O. BLANCHARD – D. LEIGH, *Growth Forecast Errors and Fiscal Multipliers*, IMF Working Papers, 2013, Washington DC.

¹⁶ ECONOMIST, 2014, 38.

¹⁷ C. LASCH, *The Revolt of the Elites and Betrayal of Democracy*, W.W: North & Company, New York-London, 1995, trad. it. *La rivolta delle élite*, Vicenza, Neri Pozza ed., 2017.

progetto europeo, quando proprio questo Trattato può dirsi il momento cruciale della scelta “mercataista” e liberista dei governi europei¹⁸. Ed ancora più sorprendente è che tutte le proposte di cambiamento e di intervento per fronteggiare la crisi elaborate nei circoli più influenti, ancora fino ad oggi, non hanno mai messo in discussione il dogma dell’Unione monetaria come parte dell’*acquis* comunitario, ossia l’obbligo per i paesi che soddisfino i criteri di Maastricht di adottare la moneta comune, nonostante il fatto che proprio il sistema concepito a Maastricht rappresenti agli occhi di molti esperti un errore macroeconomico¹⁹.

In questo contesto, il perpetuarsi inerziale e oramai senza giustificazione della dottrina dell’*austerity* condanna la periferia dell’eurozona ad una prolungata stagnazione. Con la soluzione keynesiana interdetta dalla Germania, l’Europa sembra orientarsi verso un modello “*export-led growth*”²⁰, il che comporta quasi inevitabilmente ulteriori pressioni sui salari e ancora riforme in senso liberista del mercato del lavoro, ortodossia fiscale sotto la stretta sorveglianza di Berlino e *deregulation*, imprigionando il progetto europeo (a meno di fenomeni di disgregazione ancor più gravi) all’interno di un modello neoliberale che tende a caratterizzarsi, come già da tempo avevano avvertito alcuni studiosi, in senso palesemente autoritario, resuscitando, incredibilmente, i fantasmi del passato, le spinte secessioniste ed identitarie, populismi e nazionalismi di varia natura ed origine²¹.

¹⁸ Si veda l’analisi fatta da Guazzarotti della manualistica costituzionale e giuslavorista italiana, in cui non si riscontra alcuna valutazione critica dell’Unione monetaria e del Trattato di Maastricht (cfr. A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell’euro e conflitto sociale. L’illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016). Fra i pochi che segnalò i gravi pericoli insiti nel sistema euro e nel trattato di Maastricht, l’economista “eretico” Wynne Godley che sulla London Review of Books, 1992, 14,19, con un articolo dal titolo Maastricht and All That, mosse critiche quasi profetiche all’Unione monetaria. L’articolo può leggersi sul sito www.lrb.co.uk/v14/n19/wynne-godley/maastricht-an-all-that.

¹⁹ V. G. D. MAJONE, *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*, in UCL, 2012, London Global University, 2012, che ricorda come per Krugman sia stato anzi un “errore fatale”.

²⁰ A. W. CAFRUNY, *European Integration Studies, European Monetary Union, and Resilience of Austerity in Europe: Post-mortem on Crisis Foretold*, in *Competition & Change*, 2015, 19, p. 161 ss.

²¹ M. A. WILKINSON, *The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, 14, 5, p. 527 ss.

2. *Un breve (ma necessario) promemoria*

Le determinanti storiche di questi sviluppi così negativi dell'integrazione europea sono, già si è detto, molto complesse. Sono domande che richiedono risposte articolate, non risposte trancianti, che non rappresenterebbero alcun serio momento di riflessione. Ma, seppur a volo d'uccello, è forse utile ricordare, quanto meno, che nel progetto di integrazione europea sono state fin dall'inizio compresenti due diverse "linee" fra loro incompatibili, rappresentate emblematicamente dal *Piano Werner* del 1970, destinato ad essere accantonato, e dal successivo, molto diverso *Piano Delors* del 1989, sfociato invece nel trattato di Maastricht, che ben descrivono in diacronia la transizione dall' "*embedded liberalism*" che caratterizzava il primo progetto al modello spiccatamente neo-liberista del secondo²². Ed infatti, se il *Piano Werner* stabiliva per il sistema economico della comunità europea un modello di tipo keynesiano, in cui la politica monetaria doveva costituire strumento per la crescita economica e il pieno impiego, avendo lucida consapevolezza dell'importanza ed essenzialità della politica economica e fiscale (e dei problemi strutturali) all'interno di un sistema monetario unico, e prevedendo finanche un proporzionato *budget* economico dell'Unione, il suo abbandono, senza che nessuna delle sue - oggi possiamo ben dire - lungimiranti intuizioni fosse preservata, segnerà il destino dell'Europa per i successivi decenni²³, preparando il terreno per l'adozione del successivo *Piano Delors*, che troverà una sua traduzione molto decisa da parte dei governi europei nel Trattato di Maastricht del 1992. Un piano, si è notato, non formulato dai politici ma dalle banche centrali²⁴, che ha rovesciato completamente l'impostazione del precedente Piano Werner e, nonostante il retorico richiamo all'Europa sociale, di fatto ha subordinato l'occupazione e le politiche sociali all'obiettivo della solidità monetaria, confinando la politica economica (e la politica sociale, *cela va sans dire*) all'interno della sfera nazionale²⁵.

In contrasto con il *Piano Werner* gli architetti di Maastricht posero grande enfasi sulla disciplina monetaria e fiscale degli stati membri, in linea con l'ordo-liberalismo germanico-austriaco, progettando una banca centrale

²² A. W. CAFRUNY, *European Integration Studies, European Monetary Union, and Resilience of Austerity in Europe: Post-mortem on Crisis Foretold*, cit., p. 161 ss.

²³ D. SYRRAKOS, *A reassessment of the Werner Plan and the Delors Report: Why Did They Experience a Different Fate?*, in *Comparative Economic Studies*, 2013, 52, p. 575 ss.

²⁴ H. JAMES, *Making the European Monetary Union*, Boston, Harvard Belknap, 2012.

²⁵ C. DURAND – R. KEUCHEYAN, *Financial Hegemony and the Unachieved Europea State*, in *Competition & Change*, 2015, 19, 2, p. 129 ss.

indipendente non sottoposta al controllo democratico e governando il sistema della moneta unica attraverso i criteri di convergenza del Patto di stabilità e crescita, di cui il Trattato meglio noto come *Fiscal Compact* del 2013 rappresenta il logico sviluppo. Un sistema in cui, si è notato, le politiche anticicliche sono di fatto abolite (anzi, i paesi sono di fatto “obbligati” a politiche *pro-cicliche*) e l’onere dell’aggiustamento è posto non più sul cambio ma sul mercato del lavoro²⁶, governato da rigide regole rese finanche giustiziabili (e non da istituzioni politiche rappresentative) con l’obiettivo di immunizzare l’Europa “..una volta per tutte da possibili derive keynesiane nella gestione macroeconomica”²⁷.

Gli sviluppi successivi non hanno risolto né le ambiguità dell’integrazione europea né hanno corrisposto alle aspettative di un processo realmente “costituente”, lasciando la costruzione dell’Europa ancorata alla politica tanto cara a Jean Monnet dei piccoli passi e del “fatto compiuto”, una politica oramai anacronistica che tuttavia è stata costantemente riproposta²⁸.

Vengono oggi al pettine gli errori, le ambiguità e i compromessi che hanno caratterizzato l’ultima fase del progetto europeo. Le reticenze e gli accordi “al ribasso” dell’intesa che ha portato all’adozione del Trattato di Lisbona nel 2007 sono ora più evidenti che mai. La crisi sembra anzi “punire” l’ambizione dei governanti europei di disegnare un’architettura istituzionale molto complessa ed articolata ignorando i problemi di fondo dell’Unione in materia politica ed economica²⁹. Sicché anche i passi in avanti compiuti con l’adozione del Trattato appaiono irretiti e sterilizzati

²⁶ A. W. CAFRUNY, *European Integration Studies, European Monetary Union, and Resilience of Austerity in Europe: Post-mortem on Crisis Foretold*, cit.

²⁷ C. JOERGES – S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2013, p. 348.

²⁸ A. GUAZZAROTTI, *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella “costituzionalizzazione” dell’Unione Europea*, cit.

²⁹ Cfr. D. ASHAGBOR – N. COUNTOURIS – I. LIANOS, *Introduction*, in *The European Union After the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, 2012, che giustamente notano come “*The crisis is having the paradoxical effect of punishing the Lisbon compromise for being both too bold – in designing an extremely sophisticated but increasingly intricate institutional division of power within the EU – and too cautious in its overly optimistic view that important institutional, policy and economic questions could be left half-addressed or ignored altogether*”. È stata in tal modo disgregata “la convinzione che il Trattato di Lisbona avesse offerto, ormai, un quadro istituzionale solido ed efficace per disciplinare il processo decisionale continentale attraverso regole più chiare e trasparenti di governance e con un ruolo più solido del Parlamento europeo” (G. BRONZINI, *La tutela della contrattazione collettiva: i trattati dell’Unione Europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in F. M. DONATI (a cura di), *Diritto del lavoro: anno zero?*, Napoli, 2012).

dalla sua logica “compromissoria”³⁰, portando allo scoperto l’inadeguatezza del *gradualismo* delle politiche di integrazione. E fra questi compromessi indubbiamente una valenza peculiare assume oggi la scelta di non mettere minimamente in discussione l’assetto delle competenze definito dall’art. 153.5 TFUE – disposizione, si rammenta, che esclude il potere d’intervento dell’Unione in tema di retribuzione, diritto di associazione e diritto di sciopero, materie cruciali per l’integrazione sociale europea.

Come ha scritto Bruno Veneziani “*the institutional structure set out by the Lisbon Treaty empowers the EU’s fragile democracy to make decision making more effective and accountable*”³¹. Solo la crisi profonda della zona Euro, infatti, ha imposto bruschi cambiamenti a questa situazione, ma ben diversi da quelli attesi dall’opinione pubblica europea. La nuova linea, velocemente disegnata sul fallimento di Maastricht, è ora quella di consentire interventi diretti sugli ordinamenti nazionali, dettando non solo limiti macro-economici ma vincoli stringenti alle politiche degli stati, sotto il diretto controllo di organismi sovranazionali estranei al quadro istituzionale dell’Unione³². Il principio di “condizionalità” (introdotto dal nuovo art. 136.3 TFUE) rappresenta regola fondamentale e fondante della nuova *governance* economica ed il segno più evidente del suo carattere tecnocratico, privando gli stati sottoposti ai programmi di “aiuto finanziario” di autonomia in campo sociale, economico e fiscale³³. Viene in tal modo profondamente modificata quella linea dualistica, a cui si è fatto cenno, grazie alla quale veniva garantita l’autonomia degli stati nella gestione delle politiche economiche e sociali, autonomia che la crisi finanziaria, complice

³⁰ L. PECH, *The Institutional Development of the Post-Libanon*, in *The European Union After The Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, 2012.

³¹ B. VENEZIANI, *Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU*, in N. BRUN – K. LORCHER – I. SCHOMANN (eds.), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, 2014.

³² S. GIUBBONI, *Cittadini, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in CISDLE “Massimo D’Antoni” INT 2013, 100. Il primo passo in direzione di una “presa di controllo” delle leve di politica sociale ed economica dei governi nazionali lo si è avuto con il Patto Euro Plus adottato dal Consiglio nel vertice del 23-24 marzo 2011, grazie al quale, con la modifica dell’art. 136 FFUE, il meccanismo di stabilità finanziaria viene basato esplicitamente sul principio di “rigorosa condizionalità”. Viene così recisa quella linea di controllo dei bilanci pubblici, varata con il Trattato di Maastricht, per la quale “lo stato resta padrone della distribuzione delle risorse ..ma non controlla la possibilità di incrementare le spese ricorrendo al debito pubblico” (S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2012, pp. 322-323).

³³ B. VENEZIANI, *Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU*, cit. Ma lo stesso avviene anche nei confronti di paesi che non hanno fatto ricorso al fondo salva-Stati (ESM), come l’Italia, a cui è stata di fatto dettata l’agenda delle riforme.

l'approccio delle istituzioni europee, ha completamente distrutto.

Ma se i parametri macroeconomici e le relative condizionalità (v. art. 136 3 co. TFUE) sono definiti a livello sovranazionale, in un ambito molto rarefatto di decisione (BCE, Commissione, FMI), è pur sempre nelle arene nazionali che si svolgono le “cruente battaglie” per redistribuire i sacrifici resi necessari da quelle decisioni. Resta fermo in altre parole lo squilibrio che caratterizza la costruzione euro-unitaria, “tra (scarsa) capacità di risposta politica (i.e. di integrazione positiva) e (forti) vincoli alla autonomia degli stati membri in nome della stabilità della integrazione (negativa) del mercato”³⁴. Se dunque da un lato si è registrata la riproposizione della “vecchia” politica europea, basata sulla divaricazione fra “costituzione economica” e “costituzione sociale”, dall'altro la strategia anticrisi sembra colpire la sovranità degli stati in modo indiretto ma molto efficace.

Del resto la mancanza di una “decisione politica fondamentale” sui principi della solidarietà euro-unitaria, da cui originano tensioni e diffidenze reciproche, impedisce tuttora di ricondurre all'interno dell'Unione l'apparato normativo che istituisce la nuova *governance* economica europea e fissa le regole applicabili. E la risposta alla crisi sembra così disattendere, come hanno scritto Joerges e Giubboni, “l'originario ideale normativo di un ordine costituzionale dell'economia europea...mettendo ormai apertamente in discussione i postulati costituzionali della forma dello Stato di diritto, democratico e sociale, sulla quale si è storicamente radicata la costruzione comunitaria”³⁵. Inevitabile, si potrebbe dire, è dunque la deriva tecnocratica, vale a dire la depoliticizzazione delle questioni di giustizia sociale e redistributiva, con il rischio, mai come adesso, che invece del *deficit* democratico l'Europa possa piuttosto registrare un vero e proprio *default democratico*³⁶. Alla *governance* multilivello (con un ruolo delle istituzioni della UE di indirizzo *soft*) si sostituisce rapidamente un modello “accentrato e strutturato attorno alla diade governo nazionale–organismi sovranazionali”³⁷, che Habermas ha definito come il “federalismo

³⁴ S. GIUBBONI, *Cittadini, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit.; sia consentito rinviare, su questi punti e questioni, a G. FONTANA, *Crisi economica e effettività dei diritti sociali in Europa*, in CISDLE “Massimo D'Antona” INT, 2014, 104 e ID., *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in CISDLE “Massimo D'Antona INT, 2015, 276.

³⁵ C. JOERGES – S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, cit.

³⁶ Cfr. G. D. MAJONE, *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*, cit. Come ha osservato questo studioso in un altro suo scritto “*This crisis, serious as it is, has at least the advantage of revealing fundamental structural flaws in the entire European construction – flaws concealed in the past by the prevailing “political culture of total optimism”*” (v. MAJONE, 2011).

³⁷ E. PAVOLINI – E. RAITANO, *L'Europa mediterranea fra diritti sociali e crisi economica: il welfare state ai tempi dell'austerità. Un'introduzione*, in *Mediterranea*, 2015.

degli esecutivi”³⁸; mutamento di non poco conto nella “forma” e nel funzionamento della democrazia rappresentativa.

Tutto questo sollecita inevitabilmente riflessioni critiche, giacché se da un lato il progetto di integrazione europea sembra alludere ad un’associazione di stati liberi ed eguali, orientati dal principio di leale collaborazione, di fatto con la crisi si registra un passo decisivo verso un modello che può definirsi di “*new intergovernmentalism*”, con un ruolo dominante del Consiglio d’Europa, all’interno del quale sono gli stati più forti che, evidentemente, esercitano il potere di indirizzo reale³⁹. I paesi deboli vengono - di fatto e di diritto - emarginati dalla gestione politica della crisi e non hanno nessuna possibilità di incidere su decisioni che poi si riflettono sulle condizioni di vita dei propri cittadini⁴⁰; decisioni che possono dirsi senza enfasi prive di legittimazione democratica, visto che nulla autorizza alcuni governi ad imporre decisioni “*on another member state that would intervene deeply in the institutional, social and economic fabric of its society*”⁴¹. Non è dunque azzardato sostenere che le istituzioni europee sembrano costituire oramai, in certo senso, un avamposto della finanza globale⁴², insensibile ai diritti e alla socialità ed espressione di un “*authoritarian constitutionalism*” molto lontano dagli ideali di “*progressive constitutionalism*” dell’originario progetto d’integrazione europea.⁴³ Se infatti la natura democratica degli stati membri poteva dirsi sufficiente a legittimare anche i poteri “derivati” a livello comunitario fintanto che questi poteri avevano un ambito di competenze circoscritte, la sproporzione tra i nuovi, dirompenti poteri che influiscono sulle politiche e le competenze degli stati al di fuori del quadro euro-unitario e le risorse normative disponibili, pongono oggi un problema nuovo e

³⁸ J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012.

³⁹ D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES, *The Retransformation of Europe*, in D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES, *The End of Eurocrats’ Dream*, Cambridge University Press, UK, 2016.

⁴⁰ Così pure, in modo molto incisivo, A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, Relazione conclusiva del Convegno di Lecce 14-15 settembre 2012, La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale, in *Consulta online*, 2012.

⁴¹ W. SCHARPF, *The Costs of Non-disintegration: the Case of the European Monetary Union*, in D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES, *The End of Eurocrats’ Dream*, Cambridge University Press, UK, 2016.

⁴² C. PINELLI, *L’Europa democratica nella strettoia fra populismo e tecnocrazia*, in *Meridiana*, 2013, p. 77.

⁴³ L. OBERNDORFER, *A New Economic Governance through Secondary Legislation? Analysis and Constitutional Assessment: From New Constitutionalism, via Authoritarian Constitutionalism to Progressive Constitutionalism*, in N. BRUUN – K. LORCHER – I. SCHOMANN (eds.), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014.

qualitativamente diverso⁴⁴.

Il pur difficile compromesso basato su un complesso sistema di compensazioni fra stato nazionale, in cui è insediato lo stato sociale, e l'Europa, sede di un mercato prima aperto e poi unico, va così definitivamente in crisi. Sembra archiviarsi in modo radicale e definitivo quel teorema secondo cui il *deficit* democratico dell'Unione europea e la problematica rappresentatività delle sue istituzioni potevano dirsi di fatto controbilanciati dalla capacità complessiva di questo assetto di garantire risultati in termini di benessere maggiori di quelli ottenibili dai singoli stati⁴⁵. Volge forse definitivamente al tramonto il vecchio modello di integrazione: “*the old mode of technocratic integration supervised by non-majoritarian institutions and aiming at an ever closer harmonisation among the EU's member states (the Eurocrats' dream) is empirically over and normatively unsustainable (if it ever was defensible)*”⁴⁶.

3. Quali conseguenze sui diritti sociali fondamentali? Il problema del welfare state

Praticamente tutti i paesi europei sottoposti alle ingiunzioni del *government* dell'Eurozona, non avendo altre vie d'uscita, hanno dovuto con le proprie stesse mani auto-mutilare ed aggredire i sistemi di *welfare* e di sicurezza sociale edificati all'interno degli ordinamenti nazionali.

Come sostengono alcuni studiosi italiani che hanno analizzato molto attentamente questi problemi, dedicandovi un numero di *Meridiana*, i caratteri salienti o più caratteristici degli interventi determinati dalla crisi economica nell'area dei paesi euro-mediterranei sembrano essere, in linea di approssimazione generale, sostanzialmente tre⁴⁷.

Il primo è la stretta somiglianza degli interventi richiesti e attuati nei paesi mediterranei (Grecia, Spagna, Portogallo, Italia), al di là delle differenze strutturali delle rispettive economie⁴⁸, riflettendo in tal modo l'approccio tipico all'integrazione europea, definito causticamente come “*the*

⁴⁴ G. D. MAJONE, *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*, cit.

⁴⁵ G. D. MAJONE, *Europe's Democratic Deficit: The Question of Standards*, in *European Law Journal*, 1998, p. 4.

⁴⁶ D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES, *The Retransformation of Europe*, in D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES, *The End of Eurocrats' Dream*, cit.

⁴⁷ D'ANTONI – NOCELLA, *Le politiche di austerità: quale impatto sul welfare mediterraneo?*, in *Meridiana*, 2015.

⁴⁸ D'ANTONI – NOCELLA, *Le politiche di austerità: quale impatto sul welfare mediterraneo?*, cit.

one-size-fits-all”⁴⁹.

Il secondo elemento è la separazione fra sfera “politica” ed “economica”, anche questo un aspetto non trascurabile dell’assetto di Maastricht e portato alle estreme conseguenze dalla strategia anti-crisi della zona-euro, sottoponendo le politiche macroeconomiche ad una direzione tecnocratica che pretende di assumere decisioni fondate su mere valutazioni neutre e tecniche, senza entrare nel merito dei problemi redistributivi. Si tratta di una “filosofia” che viene da lontano e, precisamente, dall’impostazione *neo-funzionalista* di Ernest Haas, il cui obiettivo era la creazione di un mercato comune attraverso l’integrazione “negativa”. Il suo strumento elettivo, la libertà di circolazione dei fattori economici⁵⁰, doveva e poteva ritenersi a questo scopo sufficiente, mentre ogni decisione doveva assumersi nell’ambito di ristrette élite (il che, ce ne accorgiamo oggi, è come voler fare l’Europa senza gli europei)⁵¹. L’errore fondamentale dei neo-funzionalisti è stato di aver pensato che l’integrazione politica potesse essere raggiunta attraverso l’integrazione economica, forzandone i ritmi, ed anche ora questo approccio sembra rinnovarsi, soprattutto da parte tedesca⁵², come dimostra il Libro Bianco della Commissione europea sulla completa realizzazione del mercato interno.

Il terzo elemento comune e caratterizzante, secondo gli autori dello studio pubblicato da *Meridiana*, è che, seppure la crisi economica è stata invocata come la ragione sottesa all’esigenza di revisione dei sistemi di *welfare*, l’intervento restrittivo sulla spesa sociale nei paesi del “club Med” sembra aver rappresentato, a ben vedere, più che una risposta alla crisi, un obiettivo a sé stante. E’ a tal riguardo convincente l’analisi di chi osserva che il ridimensionamento dei sistemi di protezione sociale è, almeno in parte, consonante con le linee di riforma già sul tavolo precedentemente alla crisi stessa⁵³. In effetti la “pressione” sui sistemi di *welfare* può farsi discendere dai vincoli di Maastricht, che hanno creato e realizzato un’area di libero scambio in cui, essendo impedita la classica strumentazione rappresentata dal cambio nominale, è sulle politiche sociali e sui livelli salariali che si scommette per conseguire vantaggi competitivi⁵⁴.

⁴⁹ G. D. MAJONE, *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*, cit.

⁵⁰ G. D. MAJONE, 2005.

⁵¹ P. C. SCHMITTER, *Ernst B. Haas and the legacy of neofunctionalism*, in *Journal of European Union*, 2005, 12, 2.

⁵² Ancora G. D. MAJONE, *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*, cit.

⁵³ D’ANTONI – NOCELLA, *Le politiche di austerità: quale impatto sul welfare mediterraneo?*, cit.; A. M. GUILLÉN – E. PAVOLINI (eds.), *Welfare States Under Strain in Southern Europe*, in *European Journal of Social Security*, 2015, p. 2; A. M. GUILLÉN – M. PETMESIDOU (eds.), *Crisis and Austerity in South Europe*, in *Southern European Society and Politics*, 2014, p. 3.

⁵⁴ D’ANTONI – NOCELLA, *Le politiche di austerità: quale impatto sul welfare mediterraneo?*,

Se si considerano gli aggiustamenti strutturali e le riforme sostenute dalle istituzioni di governo dell'eurozona (sia per effetto dei vincoli derivanti dai Memorandum d'intesa, sia per informali ma altrettanto efficaci "raccomandazioni", come in Italia) sul sistema pensionistico, sul settore pubblico in generale, sui salari e sull'orario di lavoro, sul mercato del lavoro e sulla contrattazione collettiva, la direzione sembra essere quella di una "convergenza" attorno ad un modello caratterizzato in senso neo-liberista, ancorché si tratti di paesi difficilmente aggregabili all'interno di un unico modello di capitalismo⁵⁵. È difatti tipico dell'approccio liberista il principio del contenimento degli schemi di protezione basati su spettanze (*entitlement programs*), compresi pensioni e sanità, essendo sottesa piuttosto l'idea della superiorità del principio di auto-regolazione del mercato e dei suoi meccanismi allocativi, in polemica e in contrasto con il *welfare state* cosiddetto keynesiano⁵⁶. Purtroppo gli stessi Trattati europei hanno di fatto costituito un fattore di continuo alimento dell'orientamento liberista, fondando il progetto europeo sui due pilastri del mercato unico (ossia della libertà di circolazione) e dell'Unione monetaria e lasciando agli stati nazionali il compito di risolvere il problema della redistribuzione e della protezione sociale, che è quanto dire determinare le caratteristiche del *welfare*⁵⁷. Così, se è vero che non si è realizzata, per le resistenze "interne" agli stati nazionali, quella rincorsa al ribasso negli standard sociali che si temeva potesse derivare dalla libertà di circolazione⁵⁸, vero super-valore costituzionale dell'Unione, le misure adottate nel corso della crisi economica vanno invece ora, molto più velocemente, proprio in questa direzione.

Qui possono farsi riferimenti molto generici alle conseguenze delle politiche di *austerity* sui regimi di *welfare*, anche perché non sono sempre le stesse essendo correlate ai caratteri del singolo sistema nazionale, soprattutto alla combinazione fra le diverse "agenzie" di produzione di welfare che assicurano le prestazioni, a loro volta la risultante di strategie differenti da paese a paese. Uno dei fattori di differenziazione dei diversi sistemi è proprio

cit.

⁵⁵ C. HERMANN, *Structural Adjustment and Neoliberal Convergence in Labour Markets and Welfare: The Impact of the Crisis and Austerity Measures on European Economic and Social Models*, in *Competition & Change*, 2014, 2, p. 111 ss.

⁵⁶ M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Come ricorda Ferrera, con l'avvento del liberismo "stabilità dei prezzi, disciplina fiscale, concorrenza non distorta, libertà di movimento, sovranità del consumatore, deregolazione, liberalizzazioni e privatizzazioni divennero i punti centrali dell'agenda di policy".

⁵⁷ M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare*, *cit.*; F. W. SCHARPF, 2009; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali*, *cit.*

⁵⁸ M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare*, *cit.*

il rapporto fra il ruolo pubblico e quello delle altre “agenzie” (mercato, famiglia, terzo settore), ma quale che sia la “miscela” propria di ogni paese, certamente l’universalismo, che è la caratteristica fondamentale dei “buoni” sistemi di welfare, è dipendente dal ruolo pubblico in modo piuttosto determinante e dunque dalla spesa sociale che compone la spesa pubblica⁵⁹. Ed è proprio il ruolo pubblico e la spesa sociale ad essere stati colpiti dalla crisi e dalle successive politiche di tagli, disinvestimenti o restringimenti degli ambiti operativi del sistema di *welfare*.

Non c’è bisogno di scomodare i teorici dello stato sociale per ricordare qui che solo se la “copertura” è universalistica può parlarsi di *welfare state* ed è solo in questo caso che può parlarsi dei diritti sociali come del terzo livello dei diritti di cittadinanza⁶⁰. Ma con i programmi di *austerity* ad essere colpito è proprio il *welfare* universalistico, che non vuol dire soltanto cambiare in profondità la natura dei sistemi nazionali sottoposti ai programmi di rientro dal debito, ma anche attaccare quei “beni comuni” che potremmo chiamare, con Maurizio Ferrera, di investimento sociale, in grado di garantire sicurezza e di ridurre le diseguaglianze (e cambiare con questo, al tempo stesso, i nostri modelli di cittadinanza)⁶¹.

La pressione sui sistemi di *welfare* è però la derivante, come si è già accennato, non soltanto della crisi e dell’*austerity*. Chiara Saraceno ha a tal riguardo parlato di “*different crises of European welfare states and of the European social model*” e in realtà molti aspetti delle riforme di questo periodo alludono ad una riconsiderazione anche del modo in cui dev’essere intesa la nostra cittadinanza sociale⁶². Con la crisi viene dunque al pettine, secondo l’autorevolissimo punto di vista di Chiara Saraceno, non solo il nodo della tenuta economico-finanziaria dei sistemi di protezione sociale ma pure il problema della loro legittimazione politica e “culturale”, nella misura in cui vengono meno le condizioni che avevano consentito il suo sviluppo garantendo l’equilibrio fra risorse e bisogni. Con la conseguenza, apparentemente paradossale, che proprio il *welfare state* è condotto sul banco degli accusati come uno dei principali fattori della crisi stessa⁶³.

⁵⁹ C. SARACENO, *Social Assistance Dynamics in Europe. National and Local Poverty Regimes*, Policy Press, Bristol, 2014.

⁶⁰ H. T. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976

⁶¹ C. SARACENO, *Social Assistance Dynamics in Europe. National and Local Poverty Regimes*, cit.

⁶² C. SARACENO, *Three Concurrent crises in Welfare States in an Increasingly Asymmetrical European Union*, in *Stato e Mercato*, 2013, 99, p. 339 ss.; GILBERT, 2013.

⁶³ C. SARACENO, *Three Concurrent crises in Welfare States in an Increasingly Asymmetrical European Union*, cit.

Ma la crisi finanziaria e la crisi di fondo del sistema di *welfare* costituiscono problemi del tutto diversi. Da tempo il *welfare* dei paesi del Mediterraneo – e fra questi soprattutto l'Italia – reclama una riforma in nome dell'equità generazionale e sociale, con una redistribuzione dei pesi e dei vantaggi: una riforma sempre annunciata e mai veramente affrontata. Ma ciò non ha nulla a che vedere con la crisi economica e con il problema del debito pubblico. Questo “spostamento” del dibattito dalle vere cause della crisi – nata nel mercato per motivi legati essenzialmente alla finanziarizzazione dell'economia capitalistica⁶⁴ – è stato particolarmente evidente nei paesi europei e non ha risparmiato i paesi “deboli”, alle prese con problemi di competitività e di debito pubblico eccessivo, e fra questi i paesi dell'area euro-mediterranea, i quali peraltro rappresentano anche modelli sociali e di *welfare* abbastanza convergenti e caratterizzati, com'è noto, da vecchi problemi di squilibrio funzionale e distributivo⁶⁵. Da qui sono nati i ripensamenti sul *welfare* e sulla sua sostenibilità finanziaria, locuzioni molto discutibili e comunque tutte da verificare ma assunte come verità che non esigono dimostrazioni (come l'osservazione secondo cui i paesi dell'Europa mediterranea sarebbero vissuti “al di sopra delle nostre possibilità”), frutto di visioni ideologiche più che di analisi perspicue basate sulla realtà oggettiva. Ma che comunque hanno di fatto legittimato gli interventi nelle legislazioni nazionali, senza che sia stato d'altra parte minimamente risolto il problema

⁶⁴ M. R. FERRARESE, *Le promesse mancate*, op. cit.

⁶⁵ M. FERRERA – V. FAGION – M. JESSOULA, *Alle radici del welfare state all'italiana*, Venezia, 2013. Com'è noto, infatti, ai tre diversi regimi di *welfare capitalism* individuati con riferimento a precise varianti geopolitiche dei sistemi ad economia di mercato (G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1990) e che designano anche diversi modelli di regolazione del mercato, si tende oramai da tempo ad affiancare la “quarta Europa sociale”, identificata con i paesi dell'area mediterranea (Italia, Spagna, Portogallo, Grecia) (M. FERRERA, *The Southern Model of Welfare in Social Europe*, in *Journal of European Social Policy*, 1996, 6, pp. 17-37; SARACENO, 2002; M. NALDINI – C. SARACENO, *Social and Family Policies in Italy: Not Totally Frozen but far from Structural Reforms*, in *Social Policy & Administration*, 2008, p. 42), i cui sistemi di *welfare* sono basati, essenzialmente, su trattamenti pensionistici generosi, struttura duale del mercato del lavoro, centralizzazione della contrattazione collettiva e salariale. Maurizio Ferrera, in particolare, ha sottolineato nelle sue ricerche come una delle caratteristiche di questi modelli stia nel forte dualismo e nell'accentuata differenziazione nell'accesso e fruizione dei diritti di *welfare* in base alla collocazione nel mercato del lavoro. Altri caratteri tipici di quest'area sono rappresentati dall'elevato tasso di particolarismo (e clientelismo), dal familismo e dall'assenza di misure di assistenza sociale e di supporto contro il rischio di povertà (reddito di cittadinanza o formule equivalenti). Per una sintesi E. PAVOLINI – E. RAITANO, *L'Europa mediterranea fra diritti sociali e crisi economica: il welfare state ai tempi dell'austerità. Un'introduzione*, cit., pp. 11-12.

degli squilibri e delle iniquità ereditate dal passato⁶⁶.

4. I diritti del lavoro nella crisi

L'altro grande "imputato" della crisi economica europea, accusato della scarsa produttività e competitività dell'economia del vecchio continente e "convitato di pietra" di ogni discorso prospettico sullo stato sociale e sui sistemi di sicurezza sociale, è il diritto del lavoro, anzi, per meglio dire, *i diritti del lavoro*. La progressiva erosione e riduzione dei livelli di tutela applicabili a coloro i quali prestano la propria attività lavorativa alle dipendenze di un datore di lavoro, quale che sia lo schema giuridico formale con cui avviene lo scambio negoziale fra datore e lavoratore, ha interessato tutti i paesi europei. Ma, come si è notato, questa drastica revisione dei modelli normativi applicabili e la conseguente deregolamentazione del mercato del lavoro è stata certo maggiormente incisiva nei paesi sottoposti ai programmi di aiuto o che hanno manifestato i problemi più gravi di stagnazione economica, nella convinzione che una delle più efficaci risposte alla crisi risieda nel rendere più flessibili i mercati del lavoro⁶⁷. In concreto, se in alcuni paesi la tendenza a privilegiare interessi diversi rispetto al tradizionale baricentro della tutela del "contraente debole" ha comportato significative seppure parziali misure di deregolamentazione, in altri ha determinato una revisione molto più articolata e profonda, con interventi legislativi che, seppure nati sull'onda dell'emergenza economica, possono dirsi oramai permanenti, con effetti duraturi sugli standard di tutela dei paesi della U.E.⁶⁸.

La situazione che in Italia si è determinata a partire dal 2011 è, da questo punto di vista, paradigmatica di quella che Krugman ha definito come "l'ellenizzazione" della crisi europea⁶⁹. L'adattabilità da un lato alla (severa) disciplina europea in materia di bilancio e dall'altro ai problemi di competitività delle imprese sui mercati, ha "costretto" il diritto del lavoro ad abbandonare la sua vocazione alla realizzazione dell'uguaglianza fra le parti del rapporto di lavoro. La fase attuale del diritto del lavoro è invero segnata da iniziative di riprogettazione di cui è molto difficile soppesare la reale autonomia, alla luce dei caratteri eterodiretti delle riforme nell'Eurozona.

⁶⁶ M. FERRERA, 2015.

⁶⁷ B. VENEZIANI, *Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU*, cit.

⁶⁸ Per un'analisi molto dettagliata v. S. CLAUWERT e L. SCHOMANN, *The crisis and National Labour Law Reforms: a mapping exercise*, w.p.04, ETUI aisbl, Brussels.

⁶⁹ P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi adesso!*, Garzanti ed., 2012.

Il primo intervento significativo, in ordine di tempo, è costituito dalla l. n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero), che ha agito su vari piani, ma quanto al diritto del lavoro soprattutto con la modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, norma cruciale del sistema di tutela del lavoro ed attuativa del principio/diritto posto dall'art. 4 della Costituzione⁷⁰, stravolgendo quella direttrice di politica del diritto che ha visto nella reintegrazione una garanzia fondamentale di libertà individuale e collettiva dei lavoratori⁷¹. Si tratta, nel complesso, di una riforma che sposta l'asse della tutela dalla reintegra al risarcimento economico e si risolve dunque in un ridimensionamento del previgente e collaudato modello sanzionatorio, pur in presenza di un interesse del lavoratore alla continuità del rapporto giuridico certamente più meritevole di tutela dell'opposto interesse a preservare gli effetti risolutivi di un atto di recesso invalido.

L'altra, più recente riforma, di cui molto si discute, e che probabilmente presenta una continuità maggiore di quanto appaia con la precedente legge 92/2012⁷², tocca un'area molto vasta e sarebbe sbagliato ridurla soltanto alla sua parte più nota, ossia al cosiddetto *contratto a tutele crescenti*, che, del resto, altro non è se non una nuova disciplina del licenziamento per i contratti successivi all'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015 (ossia una disciplina riservata essenzialmente ai giovani, di dubbia costituzionalità). E difatti anche gli altri decreti legislativi e in particolare il n. 81/2015, che contiene rilevanti modifiche dei rapporti di lavoro flessibile, della disciplina delle mansioni e dello *ius variandi*, non sono da meno, sia quanto a problematicità e criticità, sia quanto a cambiamenti d'orizzonte per il diritto del lavoro. Particolarmente critico è il ricorso molto esteso alla tecnica della "derogabilità" delle disposizioni di tutela, peraltro molto ridimensionate nella loro portata. Rovesciando uno dei postulati storici del diritto del lavoro italiano, il legislatore ha adottato come proprio "stile" normativo, che ne caratterizza la legislazione, non più la "norma inderogabile", vale a dire l'efficacia diretta ed invalidante delle disposizioni di legge e del ccnl sulle difformi previsioni contrattuali delle fonti sottostanti (contratto aziendale e contratto individuale), con sostituzione automatica delle clausole⁷³, ma

⁷⁰ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in *Rivista AIC*, 2013, p. 4.

⁷¹ M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, 1979, ora in *Opere*, I, Milano, 2000.

⁷² F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016.

⁷³ Sulla "norma inderogabile" si veda il classico saggio di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

esattamente il suo opposto. Il che non solo interroga sulla funzione del diritto del lavoro della crisi, ma, soprattutto, sulla sua nuova vocazione a creare e legittimare molteplici differenze di trattamento fra lavoratori accomunati dalla subordinazione ad un medesimo scopo produttivo ed a una stessa organizzazione⁷⁴. Seppure la presunzione di inderogabilità delle norme lavoristiche non può dirsi in linea di principio abbandonata⁷⁵, l'intensità e il numero dei rinvii al potere derogatorio collettivo-sindacale (a qualunque livello di contrattazione, anche aziendale) e all'autonomia individuale (non sempre con adeguate garanzie), fa sì che di quella tradizione garantista, incarnata dalla "norma inderogabile", non restino che le vestigia. Indicando in tal modo una tendenza (peraltro confermata anche da altri "sintomi" o fattori di crisi del diritto tutelare) dissonante ed antitetica rispetto a quella già da tempo presente nel sistema civilistico delle obbligazioni, in cui, anche se in modi certo limitati, proprio l'inderogabilità è stata riscoperta come modello di riferimento per la tutela di interessi trascendenti quelli meramente individuali delle parti, ovvero nell'ottica del necessario bilanciamento degli equilibri contrattuali a tutela del "contraente debole".

Tornando alla questione dei licenziamenti (il punto comunque più dolente della riforma), il regime di disciplina previsto dal d. lgs. n. 23/2015 per i nuovi lavoratori che entrano nel mercato del lavoro, cioè per i più giovani, introduce una secca disparità di trattamento fra lavoratori assunti con i nuovi contratti e lavoratori già occupati, poiché solo per i primi si riduce quasi a zero la portata applicativa della reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo. Ci si è interrogati, anche in dottrina, sulla costituzionalità di una così evidente discriminazione, tanto più che il d. lgs. n. 23/2015 impedisce ogni discrezionalità valutativa del Giudice nella determinazione della sanzione⁷⁶, mentre ai vecchi assunti continua ad applicarsi la disciplina prevista dall'art. 18 l. n. 300/1970 (che nonostante le modifiche imposte dalla l. n. 92/2012 garantisce un livello di tutela certamente più favorevole: reintegra ancora possibile in molti casi e risarcimento comunque adeguato, in alternativa alla reintegra, configurando

⁷⁴ Per approfondire questo aspetto della riforma si può leggere G. FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, cit.

⁷⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *La inderogabilità della normativa lavoristica ai tempi del Jobs Act*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, cit.

⁷⁶ In pratica imponendo al Giudice un automatismo in base al quale al lavoratore spetta, in caso di accertata illegittimità del recesso, una somma pari a due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio prestato alle dipendenze del datore di lavoro (mentre solo in caso di licenziamento discriminatorio o nullo e, quanto all'area del licenziamento illegittimo, solo in una specifica e molto ardua ipotesi resta fermo il principio della reintegrazione)

così un modello sanzionatorio effettivo e dissuasivo)⁷⁷.

Questa modifica era stata giustificata in nome della necessità di stimolare l'occupazione, soprattutto giovanile, e presentata, paradossalmente, come una disciplina promozionale e di "vantaggio" per le giovani generazioni. Ma verosimilmente essa è figlia dell'*austerità* più che della speranza, invero improbabile, di nuove assunzioni in cambio della (sostanziale) libertà di licenziamento, in base all'idea secondo cui sarebbe sufficiente intervenire sulle regole per produrre cambiamenti positivi del ciclo economico. La riforma si inserisce nel quadro degli interventi di riorganizzazione del mercato del lavoro, secondo disegni eteronomi, ispirandosi ai modelli di *flexicurity* per giustificare il progetto di spostare dal rapporto di lavoro al mercato la tutela del "contraente debole". Ma, oltre a doversi allo stato rilevare la distanza da questi modelli più evoluti, non sembra affatto infondata l'obiezione di chi ha osservato che forse è molto difficile ipotizzare uno scambio appropriato ed equivalente fra flessibilità "in uscita" (ovvero libertà di licenziamento) e tutela al di fuori del rapporto di lavoro, attraverso l'intervento pubblico⁷⁸.

Si potrebbe dire, in estrema sintesi, che ancora una volta la storia europea vede contrapporsi *regolazione per la competitività e regolazione basata sui diritti*⁷⁹, con una chiara affermazione, in questo momento storico, della prima. E fra i diritti minacciati, colpiti o soltanto ridimensionati da questa svolta, il diritto alla retribuzione riscuote forse un primato negativo, inciso com'è da una miriade di provvedimenti di politica economico-finanziaria e da molteplici interventi sul sistema di contrattazione, determinando ulteriori effetti recessivi sul valore dei redditi da lavoro e producendo così ancora più diseguaglianze, fino a mettere in discussione, secondo alcuni, la stessa tenuta "della retribuzione fondamentale (*id est* di quella costituzionale)"⁸⁰.

Da altro versante, invece, la pressione sui sistemi di contrattazione collettiva ha realizzato anch'essa, come si è già accennato, modelli in grado di

⁷⁷ Con ordinanza del 26 luglio 2017, il Tribunale di Roma ha sollevato la questione di costituzionalità del decreto legislativo n. 23/2015, per questi ed altri profili critici. La decisione della Corte costituzionale n.194/2018 ha solo in parte condiviso le censure del Giudice romano, non rilevando la incostituzionalità della differenza di trattamento, ma, in compenso, dichiarando illegittimo il criterio di determinazione dell'indennità risarcitoria.

⁷⁸ Come si è notato opportunamente "qualsiasi attenuazione della stabilità del posto di lavoro non trova compensazione nelle politiche passive ed attive, di sostegno al reddito e di avviamento guidato" (F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, cit.).

⁷⁹ B. HEPPLER, *Quattro modalità di approccio alla modernizzazione dei diritti individuali in materia del lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2003, p. 4.

⁸⁰ G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino, 2012.

assicurare alle imprese molteplici e talvolta caotiche differenziazioni regolative ritenute necessarie alla loro competitività nel mercato globale. In molti paesi si è affermata una netta decentralizzazione della contrattazione, il cui asse si è spostato decisamente dal livello settoriale/nazionale al livello aziendale, con il duplice obiettivo di offrire alle imprese maggiore flessibilità e procedere ad “aggiustamenti” delle condizioni di regolamentazione del mercato del lavoro. Non solo in Italia, anche in altri paesi (Francia, Grecia) la contrattazione vede ampliarsi l’arco delle materie oggetto di regolamentazione a livello d’impresa, assumendo potere derogatorio *in pejus*⁸¹.

Quanto al ruolo delle organizzazioni dei lavoratori nel contesto generale, seppure la partecipazione sindacale non è esclusa aprioristicamente, la stagione dei patti sociali sembra oramai finita. In Europa quella dei “patti sociali” è un’opzione politica simile all’araba fenice, ma al momento non si vede all’orizzonte la sua resurrezione. E così, se la partecipazione delle parti sociali al governo delle variabili economiche può essere invero considerata come una precipua caratteristica del modello sociale europeo⁸², nella fase attuale prevale oramai da tempo la ricerca di risposte soprattutto a livello aziendale⁸³. Che sia o no rivelatore di “nuove relazioni industriali”, è questo un percorso comune a tutti gli stati europei, e forse val la pena ricordare che lo spostamento a livello aziendale del baricentro contrattuale è sempre stato considerato uno degli indici di indebolimento delle organizzazioni di rappresentanza degli interessi dei lavoratori⁸⁴.

In Italia su questa linea si è spinto forse troppo oltre lo stesso legislatore, introducendo nell’ordinamento una norma molto discussa (l’art. 8 D.L. n. 138/2011, poi convertito in legge con modificazioni nella l. n. 148/2011) e stabilendo che con accordi sindacali aziendali, pur sottoposti ad alcune condizioni procedurali, quali l’approvazione a maggioranza, sia possibile derogare non solo al contratto collettivo nazionale ma anche a norme di legge, “sospese” o sostituite da disposizioni regolatrici dei rapporti di lavoro “create” dai soggetti firmatari azienda per azienda. Probabilmente è questo il massimo possibile, a ordinamento costituzionale invariato, di

⁸¹ Si veda B. VENEZIANI, *Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU*, cit.

⁸² L. BACCARO – M. SIMONI, *I governi e la concertazione. Perché alcuni la vogliono e altri no*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2006, p. 97 ss.

⁸³ D. NATALI – P. POCHE, *The Last Wave of Social Pacts in Europe: Problems, Actors and Institutions*, POCHE, KEUNE e NATALI (eds.), *After the Euro and Enlargement: Social Pacts in the EU*, ETUI ed., 2010.

⁸⁴ L. BACCARO – C. HOWELL, *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2012, p. 1 ss.; C. CROUCH, *Il potere dei giganti*, Roma-Bari, 2000.

disarticolazione del sistema delle fonti e di frammentazione della disciplina applicabile, compromettendo l'applicazione eguale delle norme vigenti di legge e di contratto (garantita dall'inderogabilità).

La disposizione di legge ha sorpreso, in negativo, l'intera comunità giuslavorista (o quasi)⁸⁵, giacché né i criteri procedurali, né i requisiti finalistici, sono in grado di garantire l'utilizzo ragionevole di un così incontrollato potere normativo. Resta, è vero, il limite inderogabile della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea, disposto dalla norma di legge, ma se si considera che i diritti del lavoratore subordinato sono istituiti soprattutto in via di legislazione ordinaria si ha un'idea forse più precisa ed attendibile della sua portata distruttiva. In definitiva, la "geografia" sociale del nostro paese può dirsi a rischio di disarticolazione, stante il nuovo rapporto potenzialmente paritario fra legge e contratto collettivo aziendale, qualora si aprisse una fase applicativa a largo raggio di questa disposizione, finora impedita dall'impegno assunto dalle Confederazioni Cgil-Cisl-Uil di non applicarla. Ma, pur a fronte di tale importante "auto-limitazione", come un fenomeno carsico essa continua a scorrere sotto traccia, producendo accordi aziendali che restano spesso sconosciuti. C'è da dire, però, a parziale discolpa del legislatore che introdusse questa contestata norma, che i successivi interventi di legge non solo non sono da meno ma addirittura sono stati considerati più incisivi in direzione dello smantellamento del principio di inderogabilità, visto che l'art. 8 l. n. 148/2011 comunque garantiva la "mediazione" sindacale mentre nel *Jobs Act* la *deregulation* è, come si è notato, secca e non condizionata dalla volontà, discrezionale e presumibilmente "garantista", dei soggetti collettivi⁸⁶.

Si è molto discusso del ruolo sindacale in questa fase, ma indubbiamente il clima negativo nei confronti di ogni politica redistributiva ne ha limitato ovunque lo spazio di azione, a livello sia nazionale che europeo⁸⁷. D'altro canto le scelte a livello europeo – la "svolta" in senso intergovernativo dei meccanismi decisionali ed il privilegio assoluto conferito al ridimensionamento dei bilanci pubblici – non sono prive d'impatto sulla possibilità, per le parti sociali, di disegnare un percorso comune tendente a garantire un diverso approccio alla crisi, riducendo anzi (se non annullando)

⁸⁵ Fra gli altri si veda il commento di F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Milano, 2012; SCARPONI, 2015.

⁸⁶ R. DE LUCA TAMAJO, *La inderogabilità della normativa lavoristica ai tempi del Jobs Act*, cit.

⁸⁷ W. SCHELKE, *Reconfiguring Welfare States in the Post-industrial Age: What Role for Trade Unions?*, in *Journal of Industrial Relations*, 2011.

gli spazi del dialogo sociale⁸⁸. Ma non si tratta di una situazione eccezionale: l'assenza di interventi "promozionali" dura oramai da quasi due decenni. Questa "lacuna" non è casuale. Una delle grandi questioni del modello sociale europeo è sempre stata quella di decidere se includere un effettivo sostegno all'azione collettiva oppure se restare confinato nella dimensione individuale⁸⁹. E non si può dire che l'Europa non abbia scelto, quando ha imboccato la strada della gestione tecnocratica della crisi⁹⁰.

In questa situazione di *impasse* è addirittura utopico immaginare un superamento di quell'Europa "minima", che resta aggrappata, nonostante la gravità della crisi economica e sociale, a principi che inevitabilmente la sospingono a considerare gli interventi regolativi in campo sociale come un momento residuale della propria azione. Se ne ha la prova, purtroppo, leggendo il recente Libro Bianco della Commissione sul futuro dell'Unione - COM(2017)2025 del 1° Marzo 2017 - in cui, osannando "il mercato unico più grande del mondo", si insiste ancora nel completamento dell'Unione economica e monetaria come obiettivo privilegiato per rafforzare e potenziare l'economia europea e fronteggiare la disoccupazione giovanile di massa⁹¹. La politica sociale e la tutela dei diritti fondamentali sembrano essere relegate nei "titoli di coda", ed in realtà, salvo un generico impegno ad uno sviluppo della dimensione sociale dell'Europa, appaiono completamente rimossi dall'orizzonte della Commissione europea, riproponendosi la sterile

⁸⁸ G. BRONZINI, *La tutela della contrattazione collettiva: i trattati dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in F. M. DONATI (a cura di), *Diritto del lavoro: anno zero?*, Napoli, 2012.

⁸⁹ B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009.

⁹⁰ C. JOERGES, *Integration Through Law and the Crisis of Law in Europe's Emergency*, in D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JOERGES (eds.), *The End of Eurocrats' Dream*, Cambridge University Press, UK, 2016; B. VENEZIANI, *Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the Eu*, cit.

⁹¹ I "cinque scenari" delineati dal Libro Bianco da qui al 2025 sono sorprendenti. "Avanti così" recita in modo involontariamente umoristico il primo scenario, richiamando i paesi della UE alla concentrazione sull'attuazione e sul potenziamento dell'attuale programma di riforme. "Solo il mercato unico" (il secondo scenario) invoca l'accelerazione della rimozione di qualsiasi barriera alla libertà di circolazione. Il terzo scenario rinvia a cooperazioni rafforzate in vari campi ed a "coalizioni di volenterosi", mentre il quarto prefigura un quadro maggiormente selettivo degli obiettivi e delle politiche su cui concentrare l'attenzione (innovazione, scambi commerciali, sicurezza comune, migrazione, gestione delle frontiere e difesa) ed infine il quinto ("Fare molto di più insieme") indica quale futuro attende l'Europa nel 2025 (un futuro, secondo la Commissione, in cui "la cooperazione fra gli Stati membri si spinge fino a livelli mai raggiunti prima", "la zona euro è rafforzata", "la moneta unica apporta contemporaneamente benefici a tutti", "sulla scena internazionale l'Europa di esprime all'unisono", ecc.).

dicotomia del passato in un contesto in cui vengono incentivate le differenze e le diverse “velocità”. Né il cosiddetto “terzo pilastro”, che dovrebbe creare una nuova politica sociale, ha finora prodotto risultati concreti. E d’altro canto non sono neppure prefigurate misure di solidarietà rivolte ai cittadini europei in quanto tali, ovvero una politica pubblica europea “in grado di fornire beni pubblici ai cittadini e un indirizzo europeo al sistema economico”⁹².

5. E la Carta sociale europea? Per la tutela dei diritti fondamentali

Questi recenti sviluppi non depongono dunque nel senso di una svolta rispetto alle politiche restrittive finora adottate nei confronti dei diritti sociali fondamentali, di cui si discute oramai nei termini di una loro sostanziale (e sorprendente) *devaluation*. Ma l’Europa è anche il continente in cui sono nate le Costituzioni sociali e le Carte dei diritti sociali fondamentali, come la Carta Sociale Europea, e in cui si è teorizzata l’equiordinazione dei diritti sociali e dei diritti civili, tutti diritti fondamentali, come insegna Ridola. E quindi pare logico chiedersi, dopo questo sintetico e rapido *screening*, il ruolo e l’importanza che hanno oggi queste dichiarazioni fondamentali e, fra queste, soprattutto della Carta Sociale Europea. Se, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione è “ostaggio” dell’atteggiamento rinunciatario dei governanti europei, che hanno introdotto nella Carta due disposizioni finalizzate a depotenziarne l’effetto applicativo (artt. 51 e 52, quest’ultima quasi letale), molte speranze si ripongono invece nella Carta Sociale, per sindacare alla luce dei principi e dei diritti ivi enunciati le misure recessive disposte dai legislatori nazionali in ossequio alle richieste delle istituzioni di governo della zona Euro⁹³. Recentemente la Carta Sociale è stata espressamente invocata, quale parametro di costituzionalità, nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale italiana del c.d. Jobs Act e in particolare del d. lgs. n. 23/2015, che ha prodotto il tanto discusso

⁹² D. MORO, “Un meccanismo europeo di stabilità” per i cittadini europei, in *Il Federalista*, 2014, p. 3.

⁹³ C. SALAZAR, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principe” dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino, vol. III, 2016; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro*, in CSDLE “Massimo D’Antona” IT, 2015, p. 246 ss.; A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO e ID. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, 2015.

contratto a tutele crescenti, ad opera del Tribunale di Roma (ordinanza del 26/7/2017)⁹⁴. Nella sentenza n. 194/2018 la Corte costituzionale ha finalmente riservato alla Carta Sociale lo stesso trattamento applicato alla Convenzione dei diritti dell'uomo, "sdoganata" con le due sentenze "gemelle" n. 347 e 348 del 2008⁹⁵. Finora la Corte costituzionale sembrava voler considerare la Carta Sociale come un documento di mero indirizzo⁹⁶. E non del tutto a torto, in fondo, giacché secondo le disposizioni attuative della Carta gli stati contraenti sono liberi di scegliere quali diritti in concreto proteggere fra quelli enunciati dalla Carta⁹⁷, ed inoltre le stesse ampie facoltà degli stati circa il modo tradurre all'interno dei propri confini gli obblighi assunti rendono molto incerta la sua vincolatività rispetto agli ordinamenti nazionali (v. l'art. V-I della Carta)⁹⁸. Questo rende ancora più importante il passo in avanti della sentenza n. 194 (preceduta dalla sentenza n. 120 del 2018, ma molto più ambigua), tenendo conto dei valori fondamentali di cui è espressione la Carta Sociale e della possibilità

⁹⁴ Fra gli altri, aveva esposto questa possibilità V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo determinato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, I, p. 1.

⁹⁵ Fra gli altri si veda G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, 2016, p. 4.

⁹⁶ A. SPADARO, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile freddezza della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in *Consula online*, 2015, p. 510.

⁹⁷ C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, 2015.

⁹⁸ F. OLIVERI, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione delle carte nazionali*, in *www.europeanrights.eu/public/comments*, 2013. La difficile situazione dal punto di vista dell'applicazione della Carta si tinge poi di colori surreali quando si esamini in concreto lo stato della sua attuazione all'interno degli ordinamenti nazionali. Difatti gli stati che hanno consentito la sua applicazione diretta all'interno dei propri rispettivi ordinamenti sono quelli in cui, mediamente, più problematica è la tutela dei diritti sociali (o quanto meno dei diritti dei lavoratori), mentre gli stati in cui più consolidata è la protezione di questi diritti si sono astenuti, per lo più, dal disporre misure nazionali di questa natura (G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *www.forumdeicostituzionalisti.it*, 2013). Quest'ambiguità di fondo rischia non solo di apparire come una rinuncia implicita a rispettare gli impegni (pur solennemente) assunti, ma è fonte, evidentemente, di depotenziamento dei diritti stessi (v. S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; A. RUGGERI, *Crisi economica e diritti sociali sotto stress: il punto su una ricerca*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; L. JIMENA QUESADA, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales*, in MELLADO – QUESADA – BELTRÁN, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014).

in concreto di utilizzarla come fonte interposta, ovvero parametro di costituzionalità delle norme del diritto interno.

La problematica applicazione della Carta Sociale è emblematica del nodo tuttora irrisolto dei diritti sociali fondamentali nella “vecchia Europa”. Non può dirsi figlia del caso la sua estraneità, tuttora, al diritto della U.E., e la sua vigenza, con tutti i limiti già segnalati, esclusivamente nell’ambito del Consiglio d’Europa. Un decisivo passo in avanti sarebbe (in luogo delle generiche promesse che si rinnovano ad ogni vertice del Consiglio europeo) l’impegno a rendere applicabili le disposizioni della Carta alla stregua di principi generali del diritto della U.E. Ma si tratta di un problema apparentemente irrisolvibile. Dopo le speranze create dall’Atto Unico europeo del 1987 nulla è cambiato e il TFUE cita la Carta Sociale Europea soltanto (ed incidentalmente) nell’art. 151, I comma. Nell’art. 6 del Trattato - che riconosce la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione come documento “con lo stesso valore giuridico dei trattati” - non c’è spazio per la Carta sociale. I diritti sociali e fra questi i diritti dei lavoratori, seppure posti all’apice dell’ordinamento del Consiglio d’Europa, non sono tradotti nel sistema comunitario con eguale forza ed intensità. La stessa Corte di Giustizia, stante il problema dalle ratifiche asimmetriche della Carta, rifiuta di riconoscere alle disposizioni della Carta la natura di principi generali del diritto dell’Unione.

D’altro canto, se l’Unione continua ad avere un rapporto idiosincratico nei confronti dei diritti sociali, come dimostra l’esclusione dal novero delle sue competenze di materie cruciali dal punto di vista del diritto del lavoro (v. art. 153.5 TFUE), allora non deve neppure stupire che la Carta sociale europea non rientri fra i suoi riferimenti prioritari ed essenziali. Il cammino affinché sia garantita l’effettività dei diritti è dunque ancora lungo. La sola strada “aperta” è quella della sua applicazione “pretoria”, ma soltanto da parte delle Corti nazionali, poiché una delle lacune maggiori della Carta sociale è esattamente la mancanza di una Corte con poteri analoghi a quelli che, a tutela dei diritti umani, sono attribuiti alla Corte di Strasburgo, in grado cioè di esercitare una vera e propria giurisdizione, con garanzia di accesso e dispositivi vincolanti. Mancano nella Carta disposizioni analoghe agli artt. 1 e 46 della Convenzione. Nel caso della Carta sociale sono previsti, com’è noto, solo reclami collettivi (Parte IV- Articolo D), disciplinati dal Protocollo addizionale della Carta, ossia una procedura ristretta tendente al controllo degli obblighi sottoscritti dagli Stati all’atto della ratifica e accettazione della Carta sociale europea⁹⁹. Procedura che dà luogo, all’esito, ad un rapporto al

⁹⁹ G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, cit.

Comitato dei Ministri, che può adottare una risoluzione (a maggioranza di due terzi dei votanti) contenente una raccomandazione alla Parte contraente chiamata in causa, qualora il Comitato europeo dei diritti sociali abbia rilevato “un’attuazione non soddisfacente della Carta” (art. 9 del protocollo addizionale). Tutto finisce qui. La procedura non prevede altre conseguenze in caso di rifiuto dello Stato contraente di adeguare la propria legislazione.

I limiti obiettivi della procedura all’interno della quale opera il Comitato europeo dei diritti sociali impediscono dunque di sostenere che in questo modo sia stata garantita la “giustiziabilità” dei diritti sociali e l’effettività delle decisioni prese¹⁰⁰, pur riponendosi da autorevoli studiosi molte speranze nel gioco incrociato delle Carte e nel principio dell’applicazione del trattamento più favorevole previsto dall’art. 53 della CEDU, dall’art. 32 della Carta Sociale (art. H revisionata) e dall’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali della U.E.¹⁰¹.

In definitiva la tutela del lavoratore è ancora essenzialmente dipendente dalla funzionalità garantista dei circuiti nazionali e ciò dimostra quanto velleitario sia, per i diritti sociali fondamentali, riporre eccessive speranze nel sistema “multilivello” quando gli stati decidono di smantellare le loro reti protettive, erette a favore di interessi ritenuti non più prioritari e, anzi, divenuti recessivi rispetto ad altri (l’impresa, la competitività, ecc.) che prendono oggi il sopravvento. Il problema della tutela dei diritti sociali, anche quando sono sanciti nelle Carte, rinvia sempre al rapporto “politico” con il mercato e la sua soluzione in termini positivi è probabilmente legata alla rivalutazione critica dell’inebriante modello di capitalismo, e del primato degli interessi privati su quelli pubblici, affermatosi in questi anni¹⁰². Ossia a partire da una riflessione comune sul fallimento dell’economia politica dominante e sulle cause reali della crisi economica, imputabili, più che alle fatalità o alle convulsioni dei mercati, all’eccessivo e ingestibile livello raggiunto dalle disuguaglianze¹⁰³. Senza di questo i diritti fondamentali e i

¹⁰⁰ A. SPADARO, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell’Europa*, in B. CARUSO e G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, 2015.

¹⁰¹ L. JIMENA QUESADA, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales*, in MELLADO – QUESADA – BELTRÁN, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, cit. Resta tuttavia il fatto che la giurisprudenza del Comitato europeo, per le sue decisioni molto avanzate, ha conquistato egualmente un ruolo importante quale organo di garanzia a presidio dei diritti sociali (C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali nella crisi europea*, cit.; G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, cit.).

¹⁰² L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011.

¹⁰³ J. E. STIGLITZ, *The Price of Inequality. How Today’s Divided Society Endangers Our Future*,

principi affermati dalla Carta Sociale resteranno probabilmente ancora per molto in una situazione di sostanziale sterilizzazione, analoga a quella che interessò i principi della Costituzione italiana per molto decenni fino al “disgelo costituzionale”.

6. Conclusioni

Pare in definitiva difficilmente contestabile che le politiche recessive in materia di standard sociali costituiscano “*an attack based on an ideological assumption that such structural reforms are necessary to save the euro by securing so-called internal devaluations*”¹⁰⁴. Viene al pettine un doppio nodo, riguardante da un lato i limiti dell’integrazione europea e dei suoi paradigmi costituzionali, dall’altro il fondamento e la funzione del diritto del lavoro e dei diritti sociali fondamentali¹⁰⁵. In un suo recente saggio Cassese ricorda quanto problematico sia il riconoscimento dei diritti sociali in quest’epoca di crisi economica e quanto difficile sia stabilire chi debba sopportarne i costi e quali debbano essere le priorità. Poiché, se da un lato dovrebbe essere “ragionevole” che, “avendo i diritti sociali un contenuto flessibile”, si debba necessariamente operare un bilanciamento con esigenze altrettanto fondamentali (il pareggio di bilancio e gli altri interessi socio-economici di rango costituzionale), proprio una situazione di crisi così acuta, di povertà diffusa e ingiustizia sociale, potrebbe invero far presumere come prioritario il bisogno di assicurare invece la loro effettività, considerando questi diritti intangibili o almeno in parte non negoziabili¹⁰⁶.

Nonostante questi auspici e interrogativi sollevati da personalità eminenti, si deve però dire con chiarezza che questa alternativa, per quanto non priva di una ben salda giustificazione etico-morale, è soltanto teorica. Lo stato molto precario e irrisolto dell’attuazione della Carta Sociale Europea, la sua non ricezione nell’ambito dei Trattati, di cui si è discusso nel paragrafo precedente, dice molto chiaramente da quale parte pende la bilancia.

2012, trad. it Einaudi, Torino, 2013; M. FRANZINI, *Diseguaglianza inaccettabili?*, in L. BECCHETTI – ID. – A. MINGARDI – C. SARACENO – V. PELLIGRA, *Povertà*, Roma, 2016.

¹⁰⁴ N. BRUUN – K. LORCHER – I. SCHOMANN, *Conclusions*, in N. BRUUN – K. LORCHER – I. SCHOMANN (a cura di), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014.

¹⁰⁵ S. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro nella crisi europea (a proposito di un recente volume)*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2016.

¹⁰⁶ S. CASSESE, *I diritti sociali degli altri*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2015.

Nessuno può accusare di un eccesso di pessimismo chi osserva che la rottura del compromesso di cui sono state magnifiche espressioni le costituzioni del Novecento ci espone semmai ad un arretramento più che a possibili svolte “sociali”, men che meno nell’ambito di un’Unione Europea sempre più asfittica e depressa. Dopo l’esplosione della crisi si sarebbe dovuto con forza attuare una radicale correzione di rotta, disegnando “*a sharp transition from the present austerity union to a set of policies resembling the Werner Plan*”¹⁰⁷, ma le condizioni storiche e politiche, unitamente alla mediocrità della classe politica e di governo nella maggior parte dei paesi europei, ha impedito ogni possibilità in tal senso. Non si vede perciò come possa sostenersi, da parte di alcuni studiosi, che lo “spazio sociale europeo”, in quanto frutto di un costante bilanciamento fra interessi diversi e fra ordinamenti nazionali e ordinamento sovranazionale, presenti maggiori punti di resistenza e di adattabilità rispetto allo spazio economico europeo¹⁰⁸. Al contrario, mentre lo spazio sociale europeo è in costante recessione da anni (e così pure le politiche pubbliche *welfariste* degli stati sovrani), la realizzazione del mercato interno procede a tappe forzate. A questo quadro poco confortante si aggiunge il carattere ambivalente della giurisprudenza della Corte di Giustizia, riflettendo invero l’impostazione dei Trattati, ossia “*the existence of a hierarchical relationship in which fundamental labour rights are subordinated to fundamental economic freedoms*”.¹⁰⁹ E per quanto non possa leggersi alcun legame diretto fra il *Laval quartet* della Corte di Giustizia, che resterà una delle pietre miliari dell’integrazione europea, e le politiche di *austerity*, certamente la paralisi in campo sociale dell’Unione, il deficit democratico, le affinità e la sorprendente coerenza delle scelte di fondo dei diversi attori politico-istituzionali, ci costringono quasi a pensare ad un *humus* comune¹¹⁰.

In quel modello generale definito “*embedded liberalism*” i diversi filoni che possono approssimativamente ricondursi alla distinzione teorica principale fra “*social-market*” e “*liberal-market*” hanno rappresentato parti costitutive dell’ordine sociale legittimo, e, come ricorda Streeck, per tutta una prima fase la costituzione economica europea ha risposto bene alle

¹⁰⁷ A. W. CAFRUNY, *European Integration Studies, European Monetary Union, and Resilience of Austerity in Europe: Post-mortem on Crisis Foretold*, cit.

¹⁰⁸ Così S. DEAKIN, *Social Policy, Economic Governance and EMU: Alternatives to Austerity*, in N. BRUUN – K. LORCHER – I. SCHOMANN (a cura di), *The economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, cit.

¹⁰⁹ E. ACHTSIOGLOU – M. DOHERTY, *There Must Be Some Way Out of Here: The Crisis, Labour Right and Member States in the Eye of the Storm*, in *European Law Journal*, 2014, 20, 2, p. 219 ss.

¹¹⁰ E. ACHTSIOGLOU – M. DOHERTY, *There Must Be Some Way Out of Here: The Crisis, Labour Right and Member States in the Eye of the Storm*, cit.

esigenze interne ed esterne degli stati¹¹¹. Ma le “asimmetrie” che hanno caratterizzato la storia europea – il prevalere dell’integrazione negativa su quella positiva, dell’integrazione monetaria su quella politica e sociale – hanno finito per vincolare le scelte politiche democratiche e per impedire il rinnovarsi del compromesso fra *social-market* e *liberal-market*, smentendo ogni speranza di addomesticare il capitalismo con la cultura dei diritti fondamentali¹¹². Molti ritengono che la crisi europea sia dovuta fondamentalmente alla forza distruttrice della globalizzazione economica mondiale, sicché la soluzione sarebbe “più Europa”, combinata semmai ad una democratizzazione dell’Unione, quale condizione necessaria e sufficiente per creare un’economia sociale di mercato e lasciarsi alle spalle la crisi di questi anni. Ma secondo altri, questa visione ottimista sottovaluta l’impatto di liberalizzazioni e de-regolazione del diritto della UE e il *deficit* democratico, sicché, in queste condizioni, “più Europa” potrebbe significare distruggere le legittime differenze fra gli stati e minare le residue possibilità di cambiamenti democratici delle politiche dei paesi europei in materia economica e sociale¹¹³.

Quale che sia la prospettiva futura più probabile, difficilmente l’intreccio perverso fra lo sviluppo sincopato ed involuto del disegno integrazionista e la nuova *governance* economica europea al di fuori del quadro euro-unitario, potrà essere modificato in tempi brevi. Realisticamente dovrà forse considerarsi inevitabile il declino dell’Europa sociale, la persistenza di conflitti e differenze più che di solidarietà fra i cittadini europei¹¹⁴ (non a caso, l’unica proposta in campo è oggi rappresentata dalla teoria delle “due velocità” prefigurando un’Europa che tende a presentarsi, secondo Majone, come un “club of clubs”)¹¹⁵.

Non può escludersi che di qui a qualche tempo, in mancanza di “scosse” positive, dopo un decennio di crisi e di *austerity*, si dovrà prendere atto del fallimento dell’idea della costruzione dell’Europa attraverso i diritti. Per reagire a questo stato di cose occorrerebbe certo battersi per un allargamento delle competenze della UE (per “più Europa”), senza cui qualsiasi obiettivo

¹¹¹ W. STREECK, *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, 2014.

¹¹² F. W. SCHARPF, *After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy*, in *European Law Journal*, 2015, 1, p. 115 ss.

¹¹³ F. W. SCHARPF, *After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy*, cit.

¹¹⁴ C. JOERGES, *Integration Through Law and the Crisis of Law in Europe’s Emergency*, cit.

¹¹⁵ Si v. G. D. MAJONE, *The Limits of Collective Action and Collective Leadership*, in D. CHALMERS – M. JACHTENFUCHS – C. JORGES (a cura di), *The End of Eurocrats’ Dream*, Cambridge University Press, UK, 2016.

sociale resta “sulla carta” alla stregua di una mera declamazione¹¹⁶. Sarebbe poi auspicabile che la politica sociale non sia concepita in funzione dell’integrazione economica e del mercato unico ma risponda a criteri e principi di giustizia distributiva,¹¹⁷ che si guardi finalmente alla “*harmonisation of basic labour standard as part of the process of fiscal and economic union*”¹¹⁸, pur dovendosi escludere, probabilmente in modo definitivo, la possibilità di costruire un modello sociale comune fra i diversi paesi europei¹¹⁹. Insomma, la speranza è che in qualche modo, come per i fenomeni carsici, l’Europa ritrovi la strada per tornare al dimenticato *Piano Werner*, di cui si è detto all’inizio, riattualizzando se non il suo programma quanto meno il suo vecchio *esprit*¹²⁰.

¹¹⁶ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realisation*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 13.

¹¹⁷ M. MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1998, pp. 16-25; A. SOMEK, *From Workers to Migrants, from Distributive Justice to Inclusion: Exploring the Changing Social Democratic Imagination*, in *European Law Journal*, 2012, 18, 5, p. 711 ss.

¹¹⁸ S. DEAKIN, *Social Policy, Economic Governance and EMU: Alternatives to Austerity*, in N. BRUUN – K. LORCHER – I. SCHOMANN (a cura di), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, cit.

¹¹⁹ C. JOERGES, *Integration Through Law and the Crisis of Law in Europe’s Emergency*, cit.

¹²⁰ In questa direzione il volume a cura di H. GEISELBERGER (a cura di), *La grande regressione*, Milano, 2017, e qui i contributi fra gli altri di APPADURAI, BAUMAN, FRASER, STRECK, MASON e MISIK.

Riccardo Del Punta

I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro

SOMMARIO: 1. Un diritto tutto “fondamentale” – 2. Un diritto che resiste (ma non senza difficoltà) – 3. La resistibile ascesa dei diritti fondamentali europei – 4. Eppure fondamentali restano.

1. *Un diritto tutto “fondamentale”*

Per inquadrare correttamente la prospettiva suggerita dal titolo è opportuno domandarsi, anzitutto, in quali circostanze e sulla base di quali dinamiche culturali il discorso giuslavoristico ha introiettato il tema dei diritti fondamentali. Quella che tocca descrivere, *more solito*, è una situazione sfalsata rispetto al diritto privato; senza voler riproporre, con questo, l’esausto (per me) *topos* della “diversità” del diritto del lavoro.

Affrontando il tema dall’ottica del giusprivatista, Andrea Zoppini ha parlato di una risorgenza dei diritti fondamentali (anzi, in quel contesto, soprattutto delle libertà fondamentali, a cominciare da quelle di circolazione nelle loro varie declinazioni) nel diritto privato, come conseguenza della maggiore facilità di applicazione diretta, nell’ordinamento interno, dei diritti primari di fonte UE rispetto a quelli di fonte costituzionale¹. Una vera *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, a parere di Zoppini, è emersa soltanto con la dimensione europea di tali diritti.

Questa medesima cosa, però, non credo che sia possibile riferirla al diritto del lavoro, nella misura in cui esso ha saldamente basato la propria identità su un *fondamento costituzionale*, per saggiare la cui solidità è sufficiente provare a collegare con una linea articoli come l’1 (con la sua perdurante forza suggestiva e mediatica), il 2 (per il riferimento alle formazioni sociali), il 3 (con il formidabile uno-due dei suoi commi), il 4, il 35, il 36, il 38, e infine il 41 secondo comma, in specie a fronte di una libertà economica (41

¹ V. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le “libertà fondamentali” dell’Unione Europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE, *Le “libertà fondamentali” dell’Unione Europea*, Roma, 2016, p. 9 ss.

primo comma) espunta dal novero dei principi fondamentali.

La celebrata ispirazione laburista della Costituzione, con il suo pieno riconoscimento, per stare alla nota classificazione marshalliana, dei diritti cd. di terza generazione, i diritti sociali dopo quelli civili e politici, è stata quindi, sin dagli anni '60 e '70 del secolo scorso, ma con i motori che avevano cominciato a scaldarsi sin dagli anni '50 (basti il nome di Ugo Natoli), la leva principale di sviluppo della materia, ed anche – per riprendere lo spunto di poco fa - l'alimento della narrazione della “diversità” della condizione del lavoratore subordinato rispetto ad altre condizioni di, non importa se equivalente, debolezza economico-sociale.

In questo modo, tra l'altro, una materia dal DNA così poco positivista come il diritto del lavoro ha sostanzialmente provato a positivizzare i (e quindi, anche a smettere di discutere dei) propri fondamenti valoriali, con la segreta speranza di sottrarli agli incerti della politica e quindi niente di meno che al processo della storia, e di farli assurgere, per dirla immancabilmente con Luigi Ferrajoli, alla sfera dell'”indecidibile”². Di ciò è una spia anche la frequenza di discorsi originalistici, basati sull'evocazione dell'autorità dei “padri fondatori”³.

A partire da una base così potente, che faceva assurgere il diritto del lavoro, lontano dalle frustrazioni di matrice giusprivatistica del diritto “secondo”, addirittura a “primo” diritto di attuazione costituzionale, era impossibile che le norme costituzionali non si diffondessero a macchia d'olio anche sul piano applicativo, con il decisivo concorso della giurisprudenza. E' risaputo, del resto, che l'avanzata della cd. legalità costituzionale, a scapito della più prevedibile legalità ordinaria, ha notevolmente potenziato il ruolo del giudice-interprete⁴.

² V., ad es., L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 19.

³ Va aggiunto che di questa latente destoricizzazione il giuslavorista social-tipico si è, per lungo tempo, quasi non avveduto, rassicurato com'era dal proprio storicismo progressista, insomma dal proprio fondo hegel-marxista rinfocolato dal costituzionalismo sociale del Novecento (per lo sviluppo di questo spunto v., se vuoi, R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2013, p. 37 ss.). Tuttavia questo atteggiamento è divenuto sempre meno sostenibile quando, per il potente effetto sistemico dei processi di innovazione tecnologica e di globalizzazione, nonché dei vari “post” che, anche a prescindere da quei processi, hanno cominciato a mutare irreversibilmente lo scenario di fondo, il diritto del lavoro è entrato in quel vortice di trasformazione, che campeggia anche nel titolo di questo contributo.

⁴ V. P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, 2016, spec. 27-28 (cui *adde*, sulla tematica complessiva, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, 3° ed., Torino, 2011).

La penetrazione interpretativa delle norme costituzionali è avvenuta, come pure è noto, per varie vie. Anzitutto tramite dirette affermazioni di precettività di tali norme, nelle quali sono state ravvisate delle vere e proprie “regole”, per usare la terminologia dworkiniana: l’antesignana di questi indirizzi è stata la giurisprudenza sulla retribuzione “sufficiente” *ex art.* 36, comma 1.

Ma gli esempi potrebbero continuare, perché spesso anche norme catalogabili come di “principio”, come il principio di eguaglianza *ex art.* 3, comma 1, anche al di là delle implicazioni che sono state poi recepite dalle norme ordinarie sui divieti di discriminazione, o il principio di difesa della libertà, sicurezza e dignità umana *ex art.* 41, comma 2, sono state oggetto in qualche modo di applicazioni dirette⁵. E dove non sono arrivate queste, ha cominciato ad essere utilizzato, anche se non sempre con ragionamenti stringenti e quindi col rischio di una preponderanza non mediata delle opzioni di valore dell’interprete, lo strumento dell’interpretazione conforme⁶.

Per riportare questa lenta ma progressiva evoluzione nel cono del tema in discussione, si può concludere che sino a questo punto la materia ha potuto esimersi dal tematizzare i diritti fondamentali, semplicemente perché si è concepita, tutta, senza gerarchie assiologiche né giuridiche interne, come “fondamentale”. Il che trovava un riscontro concreto, ad esempio, nell’attribuzione a tutte le norme lavoristiche, salvo eccezioni che poi, da palla di neve, sono divenute valanga, della forza giuridica dell’inderogabilità *in peius*⁷.

2. *Un diritto che resiste (ma non senza difficoltà)*

Un primo passaggio difficile si è però consumato già con la legge n. 146/1990 sugli scioperi nei servizi pubblici essenziali (molto importante anche dal punto di vista sistematico, per la sua focalizzazione sul “contenuto essenziale” dei “diritti della persona, costituzionalmente tutelati”), in

⁵ Per un’applicazione, nell’ambito di una pronuncia interpretativa di rigetto, dell’art. 41, comma 2, Cost., v. Corte cost. 9 marzo 1989, n. 103, dalla quale uscì l’affermazione dell’esistenza di un principio di parità di trattamento nel diritto del lavoro, che ballò, peraltro, una sola stagione.

⁶ In tema, e su molto altro, v. G. BRONZINI – R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento e clusole generali*, Milano, 2017, spec. p. 41 ss.

⁷ Su questo classico assetto della materia v., per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

occasione della quale il diritto del lavoro ha dovuto fare i conti con l'esistenza di altri diritti fondamentali come quelli degli utenti dei servizi pubblici essenziali. Ma, sino a questo punto, si trattava di conflitti *inter-rights*, cioè appartenenti a sfere diverse⁸, per quanto si osservasse spesso, per auto-rassicurazione, che gli utenti dei servizi pubblici erano soprattutto lavoratori.

Il difficile (il peggio, dirà qualche storicista ferito) doveva ancora venire. Quando, negli anni '90 e soprattutto 2000 (gli anni del Libro bianco e del Decreto Biagi⁹), si è diffuso il verbo della flessibilità e dunque è iniziato il processo di trasformazione del diritto del lavoro, l'enfasi sulla Costituzione e/o sui diritti fondamentali è, per molti versi, cresciuta, giacché la Carta ha cominciato ad essere vissuta come fronte di resistenza di fronte all'avanzata dei barbari, cioè dell'economia neo-liberista. Un'avanzata che minacciava di rovesciare quella preminenza del sociale sull'economico, nella quale ha sempre trovato alimento l'orgoglio costituzionale di un ampio e influente filone culturale¹⁰.

Nel contempo, il quadro è andato complicandosi anche dal punto di vista concettuale e valoriale, e conseguentemente politico. Ciò in quanto le riforme del diritto del lavoro di segno flessibilizzante hanno cominciato ad essere giustificate non soltanto con l'urgenza di consentire al sistema delle imprese di resistere alla tempesta della globalizzazione, ma anche con l'imperativo di difesa dei livelli di occupazione minacciati dalla competizione globale e dalla correlata riduzione strutturale dei tassi di crescita, oltre che dalle zavorre della situazione italiana, dall'alto debito alla bassa produttività.

La *job creation* ha cominciato a fare aggio, e per taluni - ecco la novità potenzialmente dirimpente - anche ad entrare in conflitto, con la *job protection* (rammento, su tutte, le provocazioni di Pietro Ichino¹¹, che si facevano forti di un utilizzo aggressivo, per le abitudini della materia, delle

⁸ Per questa concettualizzazione, nel quadro di un'analisi critica della complessa teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli, v. G. PINO, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2010, p. 287 ss.

⁹ Che ho descritto, dalla visuale della dottrina, in R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al Decreto Biagi*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Milano, 2008, p. 253 ss.

¹⁰ Il cui sentimento comune è stato così riassunto, come meglio non si potrebbe, da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2013, p. 48: "Oggi il riferimento sempre più intenso ai diritti fondamentali, piuttosto che l'effetto di una prepotenza ideologica, è il frutto dell'angoscioso bisogno di aggrapparsi a un dato istituzionale forte in un tempo in cui un nuovo "diritto naturale", quello delle leggi economiche, tende ad assorbire l'intero spazio della regolazione".

¹¹ V., ad es., P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996.

categorie economiche, ad es. di modelli come quello *insider-outsider*). E in questo caso si trattava, con implicazioni politiche molto più delicate, di un conflitto *intra-rights*, cioè tra diritti appartenenti alla medesima sfera, in sostanza tra i diritti dei lavoratori già occupati e il diritto al lavoro (art. 4) delle persone al di fuori del circuito occupazionale.

Si pensi al dibattito sull'art. 18, protrattosi per anni sino al doppio *vulnus* della Riforma Fornero del 2012 e del “contratto a tutele crescenti” del 2015: un dibattito nel quale il regime di tutela reale è stato preso di mira da una critica economica, alla fine vincente, secondo la quale la presenza di garanzie forti in uscita aveva un effetto depressivo sui livelli occupazionali.

Non mi interessa qui se questo argomento, come è noto controverso, fosse fondato o meno. Di certo, esso non era irricevibile, essendo il lavoro un bene del quale chiunque, a cominciare ovviamente dal giuslavorista, deve avere la massima cura. L'argomento sfidava, altresì, lo storicismo progressista del discorso di materia, inducendolo a ripiegare su una difesa, anche eticizzante ma naturalmente non solo¹², dell'identità minacciata.

Dibattiti come quello che ho citato, a parte l'assomigliare a un dialogo tra reciproche sordità specie nella versione giuristi/economisti, sono stati però rivelatori, perché hanno fatto emergere, per dirla in breve, che la Costituzione è molto ma non tutto, insomma che essa apre, e ovviamente orienta, il farsi del diritto ma non lo chiude, ridimensionando molto, in corrispondenza, l'area dell'”indecidibile” ferrajoliano. Ciò essenzialmente per tre motivi¹³:

a) perché i principi costituzionali debbono essere interpretati, e l'interpretazione torna ad esporli, sia pure entro limiti, alla politica e alla storia;

b) perché possono esserci principi, *ergo* diritti fondamentali, in potenziale conflitto tra loro, a dispetto di quelle che Giampiero Pino ha chiamato posizioni ireniste o comunque coerentiste¹⁴ (che hanno un campione nel già menzionato Ferrajoli, ma che al fondo hanno caratterizzato la maggior parte della dottrina giuslavoristica), il che costringe non tanto a sceglierne uno a scapito di un altro, quanto a cercare un bilanciamento tra essi (come ha appunto fatto, a livello legislativo, la legge n. 146/1990);

¹² Ne è testimonianza la ricchezza dei contributi che Lavoro e diritto, in occasione del suo trentennale nel 2016, ha raccolto a partire dallo spunto tematico dell'autonomia o della subordinazione del diritto del lavoro, rispetto al pensiero economico più o meno unico. Si v., per tutti, L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *Lavoro e diritto*, 2016, p. 585 ss., discusso da R. DEL PUNTA – B. CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *Lavoro e diritto*, 2016, p. 645 ss.

¹³ Che ho già avuto modo di porre in evidenza in precedenti scritti.

¹⁴ V. G. PINO, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, cit.

c) *last but not least*, ed è questo un aspetto quasi sempre trascurato dai teorici del diritto, perché possono esservi principi che non si realizzano in forza di meri tratti di penna normativi, ma che richiedono politiche, e dunque una selezione dei mezzi atti a perseguire dati fini; e su tale selezione di politiche, che spetta a sua volta alla politica, auspicabilmente orientata dalle scienze sociali, la Costituzione ha poco, se non nulla, da dire.

Tutti questi fenomeni hanno fatto sì che, se pure la Costituzione è naturalmente rimasta, almeno nel campo del diritto del lavoro, il primo serbatoio dei diritti sociali fondamentali, dal quale i giudici hanno continuato ad attingere in particolare tramite lo strumento multi-uso dell'interpretazione conforme, la sua forza propulsiva si è in qualche modo, non dico esaurita, ma ridotta.

Essa, in particolare, non si è sinora rivelata in grado di incidere, se non per aspetti marginali o di fronte a norme vistosamente fuori fase¹⁵, sul processo fondamentale di trasformazione in atto sin dagli inizi del secolo¹⁶, e del quale il *Jobs Act* ha rappresentato la più recente e radicale tappa, cioè sull'apertura del diritto del rapporto di lavoro all'istanza di flessibilità e sulla ridislocazione delle tutele dalla protezione del lavoratore nel rapporto a quella nel mercato del lavoro.

Non rammento sentenze di decisivo rilievo a tale riguardo. In particolare, per restare sul tema più discusso, si è confermato (ma risultava già dalla pregressa giurisprudenza¹⁷) che la tutela ripristinatoria-reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo è priva di un radicamento costituzionale.

Vedremo ora se accadrà o no lo stesso con il *Jobs Act*, che essendo stato, per alcuni aspetti, più radicale, si è maggiormente esposto al rischio di censure di legittimità, peraltro soprattutto sotto il profilo del principio di eguaglianza e del correlato sindacato di ragionevolezza (si pensi a formule come quella, da taluno giudicata incongrua, dell'"insussistenza del fatto materiale" nel regime sanzionatorio del licenziamento disciplinare ingiustificato), che resta comunque diverso ed a maglie molto più larghe

¹⁵ Ve n'è stata persino una (l'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368/2001, inserita dal d.l. n. 112/2008) che, nell'ansia di porre un argine al contenzioso sui contratti a termine delle Poste, si era preoccupata soltanto di incidere sulle controversie in corso: ovviamente Corte cost., n. 214/2009, non è stata d'accordo.

¹⁶ Cioè da prima che venisse lanciata a livello europeo la parola d'ordine della *flexicurity* (su cui v. *infra*, nel testo). Uno dei maggiori teorizzatori di questo mutamento della filosofia di protezione è stato Marco Biagi (ad es., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, I, p. 257 ss.). Si v. anche, con una costante presenza istituzionale, T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001.

¹⁷ V. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46.

rispetto al profilo inerente alla natura “fondamentale” dei diritti in gioco.

Sino ad adesso, quindi, per dirlo in una parola, ma senza sottintendere con ciò che il *Jobs Act* sia tutto rapportabile a tale semplificante formula (per quanto esso ampli, indubbiamente, gli spazi di esercizio di importanti poteri datoriali), il sospetto è che il neo-liberismo, almeno sin quando non varca certi limiti, e si preoccupa di introdurre compensazioni sistemiche (è il caso dello scambio fra tutele nel rapporto e nel mercato), non entri in irreparabile contrasto con l’ordine costituzionale¹⁸. Ma mi riservo di integrare questo discorso più avanti, alla luce di uno sguardo allargato all’ordinamento europeo.

In effetti, forse anche per il relativo indebolirsi dell’ancoraggio costituzionale a fronte della profondità dei processi di riforma in atto, molti interpreti hanno cominciato a guardare con maggiore attenzione, unita a speranza, all’Europa. Ma, anche lì, si sono trovati di fronte a uno scenario che, da forse illusoriamente semplice, si è presto fatto complicato.

3. *La resistibile ascesa dei diritti fondamentali europei*

In un primo tempo, e soprattutto dopo l’Accordo sulla Politica Sociale di Maastricht, quando il diritto CE, dopo i vagiti degli anni ’70 e i progressi istituzionali degli anni ’70, era sembrato scrollarsi di dosso il marchio d’infamia della “frigidity sociale”¹⁹, gli interpreti avevano cominciato a credere nell’“armonizzazione nel progresso”²⁰.

Ciò, nel campo specifico, attraverso lo strumento principe delle direttive, in relazione alle quali, a dispetto degli intrinseci limiti di efficacia

¹⁸ Una maggiore capacità di impatto, ma sempre grazie all’arma del sindacato sulla ragionevolezza, la Corte costituzionale l’ha semmai dimostrata in tema di riforme previdenziali, non meno al centro dell’attenzione di questi anni, in relazione al quale, accanto a numerose pronunce che hanno preso atto della discrezionalità legislativa in materia, ve ne sono state altre che si sono poste in funzione di contrasto (la più nota delle quali è stata Corte cost., 30 aprile 2015, n. 70, *Foro it.*, 2015, I, 1855, che ha dichiarato illegittima una norma della l. n. 214/2011 in tema di pensioni).

¹⁹ Per una ricostruzione storiografica alquanto diversa (ma a mio avviso non persuasiva), ispirata all’idea che la missione sociale fosse iscritta nel DNA fondativo della Comunità Europea, v. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bologna, 2003.

²⁰ Anche se M. D’ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU – B. CARUSO – S. SCIARRA (a cura di), 1996, p. 22, avvertiva che il processo di integrazione avrebbe potuto avere come esito una pragmatica “armonizzazione funzionalista”, piuttosto che una più ambiziosamente “coesiva”.

negli ordinamenti nazionali, si è provato in qualche modo a trasporre a livello europeo quella logica di tutela, fondata su prescrizioni minime, sulla quale si erano già edificati i diritti del lavoro nazionali²¹.

Quello della “cattiva trasposizione” è così divenuto (ad es. in tema di normativa antidiscriminatoria o di diritti dei lavoratori nel trasferimento tra imprese) un *topos* ricorrente di una dottrina rassicurata dalla possibilità di utilizzare la leva comunitaria per un innalzamento o un consolidamento dei livelli di protezione. Di pari frequenza ha cominciato ad essere il richiamo alle direttive come canoni di interpretazione.

Questa diffusione orizzontale della normativa CE, poi UE, ha trovato un'importante sponda in quelle sentenze della Corte di Giustizia che, lavorando su materiali spuri, hanno avviato un'opera di faticosa ma progressiva enucleazione di diritti fondamentali di dimensione europea²².

A forzare troppo questa giurisprudenza ne sono venute, peraltro, anche delusioni per il fronte più radicalmente progressista. Quando le direttive hanno iniziato ad inoltrarsi negli spinosi territori delle tipologie flessibili (come la n. 99/70/CE sul contratto a tempo determinato, palestra di molte esercitazioni giurisprudenziali), e un legislatore nazionale di orientamento revisionista ha approfittato dell'occasione offerta dalla trasposizione interna per introdurre misure di flessibilizzazione (il d.lgs. n. 368/2001), v'è chi ha provato a utilizzare la clausola di non regresso, contenuta (con varie formulazioni) in molte direttive, come linea del Piave nei confronti di mutamenti peggiorativi della legislazione nazionale²³. Una tesi però sopra le righe, che difatti non ha trovato vere sponde nella Corte di Giustizia.

Era quindi diffusa la consapevolezza che il pur importante apporto dato da questa prima fase di giurisprudenza comunitaria non fosse sufficiente, da cui l'impegno di un importante filone della dottrina in favore di una costituzionalizzazione dei diritti sociali su scala europea²⁴.

Anche da questo movimento, come è noto, è venuta la Carta europea dei

²¹ V., ad es., S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2006, p. 36 ss.

²² V. M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, e, con un respiro di ricerca europeo, S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts*, Oxford-Portland, 2001.

²³ V., ad es., U. CARABELLI – V. LECCESE, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2004, p. 535 ss.

²⁴ V., ad es., S. SCIARRA, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversia costituzionalizzazione*, in D. GAROFALO – M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006; B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. IV, parte V, Milano, 2004, p. 3803 ss.

diritti sociali fondamentali, che anni dopo, col Trattato di Lisbona, sarebbe riuscita a entrare nel nuovo Trattato europeo (art. 6, comma 1, TUE). Ma sin dalla sua adozione in quel di Nizza la Carta è divenuta un secondo riferimento imprescindibile, accanto alle Costituzioni, per la tematica dei diritti fondamentali.

È interessante ricordare, tuttavia, che quando è uscita essa è stata oggetto, nella letteratura giuslavoristica, di commenti dottrinali di diverso segno, i quali hanno tradito, talora, una punta di delusione, se non di dissenso. Ciò in quanto i suoi contenuti, improntati a un misurato liberalismo sociale (senza, per intendersi, l'art. 3 comma 2)²⁵, rivelavano, per palati forgiati sulla Costituzione italiana, qualche timidezza o reticenza di troppo; al punto che questi critici si mostravano rassicurati, specularmente, dalla clausola di salvaguardia dei contro-limiti costituzionali, prevista dall'art. 53 della Carta europea.

Esemplare, al riguardo, la posizione di Stefano Rodotà, da un lato volta ad enfatizzare l'importanza della Carta, in particolare per la solenne sottolineatura del valore della dignità della persona, ma dall'altro lato impegnata a ridurre al massimo, grazie alle risorse di una risaputa maestria argomentativa, la distanza tra alcuni principi del documento e le più avanzate frontiere della Costituzione repubblicana²⁶.

Nell'insieme, comunque, la Carta europea non ha aggiunto molto ad un patrimonio di diritti che, almeno nell'ordinamento italiano, era già cospicuo.

Non molto, ma qualcosa, ed anche di importante, sì.

Merita una menzione, anzitutto, il diritto al lavoro, nel senso apparentemente sotto tono, ma in realtà più importante di alate proclamazioni, di diritto a poter contare su servizi che favoriscano il collocamento al lavoro, che si può facilmente dedurre dall'art. 29 della Carta, e che è parte dominante delle attuali politiche del lavoro europee, rivolte a rafforzare l'*employability* delle persone ed a proteggerle nelle transizioni di mercato.

Ma, soprattutto, e per restare nel cuore dell'attualità politica, mentre la Costituzione italiana tace sul tema del licenziamento, come è naturale data l'epoca della sua elaborazione, l'art. 30 della Carta attribuisce ad ogni lavoratore "il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazione e prassi nazionali".

La presenza di questo limite ha escluso, dal novero delle possibili scelte del legislatore del 2015, quella della sostituzione dell'attuale sistema, incentrato sul controllo giudiziale sulla giustificazione del licenziamento,

²⁵ Per questa lettura della Carta debbo ancora rimandare, per economia di esposizione, a R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, cit.

²⁶ V. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., spec. p. 28 ss.

con un meccanismo prevedente l'erogazione di un'indennità (di importo tendenzialmente ridotto) a fronte di ciascun licenziamento disposto per ragioni economiche, a prescindere dall'accertamento del carattere non giustificato dello stesso. Ciò, sebbene questa diversa soluzione sia rientrata in qualche misura dalla finestra, mediante il cavallo di Troia rappresentato dall'incentivazione molto spinta (grazie ad un bonus fiscale) alla conciliazione della lite.

Il che però non significa, a mio parere, che l'art. 30 offra argomenti per una contestazione del superamento, ormai quasi del tutto realizzato col d.lgs. n. 23/2015 (dopo la soluzione più compromissoria dell'art. 18, l. n. 300/1970, novellato dalla Riforma Fornero del 2012), della tutela ripristinatoria/reintegratoria. Ciò in quanto la scelta del regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato è comunque lasciata agli ordinamenti nazionali. Resta però spazio per un sindacato sulla adeguatezza dei rimedi previsti.

Nel complesso, non mi sento di affermare, quindi, che l'assunzione della Carta europea a livello del Trattato abbia significativamente rafforzato il patrimonio dei diritti sociali fondamentali legati al lavoro.

Ma ciò non tanto per via di applicazioni rigorose dell'art. 51, comma 1, della Carta stessa, che ne limita l'applicazione all'attuazione del diritto dell'Unione. Infatti, a parte che la "protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del rapporto di lavoro" rientra tra le materie nelle quali, per l'art. 153, comma 1, TFUE, è previsto che l'Unione sostenga e completi l'azione degli Stati membri, mi parrebbe paradossale dimenticare che tutte le riforme strutturali discusse in questi anni hanno un diretto addentellato europeo (anche se qui sto parlando non tanto dell'Europa dei Trattati e dei diritti, quanto di quella dell'economia e dell'austerità, sulla quale tornerò tra poco). Mi sento di desumerne che in linea di massima la Carta europea dovrebbe poter fungere da contro-limite in questa ampia zona di riforme, senza delimitazioni troppo zelanti del suo possibile campo di operatività.

La questione mi pare, invece, di contenuto dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione, che per un ordinamento con una solida base costituzionale come il nostro restano importanti a livello di conquiste storiche, ma non supportano, alla fine dei giochi, il tentativo di ravvisare nella Carta europea una super-clausola di non regresso.

Del resto, anche la dottrina che maggiormente insiste sul valore dei diritti fondamentali, piuttosto che "sporcarsi le mani" con riflessioni sul contenuto dei medesimi, tende spesso a enfatizzarne la portata complessiva, ideologica nel senso anche bello del termine, non di rado additandoli

come simboli di resistenza della persona di fronte all'avanzata della logica economica capitalistica. Il già evocato e da poco compianto Stefano Rodotà, ad esempio, ha scritto pagine bellissime sulla dignità, incluso un suggestivo collegamento tra il principio dignità e quello di sufficienza della retribuzione, nel nome di una "nuova antropologia", ma non direi che le sue parole aiutino a penetrare davvero la dimensione problematica, e qualche volta tragica, del tema dei diritti fondamentali²⁷.

Sullo sfondo di questo tipo di approccio continua a giocare un ruolo la negazione, à la Ferrajoli, della possibilità stessa di un conflitto tra diritti fondamentali: un punto circa il quale, peraltro, mi sembrano da accogliere le puntualizzazioni critiche di Giampiero Pino²⁸.

In ogni caso, le considerazioni svolte trovano riscontro in una giurisprudenza che ha sin qui fatto, dei principi e dei diritti della Carta europea dei diritti fondamentali, un impiego alquanto cauto. Pertanto anche in questo caso, come già in rapporto alla Costituzione, ritengo che la maxi-riforma del diritto del lavoro adottata dal Governo Renzi dovrebbe riuscire a passare, nel complesso (e pur con i segnalati dubbi in merito alla disciplina del licenziamento), il vaglio di un sindacato (che potrebbe essere, al limite, anche di costituzionalità per il tramite dell'art. 117, Cost.)²⁹ condotto alla luce della Carta.

A mutare le cose potrebbe essere una generalizzata attribuzione di efficacia diretta orizzontale alle previsioni della Carta europea: ma essa (al di là degli effetti stravolgenti che potrebbe avere sull'ordine giuridico interno) pare riconosciuta, allo stato, soltanto a norme già presenti a livello di Trattato (come quelle che sanciscono la parità di retribuzione tra uomini e donne, o il divieto di discriminazione per età³⁰), e comunque già coperte in misura soddisfacente dagli ordinamenti nazionali, incluso quello italiano³¹. Ciò

²⁷ V. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 179 ss.

²⁸ V. G. PINO, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, cit.

²⁹ Sulla scia dell'indirizzo inaugurato, in riferimento alla CEDU, da Corte cost. n. 348/2007 e n. 348/2007, in *Foro it.*, 2008, I, p. 39 ss.

³⁰ V. CGUE, 19 gennaio 2010, C-555/07, Kukuldeveci.

³¹ Per la negazione di effetti diretti della Carte, in un caso riguardante proprio il diritto del lavoro, v. CGUE, 15 gennaio 2014, C-176/12, Association de médiation sociale: "L'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea, deve essere interpretato nel senso che esso - ove una norma nazionale di trasposizione di detta direttiva, come l'art. L. 1111-3 del *Code du travail* francese, sia incompatibile con il diritto dell'Unione - non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale".

anche in ragione dell'ostacolo rappresentato dal fatto che pressoché tutte le norme della Carta sono di mero principio, *ergo* non auto-applicative³².

Last but not least, inoltre, a impedire un'espansione in senso forte del raggio di incidenza dei diritti fondamentali sta pure la circostanza, già emersa nella trattazione, che mentre da un lato il processo di armonizzazione normativa nel progresso sembra essersi arrestato a seguito dell'allargamento dell'UE, dall'altro lato le letture più garantistiche del corpo europeo dei diritti fondamentali si presentano in tendenziale antinomia rispetto ad un'altra Europa, con la quale occorre pure fare i conti, anche perché divenuta sempre più dominante: quella della prevalenza delle politiche occupazionali sui temi della tutela del lavoro (Strategia di Lussemburgo: 1997), della *flexicurity* e delle riforme strutturali dei sistemi di diritto del lavoro (2006-2008), e più di recente, drammaticamente, del *Fiscal Compact* e dell'austerità.

Nel contesto attuale dell'Europa economica, è realisticamente difficile, pertanto, che l'Europa dei diritti possa espandersi oltre un certo limite, né tantomeno si può pensare che la Corte di Giustizia possa mettersi di traverso rispetto all'impostazione di fondo delle politiche economiche e del lavoro europee³³. Ciò, a maggior ragione, in considerazione del fatto che già nel classico *acquis* comunitario c'è tutta la potenziale carica destrutturante, sui diritti del lavoro nazionali, esercitabile dalle libertà economiche, e in particolare dalla libertà di prestazione dei servizi³⁴.

Quanto si è osservato, peraltro, non deve far dimenticare che l'insieme dei diritti fondamentali che possono essere tratti dai principi espressi da Costituzione, Carta europea dei diritti fondamentali e CEDU, resta comunque tale da favorire potenti sincretismi interpretativi che, anche per effetto dei rimandi reciproci tra queste fonti, e tra i corrispondenti

³² Né il quadro muta sostanzialmente se al richiamo della Carta europea aggiungiamo quello della CEDU (senza con ciò entrare nel complicato tema dell'adesione dell'UE alla CEDU), anche perché essa non contiene principi che rechino particolari addizioni di tutela nel campo specifico del lavoro. Inoltre, ma anche qui procedendo senza organicità, le sentenze della Corte di Strasburgo danno luogo, di solito, ad applicazioni misurate del metodo del bilanciamento. Si prenda ad esempio CEDU, IV sez., 12 gennaio 2016, *Barbulescu c. Romania*, la quale ha affermato che le ingerenze del datore di lavoro negli strumenti informatici in dotazione ai dipendenti sono di massima legittimità alla luce del diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8*, CEDU, purché, come nel caso, preventivamente pubblicizzate e non eccessivamente invasive. Da questa pronuncia, tra l'altro, sembra lecito desumere la compatibilità con la Convenzione del nuovo art. 4 dello Statuto dei diritti dei lavoratori, come riscritto dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015.

³³ In argomento, v. FONTANA, 2015.

³⁴ Per un segnale controcorrente di progresso nella delicata materia del distacco transnazionale dei lavoratori, si v. la direttiva 2014/67/UE, che è stata recepita, in Italia, dal d.lgs. n. 136/2016.

orientamenti delle rispettive Corti superiori, si stanno dimostrando in grado di incidere in misura significativa su diversi argomenti, nonché, soprattutto per il tramite dell'interpretazione conforme, sui processi interpretativi del diritto nazionale³⁵.

Su tale piano, tra l'altro, i ragionamenti a partire dai diritti fondamentali veri o presunti tendono a confondersi, nella giurisprudenza, con quelli semplicemente ispirati alle direttive UE, che anche quando non contengono diritti fondamentali in senso proprio, incidono comunque, in qualche modo dall'alto, sull'interpretazione delle norme interne di recezione (penso a capitoli giurisprudenziali come quelli relativi alla nozione di orario di lavoro o di trasferimento di impresa, nei quali la giurisprudenza europea ha giocato un ruolo decisivo).

4. *Eppur fondamentali restano*

La mia conclusione è che, dalla visuale specifica del diritto del lavoro, il tema dei diritti fondamentali assume una connotazione peculiare rispetto ad altre discipline, per ragioni almeno in parte riconducibili al fatto che tale tema si è posto non in un'ottica di penetrazione di nuovi diritti in contesti dai quali essi erano assenti, bensì in una di apprestamento di una seconda linea difensiva, una volta sgretolatosi il primo fronte a seguito dei processi di smottamento delle garanzie dovuti all'avanzata della legislazione della flessibilità.

Peraltro, quelle prevedenti diritti ipoteticamente fondamentali sono di solito norme di principio, come tali soggette ad interpretazioni che debbono riscattarne un contenuto spesso vago e indeterminato, nonché passibili

³⁵ Va detto, peraltro, che questi sincretismi interpretativi non risultano sempre persuasivi. Ad es. Cass., Sez. Lav., n. 2210/2006, tra l'altro redatta da un magistrato di riconosciuta competenza e serietà, trovandosi a scrutinare la disposizione di legge che esclude gli apprendisti dal computo dell'organico occupazionale ai fini dell'applicazione di varie discipline tra cui quella sulle assunzioni obbligatorie dei lavoratori disabili, ha ritenuto la stessa illegittima in nome del principio di tutela del disabile, figurante in tutte le Carte europee ed internazionali (inclusa la Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti del disabile). Fra il principio e l'implicazione che la sentenza ne ha ricavato non sembra però esservi un nesso stringente, visto che il legislatore domestico ha comunque la facoltà di graduare gli obblighi di assunzione a seconda della consistenza occupazionale dell'impresa, ed ha pure quella di stabilire i criteri di computo di tale consistenza, senza che possa essergli opposto un generico favor verso i disabili. È significativo, di passaggio, che la pronuncia abbia invocato l'art. 26 della Carta europea dei diritti fondamentali come parametro interpretativo, pur riconoscendo che la questione esaminata esula dal campo del diritto UE.

di entrare in conflitto con altri principi e come tali esposte alla logica del bilanciamento³⁶. Il che non sminuisce, beninteso, la loro importanza, ma sposta il focus sulla qualità e sull'attendibilità dei processi interpretativi.

Resta improbabile, peraltro, che i diritti in discorso possano frapporre ostacoli insormontabili a normative di riforma anche radicale come quelle attuate, nel recente periodo, in Italia come in altri paesi europei.

Nondimeno, tali diritti restano comunque importanti come argini di fronte agli eccessi di quella legislazione, e come *pro memoria* del dovere di ricercare comunque degli equilibri sistemici, come nello scambio, pur certamente problematico, fra tutele nel rapporto e nel mercato, che è all'origine della proposta europea della *flexicurity*.

In questo spirito, a mio avviso, si è autorizzati a richiedere alla legislazione di riforma la piena coerenza con se stessa: se essa prefigura un modello nuovo di protezione del lavoratore, orientato al rafforzamento della sua posizione nel mercato del lavoro, occorre che tale posizione venga supportata da un'adeguata dotazione di diritti (ad es., alla formazione ed alla riqualificazione professionale), e soprattutto da una rete moderna di servizi per il lavoro.

Ricordo che quando la Carta dei diritti fondamentali fu adottata, vi furono, per le strade di Nizza, violenti scontri di piazza, che esprimevano una profonda insoddisfazione per la forza sociale del documento. Col senno di poi, invece, ma a mio giudizio anche con quello di allora, la Carta può essere considerata un passaggio cruciale nella difesa del modello sociale europeo in un contesto globale ormai irreversibilmente mutato.

È la dottrina, al riguardo, può fare ancora molto, tanto per aprire ulteriormente la prospettiva dei diritti sociali fondamentali, quanto per riflettere, forse con una maggiore dose di concretezza, sull'effettivo contenuto di tali diritti, al fine di sceverare ciò che è fondamentale, ma non può essere fatto automaticamente coincidere con tutto il diritto del lavoro classico, da quello che non lo è.

D'altronde, quando tutto diviene fondamentale, si rischia che nulla finisca con l'esserlo.

³⁶ Salvo che per posizioni come quella già ricordata di Ferrajoli, il quale, negando il conflitto a monte, nega anche il bilanciamento a valle, e ammette, al massimo, una ponderazione rispetto al caso concreto: v. L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013, spec. p. 82 ss.

Pietro Rescigno

Conclusioni

Raccolgo le cortesi sollecitazioni degli amici a dire qualcosa. Ci provo, con un certo disagio e imbarazzo, perché la prospettiva in cui è stato trattato questo tema, avendo riguardo a momenti significativi dell'esperienza sia del diritto nazionale che della dimensione sovranazionale, m'induce a manifestare un sentimento di ammirazione. Allo stesso modo non posso non constatare come la generazione a cui appartengo si muoveva, anche dal punto di vista delle categorie concettuali, in ambiti assai più ristretti rispetto a quelli che si dischiudono al giusprivatista nell'attuale stagione.

Molte delle relazioni offerte oggi si affidano al metodo casistico, muovono cioè dall'analisi di vicende che riguardano soggetti specifici portatori d'interessi giudicabili alla luce dell'intero sistema e che successivamente passano nella cultura giuridica, oltre che ad essere utilizzate dalla pratica del diritto, rilevando sul terreno della riflessione concettuale e teorica e contribuendo così all'evoluzione del sistema. Tale approccio era, di fatto, inusuale nella dottrina a cui appartengo e di conseguenza, nel registrare questo dato, avverto il peso, per non dire l'arretratezza, di una cultura e di un metodo di lavoro al cui sviluppo ho provato a contribuire.

Ho sentito, con sincero apprezzamento, queste relazioni – e un sentimento di sincero apprezzamento mi sia consentito di manifestare ad Andrea Zoppini e Giorgio Resta per aver promosso questo convegno –, che ripropongono il tema dei diritti fondamentali in Europa e del loro impatto nel diritto privato. In questa prospettiva abbiamo sentito tracciare l'evoluzione storica dei diritti fondamentali garantiti dalle carte europee che nascono originariamente come limitazioni da opporsi alle iniziative dello Stato, come strumenti di limitazione della sua competenza, fatte valere dal singolo individuo, divenendo poi pretese fatte valere anche da gruppi collettivi e comunità che vivono nell'ambito dello Stato.

I casi menzionati negli interventi, che si sono succeduti, parlano, oltre che alla nostra capacità di comprenderne la rilevanza sul terreno del diritto, e di assumere una posizione rispetto a ciò, anche alla nostra coscienza di uomini. Forse il discorso, svolto su un piano assai elevato di dati dell'esperienza e di proposte costruttive, non ha avuto modo di considerare le singole libertà, i singoli rapporti dei quali, attraverso le pronunce delle corti, si procede al

riconoscimento e vengono inseriti in una cerchia di pretese garantite che entrano così nel sistema generale. L'eguaglianza, la dignità, come formula, forse, la più comprensiva dei diritti della persona, non sono rimaste estranee al discorso e tuttavia non hanno rappresentato i punti d'insistenza e di particolare approdo delle nostre considerazioni.

I giuristi della vecchia generazione, pur parlando di un dato estrinseco rispetto al discorso giuridico, non ignoravano le dimensioni sovranazionali, sebbene si muovessero in un mondo meno articolato, in cui già le fonti di produzione del diritto erano chiuse in spazi più modesti di quelli in cui oggi ci si muove. Studiavamo il tema dell'eguaglianza, il tema della dignità, e anzi da questi principi svolgevamo motivi di critica generale del sistema e tuttavia non ritenevamo che questi principi potessero essere accolti, ricavati da fonti sovranazionali e quindi s'imponessero direttamente, senza necessità di una mediazione della norma o di clausole generali presenti nel sistema. Ci sembrava - almeno a quelli di noi che avevano dedicato qualche riflessione e qualche meditazione in più a questi temi - rappresentare un'abdicazione al compito di un diritto privato adeguato ai tempi accogliere questa prospettiva applicativa dei diritti fondamentali. In particolare questa prospettiva ci sembrava approdare, nell'ambito della stessa attività del giusprivatista, a una risposta non all'altezza degli interrogativi posti dai bisogni che nascevano dall'esperienza di vita e che in alcuni casi coinvolgeva comunità minori nell'ambito della comunità statale.

Ho menzionato l'eguaglianza e la dignità, quest'ultima, dicevo, come la formula più comprensiva dei diritti della persona, dei diritti umani, e rispetto a queste formule abbiamo ascoltato l'opportuno rilievo che esse possono essere anche considerate come equivalenti, se non come sinonime.

Spesso in passato denunciavamo anche le lacune o addirittura le risposte che non rispondevano alle esigenze, alle rivendicazioni, alle attese del nostro tempo, richiamando istituti che sopravvivevano nei sistemi positivi e che si manifestavano lesivi di queste enunciazioni, lesivi della stessa proclamazione dell'eguaglianza formale, ripetuta nelle Costituzioni del nostro tempo e che evocava il principio accolto già dalle Costituzioni liberali ottocentesche. In questo modo concetti come l'immunità, il privilegio, la dispensa e le altre forme di diseguaglianza che connotavano i sistemi positivi finivano per entrare nel nostro discorso critico. Quando però ci è sembrato di non poter dare una risposta positiva al problema della *Drittwirkung*, cioè di questa efficacia immediata delle norme di produzione sovranazionale nel sistema, non ritenevamo di prendere una posizione negativa di fronte alla necessità che certi principi entrassero nell'uso concreto del diritto, orientassero

l'interpretazione delle previsioni normative o concorressero a riempire di contenuto le clausole generali. Quando in passato pressioni, rivendicazioni, che venissero dalla società, sollecitavano al giudice di fornire una risposta anche alla luce dei diritti fondamentali, non pensavamo che le fonti sovranazionali dovessero rimanere inascoltate, che non dovessero provocare un ripensamento delle categorie del nostro sistema di diritto privato. Ritenevamo che, in definitiva, attraverso gli strumenti abituali e quelli che incontravano un positivo riconoscimento nel nostro sistema, potessero essere sufficienti a svolgere l'adattamento del sistema di diritto privato attraverso il principio di ordine pubblico; così come, anche oggi, a fronte della ricchissima ricostruzione di istituti, di strumenti affidati all'interprete, abbiamo sentito evocare ancora questa clausola generale come presidio delle prerogative riassunte nella formula dei diritti fondamentali.

Il discorso si è appuntato, cortesemente, sul mio nome in ragione della posizione manifestata in passato a difesa di quella particolare libertà, che riassumiamo nel concetto di autonomia negoziale della persona. L'idea manifestata allora consisteva in ciò, che una quasi meccanica opera di ripensamento dell'autonomia negoziale, nel senso di subordinarla al rispetto di tutti i diritti fondamentali, potesse tradursi in una radicale messa in discussione del principio. Questa posizione si fondava anche sulla ricognizione di quei settori, come il diritto successorio, che sono sottratti alla logica del contratto e del mercato, e quindi resistono a una ricostruzione in termini di conservazione degli spazi di libertà e di autonomia.

Intervenendo in chiusura di questo convegno conviene confermare, o perlomeno giustificare, un'idea risalente che consiste nel mettere in guardia sui rischi che un'efficacia immediata dei diritti fondamentali possa tradursi in una compressione ingiustificata dell'autonomia negoziale. È, questa, un'opinione che oggi può essere sottoposta ad autocritica, una sorta di censura, sia pure tardiva, da parte dei giuristi che hanno lasciato, da tempo, la scena su cui hanno svolto il loro lavoro. Non solo, oggi, con il moltiplicarsi delle fonti, osserviamo dinamiche applicative di alcuni diritti fondamentali che investono direttamente il rapporto individuale o il rapporto collettivo privato, intesi come termini essenziali dei campi di azione della nostra esperienza e della nostra riflessione.

Se vogliamo rendere questa posizione agli studiosi delle generazioni che oggi sono, al contrario, impegnate a giustificare l'idea dell'efficacia immediata di diritti fondamentali nei rapporti di diritto privato, occorre, in primo luogo, motivare affermando che in quegli anni si avvertiva la necessità di rivendicare gli spazi di esercizio dell'autonomia privata e in particolare dell'autonomia

contrattuale. Si pensava allora che il sacrificio di questi spazi, totale o parziale che fosse, avrebbe provocato un'assurda limitazione delle libertà individuali e, allo stesso tempo, chi argomentava in questo senso, era portato a pensare che quelle stesse garanzie fondamentali dovessero portare, anche sul terreno dell'esperienza giudiziale, ad una integrazione del sistema giuridico in termini di pretese individuali e collettive da tutelare. Oggi il sistema appare costruito su queste direttive che vengono da lontano, da una dimensione sovranazionale, sebbene sia una dimensione che si traduce in una tradizione comune che abbiamo contribuito a creare e che abbiamo altresì collaborato a trasmettere e a rinvigorirsi nel tempo.

L'invito a concludere il convegno che non sarebbe potuto essere onorato in senso proprio, cioè svolgendo delle conclusioni nel senso tradizionale dell'espressione, viene da me onorato con un intervento che si limita a manifestare l'idea che aver assunto, in anni lontani, questa posizione negativa rispetto alla *Drittwirkung* non significava abdicare ad un compito che credo poi, sia pure in maniera incompiuta e forse sotto tanti aspetti criticabile, la generazione degli studiosi, a cui ho appartenuto, ha cercato di svolgere.

La mia generazione ha tentato di svolgere questo compito, avendo considerazione del novero delle fonti che allora ritenevamo produttive di diritto, ricorrendo agli strumenti e alle tecniche integrative del sistema, anche avvalendoci dell'uso di quei concetti elastici, presenti nell'ordinamento positivo, che permettevano, soprattutto al giudice, di venire incontro a queste esigenze di libertà e di riconoscimento dei diritti che la società civile chiedeva.

Non voglio, con questa sorta di testimonianza, dare l'idea di una rivendicazione che viene da lontano, legata a una stagione del pensiero e della cultura giuridica ormai chiusa, così come confesso che avrei voluto inserirmi in maniera più preparata nel dialogo che Andrea e Giorgio hanno voluto stimolare. In tutti i convegni, a cui prendo parte, cerco di resistere all'idea di dettare una sorta di testamento spirituale e, anche in questa occasione, sento di dover chiedere scusa se posso aver dato questa impressione.



Roma TrE-Press
2019