



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni
della Facoltà di Giurisprudenza

2

Studi giuridici

Anno accademico 2013-2014

Parte prima



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

2

Studi giuridici

Anno accademico 2013-2014

Parte prima

Comitato di Redazione

Antonio Angelosanto - Elisa Arbia - Benedetta Bertolini - Nicola Cezzi
Pietro De Corato

&

Francesco Camplani - Ernani Francesco Cerasaro - Ilenia Messina - Luca Savoia - Lorenzo Serafinelli - Elda Ventrice

Comitato di Garanzia

Cesare Pinelli - Pasquale Bronzo - Angelo Castaldo - Fulvio Costantino
Luca Di Donna - Alberta Fabbricotti - Maura Garcea - Domenico Mezzacapo
Giovanna Montella - Piergiuseppe Morone - Gianluca Scarchillo - Franco Vallocchia

Advisory Board

Job Ballegoijen de Jong - Gabor Fellner - Sara Himilce Ramírez Aguilera
Claire Teillard d'Eyry - Côme Wirz

Alla redazione hanno collaborato

Filippo Caliento - Federica Ciarlariello - Annachiara Crudo - Giulia Mattei -
Ilenia Messina - Silvia Michelangeli - Camilla Natalini - Marco Ruggiero -
Francesca Timpani - Elena Sinziana Valean - Elda Ventrice

Contatti

email: sapienzalegalpapers@uniroma1.it
facebook: Sapienza Legal Papers
website: www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali
www.digef.uniroma1.it/pubblicazioni
www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta_/attivita-editoriali

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI © Copyright 2014

ISBN 978-88-243-0000-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

A me piace sentir dire sciocchezze! Questo è l'unico privilegio che gli esseri umani hanno rispetto a tutti gli altri esseri organizzati! A forza di dire sciocchezze arrivo alla verità! Io sono un uomo perché dico stupidaggini. Non si è mai raggiunta neppure una sola verità senza aver prima farneticato quattordici volte, e forse anche centoquattordici, e questa, nel suo genere, è una cosa assolutamente rispettabile; ebbene, noi non siamo nemmeno capaci di dire stupidaggini con la nostra testa! Farnetica pure, ma farnetica almeno in maniera originale, e io magari ti darò un bacio. Farneticare di testa propria, secondo me, è quasi meglio che dire la verità col cervello di un altro. [...] E che cosa siamo noi adesso? Tutti quanti noi, tutti senza eccezione, nel campo della scienza, dello sviluppo in genere, del pensiero, delle scoperte, degli ideali, delle aspirazioni, del liberalismo, del raziocinio, dell'esperienza, e insomma di tutto, di tutto, di tutto, di tutto, ci troviamo ancora sui banchi della prima classe preparatoria del ginnasio! Abbiamo preso gusto a vivacchiare del pensiero altrui e ora ce l'abbiamo nelle ossa! È così o no? È come dico? – gridava Razumichin [...] – È così o no?

Delitto e Castigo - Fëdor Dostoevskij

INDICE

PARTE PRIMA

- 3 *Nota di redazione*
- 7 L'applicabilità del divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c.
a casi non espressamente disciplinati
Ilenia Messina
- 17 La mediazione civile e commerciale come condizione
di procedibilità della domanda giudiziale:
la funzione del primo incontro
Francesca Timpani
- 29 Origine e sviluppi dell'interpretazione autentica: rilievi critici
Annachiara Crudo
- 37 La questione delle quote di genere: la rappresentanza politica
e i profili di costituzionalità
Federica Ciarlariello
- 49 Brevi cenni sull'evoluzione dei diritti fondamentali in Europa
Lorenzo Serafinelli
- 59 Rechtsgrundlage und Ausgestaltung der europäischen
Bankenaufsicht als Aufgabe der EZB: Die VO Nr. 1024/2013
auf dem Prüfstand
Filippo Caliento
- 71 Studi di diritto amministrativo
- 73 I. Trasporto Ferroviario e Concorrenza
Elda Ventrice - Marco Ruggiero
- 79 II. L'autorità di Regolazione Indipendente
nel Settore dei Trasporti
Camilla Natalini - Giulia Mattei - Silvia Michelangeli
- 85 III. La sdemanializzazione tacita
Elena Sinziana Vean

PARTE PRIMA

NOTA DI REDAZIONE

Con queste poche righe di presentazione si vuole aprire il secondo volume dei *Quaderni degli Alunni della Facoltà di Giurisprudenza*, il terzo lavoro, se si considerano le scadenze temporali dei lavori redazionali, che sono alle spalle di queste, ancora poche, pagine.

Questa parte prima del secondo numero rappresenta l'agognata e sperata continuità di tale progetto. Il primo passo, dopo un salto nel buio, su una via che inizia a mostrarsi e il cui percorso prendere forma tra nebbie e incertezze degli inizi, tra errori e approssimazioni del presente.

Come enfattizzato da Gaio, giurista romano del II sec. d.C., nel suo commento alle XII Tavole, riportato nel *Digesto* 1.2.1, «*potissima pars principium est*». L'inizio e l'origine sono i momenti più importanti in un percorso *augescens*, cioè di crescita e accrescimento.

Già dopo il primo anno di cammino, non si è più soli: il gruppo di lavoro si è allargato con nuove partecipazioni da parte di *docenti* e *alunni* nei rispettivi Comitati. In particolare, l'allargamento nominale della redazione è il riflesso del carattere orizzontale e diffuso di questo progetto e delle strutture che lo animano, i Comitati (da *cum ire*, andare insieme).

Facoltà e Dipartimenti hanno ufficialmente accolto questo progetto con una giornata di presentazione del primo volume, alla quale hanno preso parte il Preside Giorgio Spangher, i Professori Cesare Pinelli, Marco D'Alberti, e il Dottor Pasquale Bronzo che hanno voluto omaggiare il lavoro sinora svolto con interventi che si avrà il piacere di pubblicare con la seconda parte di questo numero.

Come per il primo numero, il cui volume è già reperibile presso quasi tutte le sezioni della Biblioteca Interdipartimentale di Scienze Giuridiche, anche il secondo sarà messo a disposizione nella sua versione cartacea presso le sue principali biblioteche. È evidente che, per assicurare il decollo di un progetto, è indispensabile la sua più assoluta e immediata fruibilità da parte dei suoi primi destinatari: gli studenti.

Sono sempre di più coloro che si fanno avanti, desiderosi di partecipare e appartenere a questo stimolante progetto. Le riunioni di redazione 'a porte aperte' nell'Aula Rocco, ci hanno permesso di dare una risposta diretta e immediata agli studenti che sentissero l'esigenza di informarsi e il piacere di partecipare.

Dall'altro lato, sempre più docenti propongono ai propri studenti di lavorare per i *Legal Papers* e di pubblicare tesine e approfondimenti portati a termine nel corso di seminari e gruppi di studio, che caratterizzano i numerosi – anche se forse non ancora abbastanza – corsi in cui si richiede una partecipazione attiva degli studenti.

Quella che era una grande ambizione di questo gruppo di lavoro si sta realizzando e sta divenendo stimolo per gli stessi docenti, che trovano nei *Papers* uno strumento di crescita per i propri studenti. La 'cinghia di trasmissione' inizia a mettersi in moto ma necessita ancora di esser oleata e messa continuamente alla prova.

La redazione è stata colta piacevolmente impreparata dalla quantità di contributi ricevuti da studenti non solo spronati dalle cattedre ma anche mossi da propria iniziativa e curiosità. Alla luce dei numerosi articoli sottoposti, la redazione ha, dunque, deciso di superare l'*impasse*, inserendo tutti i contributi ricevuti e rimandando, per il momento, la definizione di una linea editoriale.

Infatti, questa parte prima raccoglie contributi provenienti esclusivamente da studenti del corso di laurea magistrale, tra il secondo e il quinto anno, avvicinati alla redazione di propria iniziativa o su sprone dei docenti, con l'intento di condividere approfondimenti, riflessioni personali ed esercizi elaborati durante i corsi seguiti, sviluppando così gli stimoli avuti in classe.

Nel dettaglio, vengono pubblicati un articolo in materia di diritto commerciale, nel quale si analizzano i margini di applicazione analogica del divieto di concorrenza *ex art.* 2557 c.c.; un approfondimento sulla mediazione civile, con particolare attenzione ai recenti sviluppi giurisprudenziali sulla funzione del 'primo incontro'; una riflessione sull'interpretazione autentica e sulla sostenibilità di un processo di 'normazione della e sulla normazione'; vengono poi trattati i temi del rapporto tra quote di genere e rappresentanza politica, alla luce delle pronunce della Corte costituzionale; della problematica protezione dei diritti fondamentali in Europa; del funzionamento del *Single Supervisory Mechanism* e delle criticità strutturali di un'unione bancaria (l'articolo è redatto in tedesco da uno studente romano della *European Law School*, di

istanza alla *Humboldt Universität* di Berlino); si riportano infine gli estratti di tre esercitazioni tenutesi all'interno del corso di diritto amministrativo del Prof. Lalli, rispettivamente sul trasporto ferroviario e la travagliata attuazione in Italia delle relative direttive europee, sull'insediamento della neonata Autorità di Regolazione dei Trasporti e sulla sdemanializzazione tacita.

Volgendo fugacemente lo sguardo al futuro, tante a oggi sono le idee in cantiere attualmente al vaglio degli organi competenti e che si spera riescano a prendere vita nel medio periodo: inserire il progetto nell'ordine degli studi della Facoltà; stimolare la partecipazione al progetto di studenti *Erasmus*, *incoming* e *outgoing*, tramite la possibilità di commutare i crediti formativi da raggiungere con l'elaborazione di uno scritto da pubblicare; la diffusione dei volumi presso l'Economato dell'Ateneo e così via. Ciò al fine di rendere tale progetto completamente appartenente alla vita della Facoltà.

Il tutto però avrà un futuro si realizzerà l'essenza stessa dell'*universitas*, nata dall'aggregazione di *scholares* e *magistri* per la coltivazione del sapere¹: appartenenza e partecipazione degli studenti. Solo la partecipazione, infatti, può creare appartenenza.

Senza sottovalutare il necessario lavoro svolto negli anni dalle organizzazioni studentesche, si percepisce l'esigenza degli studenti di tornare a partecipare alla vita accademica della Facoltà anche al di fuori di schemi squisitamente politici, cercando così di inserire lo studente nell'integralità del suo percorso di studi in modo attivo e responsabile.

È per questo che, nelle modalità che presto saranno formalizzate in un nuovo regolamento, il coinvolgimento nei lavori redazionali rimane libero, così come la titolarità dell'iniziativa è integralmente disponibile.

¹ M. BELLOMO, *L'europa del diritto comune*, 1989, p. 120.

ILENIA MESSINA*

L'APPLICABILITÀ DEL DIVIETO DI CONCORRENZA DI CUI ALL'ART. 2557 C.C. A CASI NON ESPRESSAMENTE DISCIPLINATI

A rule of Italian Codice Civile (art. 2557, first paragraph) establishes that who sells a firm shall not be in competition with the buyer for a period of five years. Several scholars have presented a thesis about the possibility to implement this rule in different cases (for example, the transfer of a joint stock quota or the division due to liquidation). In these cases, it should be assumed that circumstances required by the rule subsist: the exchange of the person who manages the firm, and his suitability to be in competition with the buyer. If after an examination of the situation it's sure that they subsist, the rule should be implemented analogically.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'alienazione di quota sociale «rilevante». – 2.1. I presupposti per l'applicazione analogica del divieto *ex art.* 2557 c.c. – 3 Il divieto a carico dei soci. – 4. Il socio receduto. – 5. Divisione d'azienda e divisione ereditaria.

1. *Introduzione*

Per cessione d'azienda si intende il trasferimento di un complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa, a prescindere dal titolo del trasferimento medesimo (vendita, permuta, conferimento, donazione, usufrutto). Non è necessario che l'alienante trasferisca la totalità del proprio complesso aziendale, ma è sufficiente un ramo particolare, purché dotato di organicità operativa. Un atto traslativo di questo genere, oltre agli effetti de-

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Maura Garcea.

dotti in contratto, produce *ex lege* effetti ulteriori. Uno di questi è quello previsto dall'art. 2557, 1° co. c.c., cioè il divieto per un periodo di cinque anni, a carico dell'alienante, di iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta. Tale norma è stata dettata per lo specifico scopo di tutelare il così detto «avviamento», cioè quella caratteristica dell'azienda avente valore economico ancor prima che giuridico, dal momento che viene tradizionalmente indicato come l'attitudine dell'azienda stessa – derivante dall'organizzazione dei beni aziendali e dalla loro strumentalità rispetto all'attività di impresa – a produrre un profitto, cioè un ricavo eccedente i costi. In particolare, il modo in cui risultano essere organizzati tra di loro i vari beni aziendali viene definito «avviamento oggettivo», perché suscettibile di permanere anche nel caso in cui dovesse mutare la persona dell'imprenditore. L'abilità, invece, di un particolare imprenditore a operare sul mercato viene definita «avviamento soggettivo». Occorre poi chiarire che destinatario del divieto previsto dalla norma in questione è colui che è in grado di esercitare una concorrenza differenziale, cioè una concorrenza esercitata sulla base di conoscenze specifiche concernenti l'organizzazione aziendale e l'intrattenimento di rapporti con la clientela. È dunque innegabile che si tratti di una concorrenza potenzialmente più pericolosa perché chi è nelle condizioni di esercitarla è a conoscenza di elementi che non possono essere noti ad altri imprenditori. La tutela dell'avviamento mediante questa norma, funge indirettamente da tutela per l'acquirente che, tranquillizzato dalla vigenza del divieto, può godere del valore dell'avviamento di cui normalmente si tiene conto nel pattuire il prezzo. Anche l'interesse dell'alienante viene soddisfatto: il tenore letterale della norma prevede, infatti, limiti spaziali, temporali e merceologici del divieto di non concorrenza. La complessità dell'economia moderna ha fatto però sorgere dei dubbi circa l'interpretazione, e la conseguente applicazione, di questa norma a casi che il legislatore del 1942 non poteva prevedere e che risultano tutt'ora non regolati e quindi controversi. L'interprete deve quindi essere guidato dal principio in base al quale non bisogna guardare il *nomen juris*, bensì il risultato economico raggiunto dalle parti a seguito di un determinato negozio, traslativo o non. Autorevole dottrina¹ sostiene che diverse operazioni giuridiche possano essere in certa mi-

¹ P. SPADA, *Diritto commerciale*, Volume II, *Elementi*, Padova, 2009, pp. 139 e ss.

sura equivalenti perché determinano una «circolazione della ricchezza imprenditoriale». A questa espressione non si attribuisce un significato tecnico, ma indica una sostituzione del soggetto che «governa» l'attività economica. Tale sostituzione può verificarsi nei modi che saranno di seguito analizzati e anche in altri. Ogni qual volta il risultato economico conseguito dalle parti presenti gli elementi costitutivi previsti dall'art. 2557 c.c., per esigenze di coerenza del sistema normativo, è ragionevole sostenere che tale norma debba essere applicata in via analogica.

2. *L'alienazione di quota sociale «rilevante»*

Un'accesa discussione è stata aperta dal problema riguardante l'applicazione del divieto in parola all'ipotesi di alienazione della quota sociale. Dagli anni '50 fino agli anni '90 la giurisprudenza, soprattutto della Cassazione, era orientata verso una tesi negativa, fondata su una duplice motivazione². *In primis*, si tendeva a sottolineare la diversità dell'oggetto dei due negozi (quota di società nell'uno, cessione d'azienda nell'altro). *In secundis*, si interpretava il divieto di concorrenza *ex art. 2557*, 1° co. c.c. come norma eccezionale³, anche se, come sottolinea autorevole dottrina⁴, non è univoca la spiegazione di tale eccezionalità. L'art. 2557, infatti, potrebbe esser concepito come eccezione dell'art. 2596 c.c., il quale richiede che le limitazioni convenzionali della concorrenza risultino da un apposito patto da provarsi per iscritto. Tale concezione suscita però delle critiche, dal momento che l'art. 2596 non pone ai patti di non concorrenza limiti più rigidi di quelli previsti dal 2557. Entrambi infatti prevedono una durata massima di cinque anni, sono circoscritti all'attività esercitata dall'azienda ceduta – tant'è che si è esclusa la violazione del 2557 quando chi venda un panificio apra nella stessa zona un negozio di generi alimentari⁵ – e limitati all'ambito spaziale in cui operava l'azienda al momento del trasferimento. La differenza tra le due norme consiste in mere cautele formali. Infatti, mentre il patto di divieto *ex art. 2596* dev'essere provato per iscritto, tale esigenza non si presenta in relazione

² G. E. COLOMBO, *L'azienda*, in *Trattato Galgano*, 1979, III, p. 191 segnala, tra le tante, Cass., 20 gennaio 1955, n. 155, in *Rep. foro it.*, 1955, voce *Azienda*, n. 35.

³ COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 178 segnala, tra le tante, Cass., 23 giugno 1956, n. 2245, in *Riv. dir. ind.*, 1957, II, p. 121.

⁴ COLOMBO, *op. cit.*, p. 178.

⁵ Trib. Modena 24 febbraio 1979, in *Giur. dir. ind.*, 1979, p. 134.

al 2557, che prevede un effetto *ex lege*. Ma ciò che contribuisce maggiormente ad escludere l'ipotesi che le due norme siano in un rapporto di regola-eccezione è proprio la loro *ratio*. Mentre nel 2596 si rinviene l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra il principio della libertà di concorrenza e il principio di autolimitazione di tale libertà, nel 2557 si contempera sempre il principio della libertà di concorrenza ma con lo specifico interesse dell'acquirente dell'azienda (o eventualmente della quota sociale) a conseguire totalmente il risultato economico del negozio traslativo⁶. Né tanto meno sembra potersi affermare che, tralasciando completamente l'art. 2596, l'art. 2557 costituisca un'eccezione al principio generale della libera concorrenza perché, anche se tale disposizione non esistesse nel nostro codice civile, il divieto di non concorrenza, sarebbe comunque ricavabile dai principi di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.) e secondo equità (art. 1374 c.c.)⁷. Se si volesse affermare, quindi, che il divieto di concorrenza *ex art. 2557* non è applicabile in caso di alienazione di quota sociale, non si potrebbe giustificare questa posizione con la presunta eccezionalità della disposizione codicistica in questione. Ma nemmeno basterebbe far leva sulla diversità dell'oggetto dei due negozi, dal momento che tale diversità in alcuni particolari casi è solo formale. È innegabile infatti che se due soci trasferiscono a un terzo tutte le loro quote o azioni, o se uno dei due trasferisce all'altro la sua quota, o se l'unico azionista aliena il suo pacchetto totalitario⁸, si ottiene un risultato analogo a quello di una cessione d'azienda. Pertanto sembra che l'art. 2557, da intendere come norma non eccezionale e dunque applicabile in via analogica, possa disciplinare anche tali casi.

2.1. *I presupposti per l'applicazione analogica del divieto di cui all'art. 2557*

La giurisprudenza più recente⁹ ha ammesso che non è esclusa l'applicabilità in via analogica dell'art. 2557 all'ipotesi di cessione di quote sociali se «a seguito di una rigorosa indagine che tenga conto di tutte le circostanze e peculiarità del caso, il giudice accerti

⁶ COLOMBO, *op. cit.*, pp. 191 e ss.

⁷ COLOMBO, *op. cit.*, p. 181.

⁸ COLOMBO, *op. cit.*, p. 191.

⁹ Trib. Bologna 22 giugno 2010, in *Giur. dir. ind.*, 2010, p. 703.

che tale cessione integri in concreto un caso simile all'alienazione d'azienda, ossia che produca sostanzialmente la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'azienda, avuto riguardo in particolare a quella componente del bene in parola rappresentata dall'avviamento, a tutela della cui acquisizione da parte dell'acquirente è dettato il divieto di concorrenza». Dall'orientamento giurisprudenziale appena riportato emerge che, ai fini dell'applicazione della norma in questione, l'acquirente dovrà provare – magari dimostrando che, nel pattuire il corrispettivo per l'acquisto della quota, è stata compresa una somma a titolo di avviamento o facendo ricorso all'elemento quantitativo – che il negozio traslativo ha per oggetto una quota tale da far ritenere che il risultato economico sia l'acquisto di un «potere su un'azienda», caratterizzata da una certa organizzazione e da certi rapporti con la clientela. È altresì necessario che l'alienante sia in grado di esercitare una concorrenza differenziale, derivante dalla conoscenza dell'organizzazione aziendale o dall'intrattenimento di rapporti con la clientela. In tale posizione di vantaggio differenziale, il più delle volte, si trovano gli amministratori ma non può escludersi a priori l'applicazione del divieto *ex art. 2557* ai soci trasferenti purché questi siano nella condizione di esercitare una concorrenza differenziale nei confronti dell'acquirente¹⁰. In dottrina¹¹ è oramai pacifico che non costituisce violazione del divieto in parola il compimento di singoli atti occasionali di concorrenza. Anche in questo caso, quindi, come per l'acquisto della qualità di imprenditore, è necessario il requisito della professionalità. Non si potrebbe condividere la tesi secondo cui il divieto non sarebbe applicabile in caso di esercizio di un'impresa oggettivamente atta a sviare la clientela di un'azienda ceduta (anche se tecnicamente, nel caso che si sta analizzando, non si tratta di cessione d'azienda bensì di un negozio traslativo implicante il medesimo effetto) ma esercitata in modo da escludere, concretamente, questo risultato¹². Infatti, è l'idoneità a produrre lo sviamento della clientela a essere ripugnata dall'ordinamento, ed è da valutare *ex ante*. In presenza degli elementi poc'anzi indicati, l'art. 2557 1° co. può applicarsi in via analogica in ogni caso in cui un negozio traslativo, anche a titolo gratuito – ad esem-

¹⁰ COLOMBO, *op. cit.*, p. 193.

¹¹ COLOMBO, *op. cit.*, p. 193.

¹² COLOMBO, *op. cit.*, p. 200.

¹³ COLOMBO, *op. cit.*, pp. 182 e ss.

pio una donazione – implichi un effetto configurabile come cessione d'azienda. Su quest'ultimo punto non sono mancate opinioni negative che facevano leva sulla mancanza della volontà delle parti espressamente orientata verso il divieto a carico dell'alienante-donante. Essendo il negozio a titolo gratuito, si riteneva completamente assente, nella determinazione del valore dell'azienda ceduta, qualsiasi riferimento all'avviamento, a tutela del quale, non solo – come già sottolineato – è dettato il divieto *ex art.* 2557 ma anche tutte le altre disposizioni del codice civile che prevedono effetti *ex lege* a seguito della cessione d'azienda (si pensi, ad esempio, all'art. 2558 per quanto riguarda la successione nei contratti). Si riteneva, inoltre, che, data la gratuità del negozio, ci si dovesse affidare alla regola interpretativa *ex art.* 1371 e quindi interpretare, nel dubbio, il contratto nel senso meno gravoso per l'obbligato¹³. Se così fosse però, si trasformerebbe il problema concernente l'interpretazione di una norma in un problema relativo all'interpretazione del contratto. L'art. 2557 è norma non eccezionale e strumentale alla piena realizzazione del risultato economico, realizzazione che non deve essere intaccata dalla natura gratuita dell'atto traslativo. Un'espressa manifestazione di volontà delle parti deve ritenersi anzi necessaria per eliminare questo divieto a carico dell'alienante-acquirente.

3. *Il divieto a carico dei soci*

Altra discussione piuttosto vivace è stata quella concernente il problema del divieto a carico anche dei soci in caso di società alienante. Essendo da scartare la tesi¹⁴ che proponeva, per le società di persone, una risposta positiva dovuta alla mancanza di personalità giuridica di queste e alla presunta conseguente qualificazione dei soci come «alienanti», si tende ad ammettere che il divieto non sia automaticamente applicabile ai soci, si tratti di società di persone o di capitali¹⁵. Tale posizione è, a parere di chi scrive, funzionale a esigenze di coerenza del sistema. Non sembra opportuno, infatti, fare distinzione tra i vari tipi di società dal momento che il dubbio in questione non riguarda la compatibilità o meno di una clausola inserita nel contratto sociale con un determinato modello societa-

¹⁴ V. LA GIOIA, *Alienazione di quota sociale e obbligo di non concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 1957, II, p. 109.

¹⁵ G. FERRARI, *voce Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, 1959, p. 710.

rio, bensì attiene a un negozio traslativo realizzante lo stesso effetto del trasferimento d'azienda, intesa come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa. E l'attività di impresa è normalmente l'esercizio di tutti i tipi di società. Per porre a carico anche di uno o più soci il divieto previsto dall'art. 2557 1° co. c.c., l'acquirente dovrà dimostrare che sussistano gli elementi costitutivi della *ratio* della norma richiamata, quindi la possibilità di identificare il socio come alienante dal punto di vista economico, magari perché agli occhi della clientela risulta come una sorta di «personificazione»¹⁶ della società, e la conseguente pericolosità di un'eventuale sua concorrenza. Il fatto che tali requisiti ricorrano più spesso nelle società di persone perché è più facile che si crei una sorta di identificazione tra socio e società rispetto a quanto accada nelle società di capitali, caratterizzate da una più complessa organizzazione, non significa che il problema venga risolto basandosi sul modello societario, ma è piuttosto considerazione appartenente al piano dei fatti.

4. *Il socio receduto*

Alla luce della non eccezionalità del divieto *ex art.* 2557 1° co. c.c., è opportuno chiedersi se tale norma sia applicabile anche nell'ipotesi di recesso del socio dalla società. Non mancano pronunce giurisprudenziali in senso contrario¹⁷, e la dottrina ha talvolta sottolineato¹⁸ che l'accrescimento della quota di partecipazione degli altri soci a seguito del recesso è un effetto automatico del principio di proporzionalità della partecipazione, non equiparabile a una vicenda traslativa. Bisogna tenere conto però della disciplina del recesso a seguito della riforma del 2003, che ha introdotto, per le s.p.a., nuove cause di esercizio del diritto di recesso per meglio tutelare i soci di minoranza, prevedendo addirittura il caso limite dello scioglimento di società e una determinazione più equa del valore delle azioni. Per quanto riguarda le s.r.l., l'art. 2473 c.c. stabilisce che spetta all'atto costitutivo determinare quando il socio può recedere dalla società e con quali modalità. Lo stesso articolo in-

¹⁶ COLOMBO, *op. cit.*, p. 199.

¹⁷ Cass., 17 aprile 2003 n. 6169, in *Arch. civ.*, 2004, p. 480 in riferimento al recesso di un socio di s.n.c.

¹⁸ E. MARCHISIO, *Circolazione dell'azienda, tutela dell'avviamento e divieto di concorrenza*, in *Riv. not.*, 2011, pp. 1371 e ss. cita Martorano, *L'azienda*, in V. BUONOCUORE (fondato da), *Tr. dir. commerciale* sez. 1 t. 3, Torino, 2010, p. 99.

dica però delle ipotesi in cui il diritto di recesso è riconosciuto inderogabilmente e quindi può essere esercitato anche se le regole statutarie tacciono sul punto. Non può escludersi a priori che il recesso sia stato esercitato al fine di trasferire il governo dell'azienda gestita dalla società e che possa quindi verificarsi una situazione idonea a produrre un rischio di concorrenza differenziale ripugnato dall'ordinamento. In dottrina¹⁹ si afferma quindi la possibilità di applicare analogicamente l'art. 2557 1° co. anche in caso di recesso del socio dalla società, facendo ricorso ai principi esposti a proposito di alienazione di quote sociali qualora il risultato economico sia lo stesso di una cessione d'azienda, ferma restando la differenza tecnica e concettuale tra i due negozi traslativi. Anche in questo caso, l'applicazione di tali principi provocherà un impatto differente a seconda dello schema societario, ma ciò non deve trarre in inganno e far pensare che la risoluzione del problema sia fondata sulla dicotomia società di persone-società di capitali. Come autorevole dottrina, infatti, fa notare²⁰ è molto improbabile che avvenga un recesso da società di capitali ex art. 2437 c.c. del titolare di un pacchetto tanto rilevante a tal punto da poter produrre un risultato economico analogo a quello di una cessione d'azienda. L'applicazione dell'art. 2557 potrà essere sicuramente più probabile nelle società di persone, dove il diritto di recesso può essere esercitato più frequentemente e quindi determinare, in concreto, la sussistenza degli elementi della *ratio* del divieto: trasferimento del governo dell'azienda e pericolosità concorrenziale dell'alienante (*rectius*, in questo caso, del socio receduto).

5. *Divisione d'azienda e divisione ereditaria*

Altri casi controversi sono quelli relativi a un'eventuale applicazione del divieto di concorrenza nelle ipotesi di divisione dell'azienda mediante assegnazione ad un condividente e di divisione ereditaria. In queste circostanze l'attrito con l'art. 2557 sembra ancora più stridente dal momento che, a differenza di ciò che accade con l'alienazione di quote sociali, ad esempio, il negozio traslativo – cioè proprio l'«alienazione» richiesta dalla norma – manca completamente. La divisione, infatti, è tradizionalmente ritenuta un negozio dichiarativo. Questa semplice constatazione, però, non è

¹⁹ COLOMBO, *op. cit.*, p. 194; MARCHISIO, *op. cit.*, pp. 1371 e ss.

²⁰ COLOMBO, *op. cit.*, p. 194.

sembra sufficiente ad affermare un'eventuale inapplicabilità del divieto che si fonderebbe, invece, sulla mancanza di pericolosità della concorrenza del dividendo. Essendo l'art. 2557 applicabile, eventualmente, per analogia e non direttamente, occorre dimostrare la presenza degli elementi su cui si fonda la *ratio* di questa norma. Bisogna, in sostanza, guardare al risultato concretamente ottenuto dal negozio e non al suo *nomen juris*. È innegabile, infatti, che a seguito di divisione si è verificata una modifica della titolarità del complesso produttivo idonea a porre a rischio l'avviamento dell'azienda o del ramo di essa oggetto della divisione. Niente di più probabile, tra l'altro, che del valore dell'avviamento si sia tenuto conto nello stabilire un eventuale conguaglio in denaro²¹. Si configura così una fattispecie equiparabile al primo requisito richiesto dall'art. 2557, cioè l'«alienazione». Bisogna a questo punto verificare la sussistenza del secondo requisito, ossia la particolare pericolosità della concorrenza dell'*ex* dividendo. Tale accertamento, ovviamente, si effettua facendo ricorso a elementi usuali come l'idoneità dell'*ex* dividendo a esercitare una particolare attrazione sulla clientela o a una sua particolare conoscenza dei segreti organizzativi dell'azienda²², o magari di un *know-how*. Convinti della sussistenza dei due requisiti, l'interprete potrà procedere a un'applicazione analogica dell'art. 2557. Tale soluzione, come indicato da Colombo²³, si prospetta come la più corretta sia in caso di divisione ereditaria, sia in caso di divisione nell'ambito di un procedimento di liquidazione di una società *ex art.* 2283 c.c. In questo secondo caso, bisognerà accertare se il divieto si estenda anche ai soci cui non pervenga l'azienda. Si ritiene spesso che, in caso di liquidazione di società di persone, l'applicazione del divieto in parola dipenda dal regime di amministrazione vigente per l'esercizio dell'impresa sociale. Si ammette, infatti, che la norma in parola possa trovare applicazione quando i poteri di amministrazione siano attribuiti a uno o più soci determinati e che il divieto sia quindi a carico dei soci amministratori, mentre non possa applicarsi in caso di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva tra tutti i soci²⁴. In realtà il problema dev'essere inquadrato sempre nell'ottica della *ratio* del divieto, e dunque è da risolvere non foca-

²¹ MARCHISIO, *op. cit.*, p. 1371.

²² COLOMBO, *op. cit.*, p. 185.

²³ COLOMBO, *op. cit.*, p. 185.

²⁴ MARCHISIO, *op. cit.*, p. 1372.

lizzandosi sull'organizzazione formale dei poteri di gestione bensì sull'eventuale pericolosità di concorrenza differenziale. Sembra poco funzionale alla tutela dell'avviamento, infatti, disapplicare l'art. 2557 quando la società sia stata assoggettata alla liquidazione dopo un breve periodo di amministrazione disgiuntiva, prima del quale era gestita da un unico socio amministratore oppure quando una società, amministrata formalmente in via congiuntiva, venisse gestita concretamente da un unico socio amministratore, magari unico titolare dei poteri di rappresentanza²⁵. Gli elementi su cui si fonda la *ratio* del divieto, invece, non sembrano sussistere in caso di divisione ereditaria quando nessuno dei condividenti abbia intrattenuto rapporti con la clientela o sia venuto a conoscenza di segreti aziendali, dunque la norma non risulta applicabile per analogia perché non sussiste il rischio di concorrenza differenziale²⁶. Il divieto dovrà trovare, però, piena applicazione se il coerede non assegnatario abbia esercitato l'impresa con l'imprenditore defunto²⁷.

²⁵ MARCHISIO, *op. cit.*, p. 1372.

²⁶ MARCHISIO, *op. cit.*, p. 1371.

²⁷ MARCHISIO, *op. cit.*, p. 1372.

FRANCESCA TIMPANI*

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE
COME CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ
DELLA DOMANDA GIUDIZIALE:
LA FUNZIONE DEL PRIMO INCONTRO

Civil and commercial mediation is a process for resolving conflicts in which the parties agree to ask a third person, a mediator, to help them find a solution to their dispute. Mediation is a flexible process. The parties retain complete control over both the procedure and the final result. The mediator offers the parties private and confidential assistance to find a way to resolve their differences, but does not impose a solution. Mediation has many advantages when compared to a traditional court case. Both parties play an equal role, and mediation is faster, less expensive and confidential. It promotes reconciliation between the parties. During the first meeting, the mediator explains what mediation entails, and how the mediation process works.

SOMMARIO: 1. La mediazione civile e commerciale: un mezzo alternativo non giurisdizionale di risoluzione dei conflitti sociali. – 2. La nuova concezione del primo incontro. – 3. La presenza delle parti al primo incontro. – 4. Il primo incontro: una fase “esplorativa”, ovvero effettiva.

1. *La mediazione civile e commerciale: un mezzo alternativo non giurisdizionale di risoluzione dei conflitti sociali*

I conflitti sociali non si possono eliminare, ma si possono gestire. È da questo assunto che si muove il legislatore italiano, il quale, dopo anni di silenzio e un notevole ritardo nell'introduzione

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Roberta Tiscini.

della mediazione in Italia, con il c.d. «decreto del fare»¹ e la legge di conversione n. 98/2013², ha reintrodotta l'istituto della mediazione obbligatoria, tornando a parlare, così, dell'importanza delle procedure conciliative. Seppur riconoscendo che il processo è e rimane il più sofisticato strumento formale che la nostra cultura ha saputo elaborare per ristabilire la giustizia contesa o lesa³, è maturata la consapevolezza che non sempre il conflitto debba essere estremizzato ricorrendo al processo, ma può essere chiarito con mezzi alternativi non giurisdizionali⁴. Tra giurisdizione e mezzi a essa alternativi opera un «principio di sussidiarietà» per cui, ove percorribili le strade alternative, esse devono precedere la strada giurisdizionale che continuerà a essere garantita e percorsa in caso di non funzionalità delle prime. La giurisdizione è «centrale» in quanto è e rimane l'unico istituto in grado di operare sempre e per qualsiasi forma di tutela dei diritti⁵, ma non è «prioritaria», collocandosi in posizione successiva rispetto agli altri strumenti⁶. Il legislatore tenta di imporre la natura di *extrema ratio* della giurisdizione statale, sia promovendo il procedimento di mediazione con temporanea paralisi del giudizio⁷, sia permettendo al procedi-

¹ Decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 recante *Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*, pubblicato in *G.U. serie generale*, n. 144 del 21 giugno 2013.

² La legge di conversione pubblicata su *Suppl. Ord.* n. 63, *G.U.* del 20 agosto 2013, n. 194.

³ A riguardo G. LO CASTRO, in *Il mistero del processo e del giudizio*, Torino, 2012 evidenzia che il processo costituisce l'alveo nel quale è canalizzato il senso della giustizia.

⁴ Si veda L. GRAZIANO, *Contenzioso civile e norme sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 623.

⁵ In questi termini, R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011.

⁶ F. P. LUISSO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2009, p. 187, afferma che: «La giurisdizione è centrale perché è l'unico strumento che funziona sempre, ed è appunto per questo costituzionalmente garantito. La giurisdizione non è però prioritaria né in senso logico (nel senso, cioè che attraverso essa si possa ottenere più di quanto danno gli strumenti alternativi) né in senso cronologico (nel senso che gli altri strumenti costituiscano dei ripieghi e che, dunque, nel momento in cui si rende necessario risolvere la controversia, si debba immediatamente far ricorso alla tutela giurisdizionale, senza prima verificare la percorribilità delle altre vie; oppure, peggio ancora, che si debba far ricorso alle altre vie solo come ripiego, perché magari la giurisdizione funziona male!)».

⁷ Il decreto 4 marzo 2010, n. 28, poi modificato dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 ha previsto la possibilità per il giudice, anche in appello, di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione. Con tale disposizione si iscrive, in seno ai poteri discrezionali del giudice, una facoltà processuale applicabile ai procedimenti pendenti, a prescindere dalla natura stessa della controversia. Il giudice: «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del

mento di mediazione, quando esperito ma fallito, di 'interferire'⁸ con il processo successivamente instaurato⁹. Il legislatore vuole diffondere tale istituto. Vuole educare alla mediazione. Vuole spingere le parti confliggenti, in presenza di una lite insorta, a risolvere la stessa per mezzo di uno strumento autonomo¹⁰, quindi negoziale, ricercando un punto di incontro tra i molteplici interessi¹¹. Con la mediazione diretta alla conciliazione si persegue l'obiettivo di portare le parti in controversia a maturare autonomamente soluzioni soddisfacenti e rimedi pienamente efficaci, risolutivi del conflitto, senza doversi rivolgere a un terzo imparziale, responsabile di definire chi vince e chi soccombe.

Il legislatore ha intensificato il ricorso alla mediazione, partendo dalla valutazione che la giustizia civile non funzioni adeguatamente e di conseguenza debbano essere introdotti mezzi alternativi, idonei a sottrarre delle cause al giudice ordinario. Questa conclusione non è però del tutto condivisibile a fronte di una serie di considerazioni¹².

Il sistema giudiziario non funziona, ma per una serie di problematiche diverse che non possono ridursi a una mera constatazione delle eccessive cause che lo coinvolgono. Inoltre risulta altrettanto errato pensare che la mediazione debba il suo successo al malfunzionamento dell'apparato giurisdizionale. Il vero successo della mediazione, anche in termini di incidenza deflattiva, si avreb-

procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello».

⁸ Nel caso di esito negativo della procedura: «se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; inoltre nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione». Entrambe le disposizioni vanno lette congiuntamente a quelle che costruiscono un raccordo con il processo per l'ipotesi in cui, una volta fallito il tentativo di conciliazione, sia proposta la domanda giudiziale: si tratta, rispettivamente, dell'art. 13 d.lgs. 28/2010 e dell'art. 8, ultimo comma, d.lgs. cit.

⁹ Cfr. G. FANELLI, *Interferenze ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» e la legge 98/2013*, in www.judicium.it.

¹⁰ Nell'ampio panorama delle ADR, la mediazione si identifica come un mezzo autonomo, quindi negoziale di soluzione della lite. Essa, infatti, è volta al raggiungimento di un accordo, o meglio ancora alla stipula di un contratto, al contrario della giurisdizione, ma anche dell'arbitrato, che in quanto mezzi eteronomi, aspirano ad una decisione finale e vincolante.

¹¹ V. I. PAGNI, *Introduzione alla mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, pp. 620 e ss.

¹² Sul punto si veda F. CUOMO ULLOA, *La mediazione. Modelli e composizione dei conflitti*, Roma 2008, pp. 170 e ss.

be qualora il cittadino, davanti ad un meccanismo giudiziario perfetto, decidesse comunque di ricorrere alla mediazione, riserbando il diritto di agire davanti al giudice ordinario solo come ultima possibilità¹³. Alla base di questa concezione, vi è l'idea che la mediazione non debba essere intesa secondaria e neppure alternativa al processo, quanto piuttosto complementare a esso. Mediazione e processo si muovono su piani paralleli distinti e separati, che non interferiscono tra loro a condizione che la mediazione non rappresenti un ostacolo all'esercizio dei diritti in gioco. Sulla compatibilità tra l'art. 24 Cost. e i filtri di accesso alla tutela giurisdizionale, la Corte Costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi in passato¹⁴, affermando la legittimità costituzionale del tentativo obbligatorio di mediazione tutte le volte in cui esso non impedisca o renda eccessivamente difficoltoso l'accesso alla giustizia.

La mediazione si presenta come un metodo alternativo di risoluzione dei conflitti, capace di garantire alle parti un controllo sul risultato. Sono esse, infatti a stabilire il contenuto dell'accordo, che come atto autonomo è privo dell'elemento autoritativo proprio delle sentenze o dei lodi¹⁵. Tale accordo, se raggiunto, è il risultato di una procedura riservata, rapida e dalla forte carica autonoma. Sebbene, infatti, attualmente si torni a parlare di mediazione obbligatoria, le parti in controversia, non sono costrette a trovare l'accordo. Sono, piuttosto, obbligate a provarvi¹⁶.

2. *La nuova concezione del primo incontro*

La mediazione civile e commerciale è proiettata verso un tentativo di conciliare, senza mai pregiudicare l'azione giudiziaria. Ciò lo si evince innanzitutto nella nuova concezione del primo in-

¹³ Sulla questione si veda M. BOVE, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 43 e ss.

¹⁴ Cfr. Corte Cost. 26 luglio 1979, n. 93, in *Foro it.*, 1979, I, 2542; Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 82, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost. 30 novembre 2007, n. 403, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁵ Nella mediazione, le parti si impegnano a tentare la conciliazione con l'ausilio di un terzo che incentivi il dialogo e la comunicazione. Esse non devolvono la soluzione a un terzo, come nel caso del processo o dell'arbitrato, in cui si è alla ricerca di un *dictum* vincolante. Il terzo qui non interviene per decidere chi ha torto e chi ragione, ma per favorire il rapporto tra i due litiganti, che sono i soli a mantenere l'eventuale decisione nelle proprie mani.

¹⁶ Di questo parere L. RISTORI, *Commento all'art. 5*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di BALDINI, SOLDATI, Milano, 2010, pp. 82 e ss.

contro¹⁷. In esso non trova spazio alcuna attività di mediazione in senso stretto, ma piuttosto un'attività 'esplorativa'¹⁸. L'art. 8 d.lgs. 28/2010 stabilisce, infatti, che il mediatore, al primo contatto, «chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione» ed «invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, e nel caso positivo, procede con lo svolgimento». Laddove la mediazione imposta da legge, non sia accompagnata da un effettivo interesse delle parti a raggiungere un accordo bonario, i due litiganti manifestando sfiducia nell'istituto, sono liberi di porre fine alla procedura, sin dal primo incontro, sopportando esclusivamente i costi di avvio¹⁹ ed un allungamento dei tempi pari a trenta giorni.

Come emerge dalla lettura dell'art. 8 d.lgs. cit., il primo incontro ha innanzitutto una fase informativa, in cui il mediatore espone alle parti le modalità di svolgimento e funzionamento della procedura. Esso ha quindi l'obiettivo di fornire ai contendenti tutte le informazioni necessarie per compiere una scelta informata oltre che ragionata, nel rispetto del principio volontaristico. Per perseguire tale scopo, è evidente che il primo incontro non possa ridursi a un mero formalismo, in cui le parti si limitino a respingere la via conciliativa; al contrario si richiede che il mediatore, con l'ausilio degli avvocati, possa espletare la funzione informativa e deontologica posta a suo carico, acquisendo, rilevando e valutando i dati utili per esperire il tentativo conciliativo²⁰.

A sostegno di questa interpretazione può menzionarsi, anche, l'art. 5, comma 2-*bis*, del d.lgs. 28/2010, il quale, rispetto alla mediazione obbligatoria, chiarisce che «la condizione di procedibilità della domanda giudiziale si considera avverata se il primo incontro

¹⁷ Come precisato da P. NELA, *Tecniche della mediazione delle liti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, n. 18, nel contesto conciliativo possono essere utilizzati, in alternativa tra loro, 'sessione' ed 'incontro', ma non anche il termine giudiziario 'udienza', che riflette il carattere di organo sovraordinato del giudice rispetto alle parti in controversie.

¹⁸ In questi termini si esprime G. FANELLI, *Interferenze ancor più qualificate tra mediazione e processi*, cit.

¹⁹ Come previsto dalla Circolare 27 novembre 2013, che in commento all'art. 17, comma 5-*ter*, d.lgs. 28/2010, non prevede alcun compenso, essendo dovuti, da entrambe le parti comparse al primo incontro, solo le spese di avvio del procedimento e le eventuali spese vive documentate.

²⁰ Nella mediazione delegata, i dati sono ricercati dal giudice. Sulle difficoltà di acquisizione di tali dati, si veda M. MORICONI, *Mediazione e proposta del giudice: le problematiche relative all'acquisizione, rilevazione e valutazione dei dati relativi*, in www.judicium.it.

dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo»²¹. Da ciò si deduce che, per ritenersi il tentativo espletato, sarà sufficiente un primo e unico incontro, nel quale si palesi il rifiuto delle parti a cercare la conciliazione. C'è da chiedersi se si debba sempre svolgere il primo incontro, affinché la condizione di procedibilità sia soddisfatta, ovvero quest'ultima possa ritenersi esperita nel caso di mancata adesione della parte chiamata²². Sembra che le conseguenze negative dell'assenza della parte chiamata alla mediazione siano state riversate dal legislatore nell'eventuale giudizio successivo²³. L'art. 8, comma 4-*bis*, dispone, infatti, che «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, del codice di procedura civile». In quest'ottica il giudice può desumere argomenti di prova dal comportamento assunto dai litiganti fuori dal processo, in quanto la legge li ritiene ugualmente rilevanti²⁴. La parte verrà inoltre condannata al pagamento «di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio»²⁵. Tuttavia, appare ragionevole supporre che lo scopo del legislatore sia quello di favorire una soluzione bonaria della lite, che si può raggiungere solo con la collaborazione dei litiganti.

3. *La presenza delle parti al primo incontro*

In Italia, il problema che si trova ad affrontare il mediatore, non è quasi mai l'assenza degli avvocati, anche quando la loro assistenza non era prevista come obbligatoria, quanto piuttosto l'assenza delle parti, che di fatto pregiudica lo spirito dell'istituto conciliativo, rendendo impraticabili gli strumenti metodologici e le tecniche che costituiscono il punto di forza della mediazione, strutturata sulla base del modello statunitense²⁶.

²¹ Sulla questione v. R. CAPONI, *Adesione e partecipazione alla mediazione*, in www.judicium.it.

²² Sulla questione si rinvia a CAPONI, *Adesione*, cit.; *contra* TISCINI, *La mediazione*, cit. p. 296.

²³ Su questo punto, si veda FANELLI, *Interferenze ancor più qualificate tra mediazione e processo*, cit.

²⁴ V. M. BOVE, *Le sanzioni per la mancata comparizione in mediazione*, in www.judicium.it.

²⁵ Si veda R. TISCINI, *Corso di mediazione civile e commerciale*, Milano, 2012, p. 199.

²⁶ Le teorie tecniche di *Harvard Law School* costituiscono il riferimento tecnico assoluto della moderna *Mediation*, per le quali, «La negoziazione è la tecnica

È sulla base di questo assunto che si è mosso il Tribunale di Firenze, pronunciatosi il 19 marzo 2014²⁷ con un'ordinanza importante ed innovativa, almeno sotto due aspetti: in primo luogo, si dispone che qualora il giudice rinvii le parti alla mediazione, il primo incontro dovrà svolgersi in presenza delle stesse; in secondo luogo, l'incontro non potrà esaurirsi in una fase meramente informativa, ma dovrà, al contrario, concretizzarsi in una vera e propria fase della procedura conciliativa.

Il tribunale rileva come la normativa vigente contenga delle ambiguità²⁸ che devono essere superate procedendo a un'interpretazione teleologica delle norme coinvolte, al fine di evitare che le stesse disposizioni, consentano ai soli avvocati delle parti²⁹ di partecipare al primo incontro, i quali ricevuti i dovuti chiarimenti sulla procedura, possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre. L'art. 5, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, dispone, infatti: «Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo».

L'art. 8, in tema di *procedimento*, dispone: «All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle

finalizzata alla ricerca di soluzioni pacifiche relativamente a processi decisionali, controversie sociali, familiari, commerciali, professionali ed imprenditoriali. È il metodo della trattativa oggettiva, consistente nel fatto di decidere le diverse controversie in base alla loro importanza ed al loro contenuto oggettivo. Bisogna mirare al reciproco vantaggio e laddove gli interessi delle due parti sono in contraddizione insistere affinché il risultato si basi su principi corretti ed indipendenti dalla volontà delle due parti». A quanto sostenuto dal sistema americano è utile, secondo il nostro ordinamento, un'integrazione rafforzativa soffermandosi sulla soggettività delle parti e sulla loro libera interazione.

²⁷ Cfr. Tribunale di Firenze, Sez. II Civile, ordinanza 19 marzo 2014, in *www.DirittoeGiustizia.it*.

²⁸ In riferimento nello specifico al combinato tra art. 5, comma 2-*bis*, ed art. 8, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

²⁹ Le parti sono obbligate ad essere assistite dall'avvocato in tutti i casi di mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice *ex art. 5, comma 2*), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa, come chiarito dalla Circolare 27 novembre 2013.

parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento».

Il tribunale fiorentino si pronuncia a tal riguardo sostenendo che: «Come si vede le due norme sono formulate in modo ambiguo: nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 5-*bis*, si parla di «primo incontro concluso senza l'accordo». Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di mancato accordo se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria». Appurate le già note difficoltà del giurista di definire con chiarezza la c.d. fase preliminare dalla mediazione effettiva, il giudice aggiunge che «appare necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE)».

È in tale ottica che il giudice definisce la soluzione irrazionale e inaccettabile, per almeno sei ragioni.

In primo luogo, gli avvocati, definiti dalla stessa legge, mediatori di diritto³⁰, hanno, di certo, già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità, anche perché «se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. 28/2010, senza contare che obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico». Non si vede perciò che senso possa avere imporre un incontro preliminare tra i soli avvocati e mediatore, in vista di una mera finalità informativa.

In secondo luogo, la natura stessa della mediazione, esige che siano presenti di persona anche le parti, in quanto l'istituto aspira a riattivare la comunicazione tra i due litiganti. Ciò necessita di una interazione immediata e chiara da svolgersi in presenza del mediatore. Il giudice fiorentino sostiene che «l'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei

³⁰ L'art. 16, comma 4-*bis*, prevede che: «Gli avvocati iscritti all'albo sono mediatori di diritto. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò focalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 55-*bis* del codice deontologico forense».

conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione». Se ne deduce, che se da un lato appare quanto mai utile la figura dell'avvocato, che fornisce al cliente la piena consapevolezza della propria posizione, dall'altro è quanto mai importante, la presenza dell'interessato, l'unico che possa favorire l'accordo³¹.

In terzo luogo, il Tribunale ordinario di Firenze sostiene che ritenere esperita la condizione di procedibilità dopo un primo incontro durante il quale il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e lo svolgimento della mediazione «vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori» rendendo così l'istituto della mediazione delegata un semplice «adempimento burocratico» destinato a dilazionare senza valide giustificazioni il procedimento giurisdizionale.

In quarto luogo, l'informazione sulle finalità della mediazione e sullo svolgimento della procedura possono essere chiariti con altri mezzi³².

In quinto luogo, appare quanto mai insensato disporre un incontro informativo tra avvocati e mediatore in un caso di mediazione disposta dal giudice, dove si presuppone che lo stesso giudice abbia già svolto la valutazione necessaria a stabilire la possibile conciliazione del conflitto³³. Inoltre, si deve considerare che la stessa valutazione si è svolta nel colloquio processuale in presenza dei difensori. «Questo», evidenzia il tribunale, «presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna a riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto».

Infine, l'art. 5 della direttiva 2008/52/CE³⁴, distingue le ipotesi in cui il giudice rinvia le parti in mediazione rispetto al rinvio per

³¹ L'art. 5, comma 1-bis, e art. 8, comma 1, non a caso prevedono che le parti esperiscano il procedimento conciliativo con l'assistenza degli avvocati.

³² *In primis* secondo l'obbligo di informativa posta a carico dell'avvocato, secondo quanto disposto dall'art. 4 comma 3, del decreto legislativo 28/2010.

³³ L'art. 5 impone, infatti, che il giudice valuti la natura della causa, lo stato dell'istruzione, ed il comportamento delle parti.

³⁴ L'art. 5 dispone: «L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a

una semplice sessione informativa. Il che rappresenta un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice³⁵ viene chiesto alle parti ed ai loro difensori di esperire la mediazione e quindi «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa»³⁶, e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura conciliativa.

In vista di tutte queste considerazioni il giudice afferma la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata, aprendo un fronte interpretativo destinato a dare nuovo impulso alla mediazione.

L'ordinanza stabilisce esplicitamente che la mancata partecipazione personale delle parti incida sullo stesso rispetto della condizione di procedibilità. Tuttavia, allo stato attuale delle norme, la parte invitata a comparire non è tenuta ad accettare l'invito³⁷. Conseguentemente, prevedere, come condizione di procedibilità, la comparizione personale delle parti, vuol dire imporre alla parte che voglia accettare di comparire, di farlo personalmente. Ma se l'obbligo a comparire per tutte le parti, a pena di improcedibilità, è inteso come un obbligo per i litiganti di accettare la procedura e comparire in prima persona, si prospetta il rischio di paralizzare all'infinito la prosecuzione della causa, con conseguenze evidenti sulla legittimità della norma³⁸.

ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili».

³⁵ È questo un tipo di mediazione detta anche 'delegata' in cui il giudice può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede d'appello. Il provvedimento è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, laddove tale udienza non sia prevista, prima della discussione della causa. Il giudice, in questa ipotesi, fissa la data della successiva udienza dopo tre mesi e quando la mediazione non sia già stata avviata, assegna alle parti quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

³⁶ Secondo la definizione dell'art. 1 del d.lgs. 28/2010.

³⁷ Salvo le eventuali conseguenze per mancata partecipazione non giustificata.

³⁸ Cfr. M. MARINARI, *La mediazione dopo il decreto del fare e il giudice: verso meccanismi di risoluzione integrata delle controversie?*, in *Questione Giustizia*.

4. *Il primo incontro: una fase 'esplorativa' ovvero effettiva*

Per quanto concerne il secondo punto dell'ordinanza, il Tribunale sostiene che il primo incontro debba essere quello effettivo. In questa circostanza esso attribuisce al primo incontro una mera funzione informativa, finalizzata semplicemente a una informazione notarile e rituale della procedura. Tuttavia è sufficiente riprendere la Relazione illustrativa del 'decreto del fare' per trarre spunti di riflessione. La sopramenzionata Relazione, all'art. 83, si riferisce al primo incontro come a un incontro informativo e di programmazione, finalizzato a verificare con il mediatore se sussistono effettivi spazi per procedere utilmente alla mediazione, aggiungendo successivamente: «A tutto ciò, con la previsione normativa qui in esame, si aggiunge la previsione di un primo incontro di programmazione, e cioè non meramente informativo, in cui le parti, unitamente al mediatore, verificano le concrete possibilità d'instaurare una trattativa sulla composizione non solo dei diritti ma molto più ampiamente degli interessi in gioco, così che si proceda oltre solo quando questa emerga».

D'altra parte è innegabile la difficoltà che si incontra nel dovere distinguere le due fasi: quella 'esplorativa', da quella effettiva; con il rischio di rendere eccessivamente rigida una procedura che dovrebbe, invece, essere caratterizzata da una profonda elasticità rispetto al processo.

Bisogna poi evidenziare che l'ordinanza non distingue tra mediazione antecedente la causa e mediazione ordinata successivamente dal giudice, quanto alla necessità di esperire un vero e proprio tentativo di mediazione.

È evidente che il Tribunale di Firenze con questa ordinanza abbia aperto le frontiere verso una nuova visione ed interpretazione della procedura conciliativa. Questa decisione non sarà priva di considerazioni e dibattiti dottrinali. La mediazione è un istituto nuovo, controverso, ma per questo vivo e ricco di interesse. Solo il tempo ci saprà indirizzare sul futuro di questo istituto.

ANNACHIARA CRUDO*

ORIGINE E SVILUPPI
DELL'INTERPRETAZIONE AUTENTICA:
RILIEVI CRITICI

The authentic interpretation of law made with an interpretative law may be “dangerous” because of its juridical effects. The paper attempts to analyze the historical-doctrinal process of the connection between authentic interpretation and interpretation according to the lawmaker’s intention. The aim is to understand how these activities were inserted and were diversified in the Italian regulations. The paper takes into account Justinian and medieval sources, the Statuto Albertino and the current Italian Constitution. In conclusion, it is well worth noting that there is a regulatory gap and a no solved question: the legislator, the only one who can make an interpretative statute, is really subject to the product of his own creation?

Contro qualsiasi idea statica del diritto che consideri fossilizzati i processi mentali ed empirici che conducono alla (ri)scoperta dei significati attribuibili a un enunciato normativo e contro la convinzione (piuttosto diffusa) che il diritto sia un’entità che si esaurisca all’interno delle sue proprie parole, mi sembra opportuno sostenere una tesi diametralmente opposta che considera invece, il discorso giuridico come una continua «*forma in formazione*»¹.

A seconda del contesto, dei presupposti e degli obiettivi in cui si inserisce il processo interpretativo del linguaggio giuridico, esso si articola su due piani distinti e allo stesso tempo interdipendenti: quello dei segni e quello dei simboli. Il segno rappresenta la sterile

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Nella redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Massimo Brutti.

¹ B. ROMANO, *Filosofia della forma*, Torino, 2010.

chiusura ermetica di un significato immutabile ed immutato; il simbolo consiste nel conferire, attraverso un processo logico-mentale, un significato mutabile ed «esposto al rischio creativo dell'arte interpretativa»².

«La formazione e lo svolgimento del dialogo si alimentano [...] tra due condizioni opposte: quella che mantiene i dialoganti sul piano dei simboli e quella che li consegna al funzionamento dei segni. I segni enunciano un contenuto certo ed il linguaggio segnico contiene dei messaggi che non attendono alcuna interpretazione; sono emessi per essere realizzati senza partecipazione creativa [...]. I simboli permangono esposti all'interpretazione; [...] nella loro composita struttura si riattivano mediante l'arte dell'interpretazione [...]; impegnano l'io nell'opera della creazione di senso, avviata dall'interpretare»³.

Il diritto diventa in questo modo un crogiuolo di idee empiricamente dimostrabili (per esempio, l'applicazione di una norma generale ed astratta a un caso concreto) appartenenti, di volta in volta, a un interprete diverso. Tale interprete nel (ri)cercare una norma, nell'interpretare il suo contenuto e nell'applicarla (a seconda dell'influenza e del ruolo che è affidato all'interprete), (ri)crea il diritto e in questo processo di rielaborazione (anche se regolata da norme che a loro volta disciplinano i gradi dell'interpretazione), immette parte della propria soggettività nel circolo interpretativo del diritto oggettivo. Infatti, «la norma giuridica è [...] il significato che mediante l'interpretazione viene attribuito al documento o ad una combinazione di documenti siffatti»⁴.

Appartenendo alla categoria del linguaggio simbolico, «ci si accorge che il diritto non consiste soltanto in ciò che è detto, ma anche in ciò che è supposto da esso o implicitato in esso, nel “non detto”. L'enunciato si chiarisce facendo ricorso a ciò che non è esplicitamente formulato, ma che è in qualche modo richiesto dalla comprensione. Di conseguenza il problema cruciale diventa proprio il modo di concepire il “non detto”, “[...] Tra il detto e il “non detto” s'instaura un circolo ermeneutico»⁵.

Il margine di discrezionalità derivante dall'operazione di interpretazione di un enunciato giuridico, potrebbe risultare 'perico-

² B. ROMANO, *Forma del senso. Legalità e giustizia*, Torino, 2012, p. 144.

³ ROMANO, *Forma del senso. Legalità e giustizia*, cit., pp. 36-37.

⁴ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 9-10.

⁵ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

loso', soprattutto se dall'interpretazione di una norma e dalla sua conseguente applicazione, derivano conseguenze volte a modificare, creare o estinguere determinate situazioni giuridiche di un soggetto.

La separazione dei poteri, frutto emblematico dalla Rivoluzione francese, generatrice del metodo politico di produzione delle norme (affidato ai governi dei parlamenti imperanti), ha generato, trasversalmente, anche una fonte normativa centrale e autenticamente costitutiva degli ordinamenti degli Stati di diritto: le norme sull'interpretazione. È intuitivo, allora, il ruolo di queste norme. In primo luogo esse riflettono il principio di separazione dei poteri e creano una sorta di gerarchia tra l'operazione di interpretazione delle norme e le norme stesse, presupponendo anteposta l'interpretazione dell'enunciato giuridico, quale processo logico-mentale, all'applicazione dello stesso alla fattispecie concreta. In secondo luogo, mettono in luce un atteggiamento di diffidenza del legislatore nei confronti dei governi a cui è affidato il potere esecutivo e soprattutto nei confronti della giurisdizione, a cui quel margine di discrezionalità succitato, è affidato in modo quasi esasperato. Nell'ordinamento italiano, 'direttive' sull'interpretazione, sono contenute in particolare nell'art. 12 disp.prel., il quale recita: «*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*». Per quanto attiene il tema in analisi, riterrei opportuno concentrare l'attenzione sulla parte relativa all'interpretazione secondo 'l'intenzione del legislatore', perché mi sembra quella che, appunto, abbisogni di un'operazione interpretativa più complessa. Molto spesso l'interpretazione di un enunciato normativo secondo l'intenzione del legislatore, si estrinseca attraverso l'interpretazione resa dallo stesso, ma chiaramente, l'una operazione non presuppone o succede necessariamente l'altra. Tali processi di (ri)cognizione normativa non godono, quindi, di una biunivocità tale da associare il ricorso all'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore a quella resa dallo stesso. Le due attività restano scisse e non per forza vengono compiute dal medesimo soggetto. Qualora, infatti, ci fosse una corrispondenza netta e costante tra le due operazioni, non dovrebbe essere previsto che un giudice nell'esercizio delle sue funzioni, per esempio, possa svolgere una interpretazione secondo l'intenzione del legislatore.

A conferma di ciò, la sent. n. 118 del 1957 della Corte Costituzionale cita: «ove la giurisprudenza fosse concorde ma non ade-

rente alla volontà del legislatore, quest'ultimo sarebbe vincolato dall'accordo dei giudici con capovolgimento dei principi costituzionali». È anche vero che, di fatto, il soggetto che detiene tutti i poteri per rendere chiaro e vincolante il significato di una norma (diversamente dubbia) è proprio il legislatore, che, attraverso la legge interpretativa, palesa il senso della norma oggetto di interpretazione.

È assai risalente il discorso circa la specificazione e la portata dell'interpretazione resa dal legislatore. Già nella tradizione romanistica si sono individuate delle definizioni per le attività interpretative considerate nel rapporto che queste hanno con i soggetti interpretanti. Si è andata a definire 'l'interpretazione autentica' come il mezzo e il risultato dell'interpretazione compiuta dal soggetto che è anche autore del documento interpretato. È diffusa l'idea secondo cui, il significato attribuito alla norma giuridica dal legislatore, goda di un'autorità assoluta rispetto a qualsiasi altro significato dedotto (ricercato e creato) da altri soggetti. Sotto questa prospettiva, si presume che nessuno, oltre al legislatore, sappia esattamente cosa egli avrebbe voluto dire attraverso l'enunciato in questione. La dottrina, in tale materia, ha subito nel corso dei secoli una molteplicità di cambiamenti. In passato, infatti, la facoltà di interpretare era affidata solo a colui il quale aveva il potere di legiferare; vi era una sorta di rapporto di identificazione tra legislatore e interprete.

Tant'è vero che troviamo all'interno di alcune note giustiniane espressioni del tipo: «*si enim in praesenti leges condere soli Imperatori concessum est: et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet*»⁶. Il potere di legiferare con la conseguente possibilità di interpretare il documento legislativo (la coincidenza tra legislatore e interprete), era legato materialmente alla persona del legislatore; infatti, «alcuni giuristi medievali intendevano per interpretazione autentica l'interpretazione della stessa persona autrice, ed escludevano fosse autentica l'interpretazione del successore dell'autore»⁷. La dottrina, subì un cambio di rotta, quando giuristi come Baldo degli Ubaldi, specificarono che l'autore della legge corrisponde all'ufficio, al potere che egli esercita e non alla persona fisica che, di volta in volta, si trova a ricoprire questa carica.

⁶ C.1,14,12 1, 509 d.C.

⁷ O. GIACCHI, *Formazione e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica in diritto canonico*, Milano, 1935, pp. 34-35.

Circa l'interpretazione autentica, due sono state le scuole di pensiero portanti che si sono prefisse l'obiettivo di riuscire (o quanto meno provare) a circoscrivere l'ambito, i soggetti e i limiti di tale interpretazione: la scuola dell'esegesi e la scuola storica. In generale, gli autori della scuola dell'esegesi, sostengono che la "figura" dell'interpretazione autentica contenga in sé il carattere della interpretazione (attribuire un significato ad un testo) ed il carattere della legislazione. Il fulcro di questa dottrina è la considerazione del legislatore quale figura onnipotente, alla cui attività non sono posti limiti. La tesi sostenuta, invece, dalla scuola storica (in particolare da Savigny) considera l'operazione del legislatore in materia di interpretazione di una norma preesistente, non come attività meramente interpretativa, bensì come attività innovativa e creatrice di una nuova norma (carattere esclusivamente legislativo "camuffato" dal carattere meramente interpretativo).

Le ragioni dalle quali muove questa concezione, sono relative all'analisi dei mezzi che il legislatore "utilizza" per rendere la sua interpretazione: le leggi interpretative. Queste fonti, hanno l'obiettivo di interpretare un enunciato preesistente, il quale presenta (chiaramente) dei dubbi interpretativi. Il legislatore è l'unico organo in grado di legiferare (può quindi emanare leggi interpretative); è l'unico che (almeno potenzialmente) sa esattamente quale è il significato nascosto all'interno di una norma dubbia; è l'unico a cui l'ordinamento riconosce il potere e affida i 'mezzi' (le leggi interpretative) per estrinsecare questo significato. La particolarità delle norme interpretative, che definirei essere il mezzo concreto attraverso cui il legislatore rende la propria interpretazione, è la capacità di penetrare retroattivamente all'interno di una norma antecedente, fissandone il significato e rendendolo obbligatorio per il futuro.

In Italia, una menzione dell'interpretazione autentica si ebbe con lo Statuto albertino, il cui art. 73 sanciva che «l'interpretazione della legge in modo per tutti obbligatorio spetta esclusivamente al potere legislativo». La considerazione dell'interpretazione autentica (fittizia) utilizzata, di fatto, come nuova legge con efficacia retroattiva, ha portato la dottrina italiana a schierarsi (subito dopo la codificazione del 1865) su fronti diversi. Fiore sostiene che «a nessuno può spettare la facoltà di determinare il concetto giuridico di

⁸ P. FIORE, *Disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione della legge*, Napoli, 1886, n. 937, p. 519.

una disposizione legislativa meglio che al legislatore che fece e formulò la legge»⁸. Mentre il discorso di Bianchi, per esempio, verte sulla esplicita legittimazione da parte dello Statuto, sottolineando che questo non dice (in negativo) che l'interpretazione con forza di legge non spetti ai giudici, ma (in positivo) che spetta al legislatore.

Una modifica, dal punto di vista organizzativo, la si ebbe con la Costituzione repubblicana, nella quale non è citato l'art. 73 dello Statuto, quindi non si può considerare parte integrante dell'ordinamento il principio secondo cui l'interpretazione autentica spetti al potere legislativo. Betti, a tal proposito sostiene che il 'silenzio' della nuova Costituzione italiana per quel che concerne l'interpretazione autentica, non introduce né una soppressione dell'istituto né un limite al suo funzionamento. Malgrado l'uso (l'abuso) e il ricorso smodato fattone durante la guerra civile, i padri costituenti hanno omesso una regolamentazione dettagliata dello stesso. Betti, ancora, aggiunge che il principio dell'interpretazione da parte dello stesso organo produttore della legge interpretata, può essere ricavato da un collegamento (deduttivo) con il principio sancito nell'art. 15 disp. prel. Infatti, per quanto riguarda l'interpretazione autentica delle leggi avente forza vincolante nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento, essa nell'art. 73 dello Statuto Albertino, era considerata una competenza esclusiva del potere legislativo, con dovuta esclusione di quello esecutivo e giudiziario. Dal momento che attualmente l'interpretazione autentica è una disciplina non regolamentata positivamente, ogni soluzione o proposta che possa venir data, è influenzata più da ragioni di politica del diritto che da teorizzazioni del diritto stesso. La Corte Costituzionale, di fronte a cotali dichiarazioni e supposizioni, ha elaborato una propria dottrina che mira a sottolineare i limiti e la portata che rendono legittima una legge interpretativa e gli effetti giuridici da essa derivanti.

La sent. n. 233 del 1998 a tal proposito ribadisce che l'identificazione di leggi qualificate come interpretative: «[...] spetta, infatti, a quelle leggi o a quelle disposizioni, che, riferendosi e saldandosi con altre disposizioni (quelle interpretate), intervengono esclusivamente sul significato normativo di queste ultime (senza, perciò, intaccarne o integrarne il dato testuale), chiarendone o esplicitandone il senso (ove considerato oscuro) [...]». La legittimità dell'interpretazione autentica risponde a una logica sistematica dell'ordinamento e a questa logica, a sua volta, si rifà anche (secondo la giurisprudenza) il carattere retroattivo della legge interpretativa (frutto dell'interpretazione autentica resa dal legislatore).

Il discorso sull'interpretazione (autentica) della legge 'resa dal legislatore' può essere schematizzato sulla base degli obiettivi che le norme sulla interpretazione stessa si sono prefisse e si prefiggono di perseguire.

In primo luogo, ribadire l'esigenza di sottoporre alla legge qualsiasi atto giuridicamente rilevante riconosciuto dall'ordinamento (l'interpretazione giuridica trova la sua disciplina all'interno dell'art. 12 disp. prel.).

In secondo luogo, limitare e circoscrivere i poteri discrezionali affidati all'organo che più di ogni altro, attraverso le proprie decisioni, può modificare le situazioni giuridiche di chicchessia (il giudice).

In terzo luogo, garantire la certezza del diritto ed evitare che leggi presentate come 'interpretative' (quindi solo dichiarative di una legge preesistente, non creatrici di una nuova norma) possano avvalersi dell'efficacia 'retroattiva' riconosciuta a tali atti per eludere il divieto di retroattività delle leggi, violentando uno dei cardini su cui si poggia l'intero sistema giuridico di uno Stato di diritto.

Lascio al lettore un quesito a tal proposito: fino a che punto è reale (o surreale) la fiducia che si ripone nella buona fede (perché di buona fede si tratta) riconosciuta al legislatore che compie un'interpretazione autentica attraverso un processo che definirei 'normazione della e sulla normazione'? Fino a che punto, chi detiene tutti i mezzi della legiferazione ed è l'unico a poterne disporre, può essere effettivamente sottoposto al potere della legge, essendo essa stessa generata dal suo genio?

FEDERICA CIARLARIELLO*

LA QUESTIONE DELLE QUOTE DI GENERE: LA RAPPRESENTANZA POLITICA E I PROFILI DI COSTITUZIONALITÀ

Starting from the observation of the lack of equality between men and women and from the necessity of a representative equality (demand promoted already in 2003 by the European Commission), the paper analyses the possible coexistence and contradictions between parity democracy and general political representation. Through the analysis of the gender quotas and their different process of implementation, the paper examines the development of the advices of the Italian Constitutional Court on the topic of gender quotas, with a particular focus on the rulings n. 422/1995, n. 49/2003, n. 4/2010. Before reaching the conclusion, the possibilities for parties to independently facilitate gender equality and the negative aspects of a highly invasive legislation are deeply examined.

SOMMARIO: 1. Donne e politica. – 2. Rappresentanza politica tra democrazia pluralista e democrazia paritaria. – 3. Le quote di genere. – 4. Il quadro normativo e la giurisprudenza costituzionale. – 5. L'autonomia dei partiti e le quote di genere.

1. *Donne e politica*

La bassa presenza delle donne nei luoghi della rappresentanza politica, e più in generale nei processi decisionali e nelle posizioni dirigenziali, è da sempre un dato preoccupante¹. La divisione dei ruoli in base al genere, infatti, continua ad essere elemento strutturale nell'organizzazione della società, impedendo la realizza-

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Massimo Luciani.

zione di quell'eguaglianza tra i sessi solo legalmente garantita. La crisi economica e quella del welfare hanno peggiorato una condizione già critica: le donne sono relegate sempre più ai ruoli di cura in quanto sopperiscono con lavoro non retribuito ai tagli al welfare, alla sanità e all'istruzione pubbliche. Anche quando le donne accedono ai luoghi decisionali la loro legittimazione politica è più complessa e meno scontata rispetto a quella degli uomini². Sul piano della rappresentanza politica, infatti, sono diversi i fattori che impediscono alle donne un reale protagonismo. L'ultima discussione parlamentare alla camera sull'approvazione del primo testo della nuova legge elettorale Renzi-Berlusconi dimostra come la proposta di azioni positive forti per garantire il protagonismo femminile in parlamento inneschi un dibattito particolarmente complesso. Se da un lato resiste l'opposizione netta di alcuni partiti alla parità d'accesso alle cariche elettorali, dall'altro anche le risposte positive non sono scontate, anzi, sono il risultato di un acceso dibattito sul significato stesso della rappresentanza politica e sul rapporto che essa ha con la democrazia paritaria³.

2. *Rappresentanza politica tra democrazia pluralista e democrazia paritaria*

A prima vista una rappresentanza equilibrata di donne e uomini nelle istituzioni è un'esigenza di giustizia evidente di per sé⁴, per la quale non sembra necessario addurre ulteriori motivazioni: se la popolazione è composta sia da uomini che da donne, perché non dovrebbe essere rappresentata altrettanto equamente? La raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2003 va proprio in questa direzione, in quanto prende atto che tra le nuove domande

¹ Si veda il Rapporto Istat 2013, Capitolo 6, *Politica e Istituzioni*: «Le donne sono poco presenti nelle posizioni elevate, siano essi luoghi della politica, delle istituzioni, e delle aziende. Lo squilibrio di genere in Parlamento e nei Consigli Regionali continua ad essere particolarmente marcato: nelle elezioni del 2008 le donne elette in Parlamento erano appena il 20,3% tra i Senatori e il 21,2% tra i Deputati».

² Corte Costituzionale, sent. n. 49 del 2003: «La constatazione, storicamente incontrovertibile, di uno squilibrio di fatto tuttora esistente nella presenza dei due sessi nelle assemblee rappresentative, a sfavore delle donne. Squilibrio riconducibile sia al permanere degli effetti storici del periodo nel quale alle donne erano negati o limitati i diritti politici, sia al permanere, tuttora, di ben noti ostacoli di ordine economico, sociale e di costume suscettibili di impedirne una effettiva partecipazione all'organizzazione politica del Paese».

³ Si veda, a titolo d'esempio, il resoconto stenografico della 210ª seduta pubblica (antimeridiana), di martedì 18 marzo 2014, del Senato della Repubblica.

⁴ Consiglio d'Europa, raccomandazione marzo 2003.

delle democrazie contemporanee vi è sicuramente l'aspettativa che il potere venga diviso in modo paritario tra uomini e donne⁵. Tuttavia, il tema resta controverso ed è di indubbio interesse. Sarà bene, quindi, provare ad indagarne almeno i tratti principali.

La rappresentanza politica nasce nel Medioevo, con la costruzione dei primi embrionali sistemi parlamentari, ma si trasforma da rappresentanza corporativa ad universale solo in epoca moderna. Con i sistemi liberali, infatti, il popolo tutto elegge in modo volontario libero e collettivo un gruppo di suoi rappresentanti, cui, attraverso l'instaurazione di una maggioranza e di una o più minoranze, è dato il compito di attuare un programma generale di governo⁶. La rappresentanza politica, quindi, «è sempre tentativo e pretesa di rappresentare interessi comuni di tutti o meglio di rappresentare una visione partigiana degli interessi di tutti»⁷. I rappresentanti politici partendo da una propria visione della realtà e della società ambiscono a tutelare interessi generali; la loro politica, infatti, è valida per tutti e non solo per i soggetti che direttamente rappresentano (cioè per coloro che li hanno votati, o per coloro che appartengono alla base di partito).

In una democrazia pluralista (in cui tutti i cittadini e tutte le classi hanno eguali diritti, a partire da quelli politici), la vocazione generale della rappresentanza, quindi, è un elemento fondamentale. In questo contesto la democrazia paritaria quali profili di rappresentanza politica apre? Per rispondere a questa domanda è necessario comprendere a pieno il significato di democrazia paritaria e quale sia la storia, anche recente, di questa concezione di democrazia.

La democrazia paritaria è la principale rivendicazione di un movimento politico sviluppatosi in Francia nei primi anni '90, che rivendica la piena integrazione delle donne in tutti i livelli e in tutti gli aspetti del funzionamento di una società democratica. Nasce con La Dichiarazione di Atene del '92 ed il Manifesto per una democrazia paritaria, redatto a Parigi nel '93 e firmato da 557 uomini e donne. Solo l'anno successivo, nel 1994, nasce la rete *Demain la Parité*, che riunisce organizzazioni femminili e femministe (ha

⁵ G. BRUNELLI, *Costituzione, donne e politica, per una consapevole cultura costituzionale* (a cura di A. PUGIOTTO), Napoli, 2013, p. 24.

⁶ Tra i tanti il tema è trattato in L. CEDRONI, *La rappresentanza politica. Teorie e modelli*, Milano, 2004.

⁷ G.U. RESCIGNO, *Corso di Diritto Pubblico*, Bologna, 2013, Tredicesima Edizione, p. 336.

quasi due milioni di iscritti) impegnate nella parità di genere⁸. Democrazia paritaria non significa solo eguale rappresentanza politica: le rivendicazioni, infatti, non puntano alla mera parità numerica di uomini e donne nelle sedi istituzionali, ma intendono la parità di genere quale diritto fondante della democrazia, senza cui la piena cittadinanza femminile non può essere considerata compiuta, e la democrazia non può essere definita tale.

Due sono le principali correnti di pensiero interne al movimento per la democrazia paritaria. L'una considera necessaria la rappresentanza degli interessi femminili e rimarca la distinzione, antropologica e sociale, tra uomini e donne: questa distinzione deve necessariamente trovare spazio nei luoghi della rappresentanza e le quote di genere permetterebbero alle donne di avere una propria voce nelle istituzioni. Queste teorie partono dalla volontà di istituire un nuovo concetto di cittadinanza, che superi la neutralità di questo termine (costruito sulla base di un'eguaglianza ir-reale), tenendo conto delle differenze, anche sessuali, interne alla collettività⁹. Le possibili conseguenze negative di una tale visione si traducono nell'eventualità che uomini e donne si scontrino in parlamento quali *élite sessuali*, rappresentative solo del proprio genere, e non più delle condizioni e degli interessi della società¹⁰. Una tale visione, per così dire separatista degli interessi di genere dagli altri interessi sociali, risulta evidentemente inconciliabile con la democrazia pluralista e la rappresentanza universale.

L'altra corrente di pensiero, invece, intende la democrazia paritaria in modo tale che l'eguaglianza si faccia principio regolatore dello Stato, e non suo obiettivo o clausola generale. Il concetto di parità, in quest'ottica, assume i contorni di una richiesta di dignità per entrambi i sessi, che parte necessariamente dall'eguaglianza tra gli stessi¹¹. Questa visione non è in contrasto con il riscontro di differenze tra uomini e donne, ma supera la concezione per così dire sessuata dello Stato (per cui le istituzioni sono espressione del potere maschile, che le donne contrastano attraverso i propri canali), riscontrando nella richiesta di eguaglianza dei sessi il primo passo per l'eguaglianza delle persone al di là dei sessi. Una tale or-

⁸ S. CALANNA, *Democrazia paritaria: una via possibile?*, in A. DEL RE, *Donne in politica: un'indagine sulle candidature femminili nel Veneto*, Milano, 2007, p. 62.

⁹ S. CALANNA, *Democrazia paritaria: una via possibile?*, cit., p. 65.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

ganizzazione della rappresentanza potrebbe essere compatibile con la democrazia pluralista?

3. *Le quote di genere*

Tra le diverse azioni positive possibili in tema di rappresentanza paritaria, quelle prevalenti sono sicuramente mirate alla garanzia di un certo numero di candidature femminili. Si tratta delle c.d. quote rosa, terminologia imprecisa ed empiricamente fastidiosa (sarà la scelta di perpetuare lo stereotipo moderno che associa il rosa alla femminilità), meglio sostituibile con quote elettorali di genere (*electoral gender quotas*).

Anche nel recentissimo dibattito è emerso con chiarezza come le varie modalità di quote possano avere effetti significativi soltanto nel caso in cui siano costruite in base alle caratteristiche specifiche del sistema elettorale. La *Double Quota*, ad esempio, prevede una presenza minima per ciascun sesso all'interno della lista e una distribuzione delle candidature idonea a favorire l'elezione di candidati di entrambi i generi; lo *Zipper System*, invece, prevede una quota 50-50, con ordine alternato uomo-donna nella formazione della lista¹².

È evidente che, in caso di liste bloccate senza preferenze, la *Double Quota* non assicurerebbe alcuna parità d'accesso alle cariche, in quanto le donne potrebbero essere relegate in fondo alla lista, mentre lo *Zipper System* avrebbe effetti completamente diversi a seconda che si tratti di lista bloccata o che l'elettore possa esprimere una o più preferenze. Le quote costituiscono oggi la principale modalità con la quale attuare la parità di genere e sono molto diffuse nel mondo, grazie ai vincoli e alle pressioni di carattere internazionale. La Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 1979 e il Piano d'azione approvato dalla Conferenza sulle donne di Pechino del 1995, ne sono degli esempi.

4. *Il quadro normativo e la giurisprudenza costituzionale*

Passiamo ad analizzare, allora, la situazione italiana, sia rispetto alle fonti costituzionali che in merito alla giurisprudenza

¹² G. BRUNELLI, *Pari opportunità elettorali e ruolo delle Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, paragrafo 3.

della Corte. Le garanzie costituzionali su questo tema si rintracciano nell'art. 3 (sull'eguaglianza formale e sostanziale), nell'art. 48 (che regola l'elettorato attivo) e nel 51 (sull'elettorato passivo).

Nella nota sentenza n. 422/1995, in riferimento alla formulazione letterale dell'art. 48 (sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne...) e dell'art. 51 (tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizione di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge), la Corte Costituzionale ha chiarito che, seppure potrebbe apparire superfluo specificare espressamente entrambi i sessi, «è invece comprensibile che i costituenti [...] abbiano voluto rafforzare [...] il precetto esplicito dell'eguaglianza fra i due sessi»¹³. La Corte, in sostanza, ci chiede di tener conto del contesto storico in cui i costituenti operavano: oltre all'assoluta arretratezza delle condizioni materiali delle donne, anche le norme allora vigenti escludevano la componente femminile da buona parte degli uffici pubblici e l'elettorato attivo e passivo, ottenuto solo nel 1945, era stato per la prima volta esercitato con l'elezione della stessa Assemblea Costituente.

La Corte non va al di là di queste considerazioni, e non ritiene, quindi, che la specificazione di genere nei due articoli vada interpretata in senso attivo-programmatico; ritiene, anzi, che non siano ammissibili misure positive in tema elettorale¹⁴.

Negli anni, però, le riforme costituzionali del 2001 e del 2003 hanno modificato radicalmente l'assetto istituzionale: è stato rivisto l'art. 51 Cost., al cui primo comma è stata aggiunta la previsione secondo la quale «La Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini»; nell'art. 117, comma 7, Cost., invece, è stato specificato che «Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive»; grazie alla legge Cost. n. 2 del 2001, le leggi elettorali delle Regioni speciali, al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi, promuovono «condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali».

¹³ Punto 3 del Considerato in Diritto.

¹⁴ Così la Corte nella sentenza n. 422/1995, punto 6 del Considerato in diritto «ogni differenziazione in ragione del sesso non può che risultare oggettivamente discriminatoria, diminuendo per taluni cittadini il contenuto concreto di un diritto fondamentale [quello dell'elettorato sia attivo che passivo, *nda*] in favore di altri, appartenenti ad un gruppo che si ritiene svantaggiato».

Di certo la pluralità di linguaggi usati («pari opportunità», «piena parità», «parità d'accesso» e «condizioni di parità d'accesso») non aiuta l'equiparazione delle condizioni giuridiche, ma la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha aperto a un'interpretazione quanto più estensiva e garantista delle diverse formulazioni.

Nella sentenza n. 49/2003, infatti, ha precisato che le norme contenute nella legge Cost. n. 2 del 2001 pongono «esplicitamente l'obiettivo del riequilibrio e stabiliscono come doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, riferendoli esplicitamente alla legislazione elettorale»¹⁵.

Le modifiche costituzionali citate hanno riaperto la discussione sull'ammissibilità delle quote elettorali, discussione che, con la bocciatura dei tre emendamenti «di genere» alla nuova legge elettorale Renzi-Berlusconi, è tornata alla ribalta. Negli anni precedenti ha suscitato dibattito il ricorso presentato dal Governo contro la legge della Regione Valle d'Aosta n. 21 del 2003, con il quale si impugnavano gli articoli che imponevano alle liste elettorali di essere composte sia da uomini che da donne, pena l'invalidità della lista stessa.

Il ricorso governativo si fondava sugli articoli 3, comma 1, e 51, comma 1 (del vecchio testo) Cost., utilizzando le stesse argomentazioni usate dalla Corte nel '95 – come se nel frattempo il quadro costituzionale non fosse cambiato e non fosse stato modificato proprio l'art. 117, al comma 7, riguardante le leggi elettorali delle Regioni. Con la sentenza n. 49/2003, infatti, la Corte ha respinto il ricorso, non riscontrando nella normativa impugnata alcun profilo di incostituzionalità, effettuando così un vero e proprio cambio di prospettiva, coerente con la modifica del quadro normativo-costituzionale, rispetto alla sentenza del 1995¹⁶. Se nella pronuncia del '95 il giudice aveva ritenuto che le quote garantissero il raggiungimento diretto di un risultato a favore delle donne, in contrasto con i principi che regolano la rappresentanza politica¹⁷, nel 2003 ha escluso totalmente che la norma oggetto di contestazione incida direttamente sul diritto di elettorato passivo. «Le disposizioni impuginate – si legge nella motivazione della pronuncia del 2003 – si limitano a stabilire un vincolo non già all'esercizio del voto o all'e-

¹⁵ Punto 4 del Considerato in Diritto.

¹⁶ M. MIDRI, *sub* art. 51, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, p. 1034.

¹⁷ T. Fortuna, *Il lento e travagliato percorso del riequilibrio della rappresentanza di genere nelle assemblee elettive*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, paragrafo 2.

splicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma alla formazione delle libere scelte dei partiti e dei gruppi che formano e presentano le liste, precludendo loro (solo) la possibilità di presentare candidati tutti dello stesso sesso»¹⁸. Operando «solo nella fase anteriore alla vera e propria competizione elettorale»¹⁹, la norma non risulta assicurare nessun risultato e non violare così nessun diritto²⁰. La decisione n. 49 fa propria la distinzione, proposta da Lorenza Carlassare²¹, tra «azioni positive» vere e proprie e «norme antidiscriminatorie»²²: le prime comportano un trattamento diseguale che si sostanzia nell'attribuzione di un particolare vantaggio a un gruppo bisognoso di aiuto; le seconde, invece, si limitano ad assicurare ai cittadini di entrambi i sessi di partecipare alle competizioni elettorali, senza attribuire privilegi a nessun gruppo. La legge della regione Valle d'Aosta, nell'interpretazione della Corte Costituzionale, non attua azioni positive forti, cioè misure legislative volutamente diseguali, piuttosto norme anti discriminatorie²³.

A livello europeo la legge 8 aprile 2004, n. 90 – «Norme in materia di elezioni dei membri del Parlamento europeo e altre disposizioni inerenti ad elezioni da svolgersi nell'anno 2004» – stabilisce che ogni lista non abbia più dei due terzi dei suoi appartenenti di un determinato sesso, tutelando così sia gli uomini che le donne. Rispetto alla pena, però, la norma è molto debole: in caso di mancato rispetto della proporzione la lista elettorale non risulta invalida (lo è solo se è composta da candidati di un solo sesso), ma subisce una sanzione economica. Viene poi previsto un «premio» per le liste che «abbiano avuto proclamata eletta [...] una quota superiore ad un terzo di candidati di entrambi i sessi»²⁴. Quanto alle regioni, ordinarie e speciali, esse hanno l'obbligo costituzionale²⁵,

¹⁸ Punto 3,1 del Considerato in Diritto.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Sul punto G. FERRI, *Le pari opportunità fra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e la "preferenza di genere" in Campania*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, paragrafi 2 e 4.

²¹ L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. CARLASSARRE, A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI, *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, 2002, pp. 1-63.

²² BRUNELLI, *Costituzione, donne e politica*, cit., p. 30.

²³ COSÌ T. FORTUNA, *Il lento e travagliato percorso del riequilibrio della rappresentanza di genere nelle assemblee elettive*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, paragrafo 3 e G. BRUNELLI, cit. e *Pari opportunità elettorali e ruolo delle Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, paragrafo 3.

²⁴ Legge 8 aprile 2004, n. 90.

²⁵ Vedi art. 117, comma 7 e sentenza n. 49/2003, Corte Cost..

come già accennato, di favorire l'accesso alle cariche elettive ad entrambi i sessi. Alcune regioni non hanno ancora adempiuto all'obbligo costituzionale, alcune hanno inserito specifiche direttive in merito nei propri statuti, altre hanno approvato norme antidiscriminatorie nelle leggi elettorali.

La Regione Campania, ad esempio, con legge n. 4 del 2009, prevede che «in ogni lista nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati»²⁶, e la sanzione per la lista inadempiente è l'inammissibilità. Si tratta della stessa norma applicata alle candidature europee, con la differenza sostanziale che la pena è l'invalidità della lista inadempiente e non una mera sanzione economica. La legge campana ha istituito, poi, la c.d. «doppia preferenza», che modifica la vera e propria espressione del voto: l'elettore può esprimere uno o due voti di preferenza, ma nel caso di espressione di due preferenze, una deve riguardare un candidato di genere maschile e l'altra un candidato di genere femminile della stessa lista, pena l'annullamento della seconda preferenza²⁷. In merito a questa legge elettorale è stata portata a esprimersi, a seguito di un ricorso governativo, anche la Corte Costituzionale. Nella sentenza n. 4 del 2010, infatti, stante il divieto di introdurre azioni positive in materia elettorale (come da sent. n. 422 del 1995), la Corte ha delineato un quadro costituzionale ispirato al principio fondamentale dell'effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica, nazionale e regionale, come da art. 3, secondo comma, Cost.²⁸. Quanto alla norma oggetto di ricorso, essa non prefigura il risultato elettorale, non favorisce i candidati dell'uno o dell'altro sesso²⁹, anzi, contribuisce, in maniera equilibrata, ad attuare l'obiettivo della democrazia paritaria, previsto dallo stesso art. 51³⁰, non risulta perciò incostituzionale.

5. *L'autonomia dei partiti e le quote di genere*

Altro elemento d'analisi, risulta quello concernente le c.d. «quote volontaristiche», consistenti nella possibilità che i partiti, in

²⁶ Art. 10, comma 1.

²⁷ Art. 4, comma 3, l. n. 4/2009.

²⁸ FERRI, *Le pari opportunità fra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e la "preferenza di genere" in Campania*, cit., p. 8.

²⁹ BRUNELLI, *Donne, Costituzione e politica in Per una consapevole cultura costituzionale*, cit., p. 34.

³⁰ Punto 3.2.5 del Ritenuto in fatto.

totale autonomia, adottino dei propri meccanismi di tutela della parità di genere nell'accesso alle cariche elettive. Già la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 422/1995, auspicava misure «liberamente adottate da partiti politici, associazioni o gruppi che partecipano alle elezioni, anche con apposite previsioni dei rispettivi statuti o regolamenti concernenti la presentazione delle candidature»³¹, come avviene in altri Paesi europei (Svezia, Islanda, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito e Germania)³². Le libere scelte dei partiti politici – magari incentivate da una legislazione premiale sul versante dei rimborsi elettorali o della pubblicità in campagna elettorale – potrebbero aumentare la partecipazione femminile alla politica? Oppure il protagonismo femminile resterebbe comunque marginale, incentivando solo finte candidature a scopo economico? Di certo va considerato che le quote di genere (sia se applicate in completa autonomia che come necessaria conseguenza di un intervento normativo) hanno il limite intrinseco di poter essere solo piccolo stimolo alla realizzazione della parità di genere, che fattivamente dipende più da un cambiamento dei valori sociali e dei modelli culturali che da una paritetica rappresentanza.

Dal punto di vista politico, però, i partiti dovrebbero prediligere la strada delle scelte autonome: seppure la libertà di organizzazione dei partiti, garantita dagli articoli 18 e 49 Cost., è già limitata anche solo dalle leggi elettorali, una legislazione che comporti norme antidiscriminatorie risulta, *de facto*, ulteriormente restrigente e vincolante³³. La libertà di organizzazione dei partiti, infatti, si inverte in modo qualificante nella selezione della classe dirigente e nella scelta dei candidati alle elezioni ed una legislazione sulle quote di genere potrebbe risultare invasiva di questa libertà³⁴. Un esempio calzante è la lista Emily, presentatasi alle elezioni provinciali di Napoli nel 2004, e formata da 45 donne. La lista si è candidata con l'obiettivo preciso di denunciare la mancanza di rappresentanza femminile nei luoghi decisionali e nelle istituzioni e per provare ad eleggere donne lontane dall'attività politica³⁵. La lista Emily, essendo composta di sole donne, risultò invalida e non poté

³¹ Punto 7 del Considerato in Diritto.

³² Dati da *Le quote rosa in Europa, Internazionale OnLine*, 11 marzo 2014.

³³ Sul punto: S. LEONE, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Milano, 2013, p. 94 e ss.

³⁴ Da G. BRUNELLI, *Costituzione, donne e politica*, in *Per una consapevole cultura costituzionale*, cit., p. 33.

³⁵ *Ibidem*.

candidarsi. Vengono esclusi, così, dalla competizione elettorale quei partiti o gruppi di cittadini che scelgono di comporre la propria lista con appartenenti ad un solo sesso per esprimere specifiche rivendicazioni politiche.

In conclusione, viste le modifiche della Costituzione e le decisioni della Corte, possiamo affermare che in Italia le quote di genere sono certamente ammissibili. È necessario però che nella loro costruzione si rispetti un vincolo fondamentale: la composizione della lista non deve comportare nessuna garanzia di risultato, coerentemente sia con l'art. 51 (nel quale «pari opportunità» è da intendersi, come sottolineato dalla Corte con sentenza n. 109/2003, come eguaglianza nelle condizioni di partenza), che con l'art. 48 Cost. (concernente il profilo della libertà di scelta dell'elettore, che verrebbe intaccata nei casi in cui, in assenza del voto di preferenza e con liste bloccate, la candidatura verrebbe a coincidere con l'elezione). Resta aperta e centrale, in ogni caso, la questione politica sul come si intende la rappresentanza; delle due, l'una: se la rappresentanza è universale non può essere paritetica, se è paritetica, non può essere universale.

LORENZO SERAFINELLI*

BREVI CENNI SULL'EVOLUZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA¹

The theme of fundamental rights of the European Union and their protection has been the subject of an always more heated debate in doctrine and jurisprudence. As a matter of fact, considering the interest of the topic, the paper aims at giving a short overview of the main issues, following, as far as possible, a fil rouge to link together the different profiles of the question. Firstly, the paper analyses the law in the books about EU fundamental rights; Secondly, using recent and topical cases law taken by the national and European courts, the paper attempts to assess the crucial issues of fundamental rights protection. Finally, it provides a global oversight of the topic in order to identify a future enforcement's perspective.

*«Dove si vada, chi lo sa?
A mala pena ci si ricorda
d'onde si è venuti»*

J. W. Goethe

I. La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea affonda le sue radici nell'articolo 288 (*ex art.* 215) TCE in materia di responsabilità extra-contrattuale. Qui la Corte richiama i principi generali di diritto, coerentemente e in stretto legame con i compiti assegnati ai Trattati dagli Stati Membri, riguardanti in primo luogo l'*homo oeconomicus*.

Bisognerà aspettare l'AUE nel 1986 e il Trattato di Maastricht nel 1992 per vedere un ampliamento dell'orizzonte dei Trattati verso materie come la cultura, la tutela dell'ambiente, l'occupazio-

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Nella redazione di questo lavoro è stata consultata la dott.ssa Alessandra Di Martino.

zione e i diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione (si veda l'art. 20 TFUE).

Non è neppure possibile prescindere dal ruolo che alcune Corti Costituzionali – segnatamente quella italiana e tedesca – hanno ricoperto: timorose di vedere erose dalla Corte di Giustizia e dalla *primauté* del diritto comunitario la propria sovranità² andarono sviluppando la c.d. “teoria dei contro-limiti”.

Questa impostazione, seppur con declinazioni diverse nei due Paesi, assicurava loro un'ingerenza nel diritto dell'Unione qualora questo avesse intaccato il nucleo essenziale della Costituzione o della Legge fondamentale tedesca, con l'argomento decisivo secondo cui la competenza delle competenze (*Kompetenz-Kompetenz*) era attribuita alla legge interna.

Più precisamente i dubbi del *BVerfG* riguardavano, da un lato, la possibilità che l'assenza di un catalogo europeo recante i *Grundrechte* potesse pregiudicare il livello di tutela garantito dall'ordinamento interno, dall'altro, parallelamente, la possibilità che l'esorbitanza del diritto comunitario a campi non riconosciuti gli andasse a depotenziare la forza del diritto interno.

Mentre il *BVerfG* aveva però introdotto la formula della *Freundlichkeit* (amichevolezza), con il diritto comunitario e con la Corte UE, l'Italia si era dimostrata meno incline a venir meno al ragionare per contro-limiti³. Così nel famoso caso *Granital*⁴, la Corte Costituzionale ribadiva con forza il suo isolamento dal circuito comunitario⁵, rimettendo la questione del rinvio pregiudiziale al giudice *a quo*, sottraendovisi di fatto. Più recentemente, la Corte costituzionale ha ammesso il rinvio in un giudizio in via principale, nella ord. n. 103/2008, e, da ultimo, con la ord. n. 207/2013, in un giudizio in via incidentale. Il Tribunale federale tedesco ha effettuato il suo primo rinvio pregiudiziale per la materia degli OMT, con l'ordinanza del 14.1.2014.

¹ L'interesse per questa tematica è nato durante le lezioni di Diritto dell'Unione Europea del professor G.L. Tosato e in quelle di Diritto Pubblico Comparato del professor P. Ridola presso la Sapienza - Università di Roma, a.a. 2013/2014.

² La Corte costituzionale italiana a partire dalla Frontini, sent. n. 183/1973, mentre il *BVerfG* dalla *Solange I*, ord. 29/05/1975.

³ Nella vicenda della Consulta un ruolo fondamentale è stato giocato dall'impostazione kelseniana della giurisdizione costituzionale, separata nettamente dalla giurisdizione *tout court*. Questo approccio è invece meno condizionante nell'esperienza costituzionale tedesca.

⁴ Vedi Corte Cost., sent. n. 170/1984.

⁵ Tale impostazione è mutuata da P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, pp. 285 e ss.

Sebbene in ritardo rispetto all'Italia sul fronte del rinvio, il *BverfG*, già a partire dalle sentenze *Solange*, andava assumendo un atteggiamento più cooperativo facente leva sui principi strutturali della costituzione e legato all'attitudine della Corte di Giustizia a sviluppare una tutela dei diritti a partire dai principi.

In questo quadro, un ruolo decisivo è stato svolto dal dibattito su come formulare un catalogo di diritti comunitario e le pretese di chi avrebbe auspicato a una carta scritta si fecero strada in un terreno tortuoso e non privo di arresti.

Questi eventi portarono all'adozione della Carta di Nizza da parte di una Convenzione⁶, attraverso una dichiarazione solenne che la relegava in via di fatto al di fuori dei Trattati.

Alcuni tentativi vennero pensati al fine di assorbire la Carta nei Trattati, chiarendone in questo modo anche la valenza giuridica, ma non andarono a buon fine: il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 2003 venne affossato sotto la scure del referendum francese⁷ e del rifiuto olandese.

Solo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel 2009, la Carta di Nizza troverà una sua propria collocazione sistematica nell'art. 6 TUE, il quale le attribuisce lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Se, quindi, desta non poche perplessità l'aver collocato al di fuori dei Trattati la Carta, a chi, tra l'altro, è abituato a maneggiare costituzioni che dei diritti fanno la loro pietra angolare, quando non anche il loro presupposto, vi è da sottolineare che proprio questo *escamotage* ha in qualche modo evitato stravolgimenti della Carta (si pensi alle pretese, da parte della Gran Bretagna *in primis*, di riduzione delle competenze).

Passando alla lettura della Carta balza subito agli occhi come questa riporti le tradizioni costituzionali comuni degli Stati Mem-

⁶ La Convenzione era composta da rappresentanti dei capi di Stato o di Governo, un rappresentante del presidente della Commissione, deputati al parlamento europeo e membri dei parlamenti nazionali, nonché come osservatori due rappresentanti della Corte di giustizia e due rappresentanti del Consiglio d'Europa e altri organi dell'UE. Per un approfondimento si v. http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/it/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.6.html.

⁷ Il referendum francese è stato la conseguenza della decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2004/505 DC, il quale, adito dal Presidente della Repubblica, ha giudicato il Trattato come incisivo sulle condizioni essenziali dell'esercizio della sovranità popolare, tanto da eccedere i limiti di cui all'art. 88 par. 2 della Costituzione francese (l'equivalente dell'art. 11, Cost. Italiana). Quindi doveva approvarsi con una legge costituzionale, che per ragioni politiche venne sottoposta a referendum popolare.

bri, un consolidamento della giurisprudenza comunitaria in materia di diritti e delle prospettive che volgono al futuro date le crescenti domande dei cittadini europei.

Meritano di essere menzionate le clausole di chiusura della Carta di Nizza, specialmente l'art. 52 e l'art. 53: la prima verte sulla portata e l'interpretazione della tavola di diritti, la seconda stabilisce uno standard unionale al di sotto del quale gli Stati Membri e l'Unione non possono andare.

Ancora più rilevante è la precisazione che si fa riguardo alle competenze dell'Unione: si esclude, assolutamente e senza deroga, una estensione delle stesse a scapito degli Stati Membri.

'Scendendo pelli rami': l'introduzione della Carta ha permesso che si affievolissero le tensioni rilevate nella citata giurisprudenza costituzionale; ha adoperato una neutralizzazione dei diritti degli Stati Membri, sganciandoli dalle loro radici e ispirazioni culturali e proiettandoli verso nuove possibilità di applicazione (basti qui pensare alla vicenda della intangibilità della dignità dell'uomo⁸). Inoltre *a latere* di questa vicenda si innesta la travagliata storia che ha avvolto l'adozione della C.E.D.U. da parte dell'Unione Europea: le trattative sembrano ora concluse ma manca il parere della Corte di Giustizia (così come previsto dall'art. 218 TFUE).

II. Trattate le questioni del diritto sostanziale, vale la pena di passare sul piano giurisprudenziale, volgendo l'interesse soprattutto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. In primo luogo mi riferisco al percorso che, dalla sentenza *Stork*⁹ fino alla causa *Nold*¹⁰, hanno assunto le tradizioni costituzionali comuni a principi generali di diritto¹¹, e che si è risolto nella formulazione dell'art. 6 TUE (v. *amplius infra*).

In secondo luogo, penso alla vicenda che dalla sentenza *Codorniu*¹² si è spinta sino all'ultima questione degli *INUIT*¹³ cana-

⁸ Cfr. P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 77 ss., il quale ricostruisce storicamente la vicenda della dignità nelle varie esperienze costituzionali alla luce anche della giurisprudenza nazionale dei vari Stati europei.

⁹ Vedi Corte Ce, causa C-1/58.

¹⁰ Vedi Corte Ce, causa C-4/73.

¹¹ Per una ricostruzione della vicenda che ha portato all'evoluzione giurisprudenziale sui diritti fondamentali si veda G.L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, pp. 717 e ss.

¹² Vedi Corte Ce, causa C-309/1989.

¹³ Vedi Corte Ce, causa C-583/2011.

desi. Quest'ultima investe il tema del ricorso di annullamento, con specifico riguardo all'interesse diretto ed individuale come riportato dall'art. 263 TFUE, in collegamento immediato con l'*effet utile* del diritto comunitario.

Risalenti sono ormai le vicende che hanno investito il risarcimento del danno imputabile alle istituzioni comunitarie nell'esercizio delle loro funzioni e in capo agli Stati Membri in ragione di una mancata attuazione/recepimento del diritto comunitario nel diritto interno.

Infine, non possono qui tacersi le vicende che hanno portato i giudici nazionali a essere configurati come soggetti a due padroni, uno nazionale e uno comunitario. Basti analizzare il caso italiano: qualora emerga un conflitto, dovranno adoperarsi in una interpretazione conforme anche sistematica; solo dopo non essere stati in grado di far valere questo meccanismo di efficacia indiretta, potranno ricorrere alla Corte di Giustizia (tramite la pregiudiziale, di validità o annullamento come previsto dall'art. 267, TFUE) o alla Corte Costituzionale (tramite ricorso in via incidentale).

Inoltre, ritengo sia di fondamentale importanza l'evoluzione delle argomentazioni nelle statuizioni della Corte di Giustizia: la netta separazione che poteva riscontrarsi (sebbene con qualche forzatura concettuale) tra il *Quieta non movere, stare decisis* e l'*Acheronta movebo*¹⁴, cioè tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, sembra essere venuta meno. Il principio del *due process of law*, del *ne bis in idem* e i meccanismi argomentativi elastici propri degli ordinamenti di diritto anglosassone si sono fatti strada tra le rime obbligate del diritto scritto continentale. Dall'altro lato, l'impermeabilità che i Paesi a *common law* avevano dimostrato sin dal Medioevo nei confronti del diritto scritto è andata incrinandosi, sino ad accoglierne alcune fondamenta¹⁵.

Lungo questa linea interpretativa mutuo la prospettiva di Paolo Ridola: l'A. ravvede in questa contaminazione, in questa *praktische Konkordanz*, nel *Multilevel Constitutionalism*¹⁶, una profonda espansione del diritto comunitario nel senso di una sua sfera sovranazionale, di uno spazio pubblico europeo.

¹⁴ Vedi M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Milano, 2006, pp. 1 e ss.

¹⁵ Si fa qui riferimento alla vicenda che ha condotto il parlamento inglese a emanare lo *Human Rights Act* per accogliere nel diritto interno la Carta di Nizza, ribadendo comunque la *sovereignty of parliament*.

¹⁶ Vedi RIDOLA, *op. cit.*, pp. 234 e ss. e pp. 240 e ss.

Non sono mancate le critiche a questa impostazione da chi ripercorre le vie più attinenti al diritto costituzionale, ravvedendo nella tutela multilivello una sofisticazione del reale, non in grado di comprendere la realtà dei soggetti politici/economici/giuridici in gioco¹⁷. Non mi sento di condividere tali critiche: in primo luogo non credo sia pensabile configurare ogni Stato come attento unicamente alle vicende domestiche, poiché l'attività delle giurisdizioni interne risente altamente della giurisprudenza di Strasburgo e di quella di Lussemburgo; in secondo luogo l'evoluzione delle discipline giuridiche, primo fra tutti il diritto commerciale, ha portato a un necessario ripensamento delle modalità di approccio nei confronti di un diritto che sembra sfuggire alla dimensione strettamente territoriale.

È vero tuttavia che l'evolvere dei diritti procede a passo lento (seguendo lo *spin-off effect*) e che è sconsigliato enfatizzarne di troppo la tutela. Non può negarsi però l'obiettività dei fatti: la già richiamata soggezione dei giudici a due padroni incrina la validità della gerarchia giurisdizionale.

I giudici interni devono procedere infatti a una duplice valutazione in sede applicativa, l'una volta all'ordinamento interno, l'altra all'ordinamento sovranazionale (e in Italia senza il supporto della Corte, v. *supra*).

È innegabile che vi siano degli aspetti problematici circa la configurazione dell'U.E., ma non può tacersi come si sia andati oltre la dimensione statualistica sebbene non si sia giunti ad una federazione compiuta tra Stati. Non è più possibile cercare rifugio nell'unità organica dell'ordinamento interno (sembrano riaffiorare i limiti del principio gerarchico nelle fonti del diritto individuati da C. Esposito¹⁸ e le virtualità invece messe in luce del principio di competenza). Non può negarsi che la dimensione dei conflitti abbia ormai trasceso i vincoli territoriali in favore di una più ampia, e diversa, formulazione attuativa, in Europa come nel mondo, sancendo il tramonto di una ricomposizione delle domande unicamente nell'orizzonte nazionale.

È certo che tale impostazione di tutela multilivello non debba concepirsi come mero tecnicismo: è infatti vero che una decisione

¹⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, pp. 19 e ss.

¹⁸ Vedi C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1964; cfr. anche A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 2011.

della Corte di Strasburgo possa travolgere una disposizione costituzionale interna in maniera sostanziale.

Si pensi, inoltre, al controverso caso Melloni: sembrerebbe che il mandato di arresto europeo abbia prevalso gerarchicamente sulla norma costituzionale che escludeva l'estradizione per soggetti processati in contumacia (sia pure che il sig. Melloni si fosse volontariamente sottratto alla sede processuale)¹⁹.

Emerge da questa breve rassegna l'impossibilità di omettere dall'analisi condotta eventi che hanno travolto l'originaria impostazione unitaria.

Con questo, sia chiaro, non si vuol certo ridurre l'imprescindibilità delle Costituzioni interne. Anzi, il tentativo è invece quello di proiettarle su di un terreno aperto a nuove contaminazioni (e contrasti, perché no?).

D'altro canto, sia che l'accento venga posto sulla tutela multi-livello, sia che si voglia, al contrario, sottolineare la necessità di un equilibrio costituzionale interno, non vi è forse alla base sempre uno scopo comune? Le differenze fin qui rilevate vanno sfumando se si evita di pensare a una netta separazione tra le dinamiche interne e quelle sovranazionali: non è forse vero che i protocolli n. 1 e 2 sull'applicazione del principio di sussidiarietà investono le istituzioni degli Stati Membri nella dimensione comunitaria? Ancora: non è forse vero che la partecipazione di comitati alla procedura legislativa e all'adozione degli atti a livello comunitario sposti il baricentro oltre le classiche istituzioni, per mettere in luce nuovi soggetti partecipi alla vita dell'Unione? Non è forse dalla cittadinanza europea e dai relativi diritti che si potrebbe condurre un vero processo di rivoluzione copernicana?

Non può negarsi che un ruolo determinante sia stato, e sia, svolto proprio dai vari popoli degli Stati Membri, ancor prima che dai centri di produzione di diritto degli stessi. La cittadinanza sembra poi affacciarsi sul panorama europeo come un'unione di citta-

¹⁹ Per un commento alla sentenza *Melloni*, 26/02/2013, causa C-399/11 si rinvia a A. DI MARTINO, *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, <http://www.diritticomparati.it/2013/04/mandato-d-arresto-europeo-e-primo-rinvio-pregiudiziale-del-tce-la-via-solitaria-della-corte-di-giusti.html>; sui problemi costituzionali sollevati dal mandato di arresto europeo nei vari Stati Membri si v. *eadem*, *Principio di territorialità e protezione dei diritti fondamentali nello spazio di libertà sicurezza e giustizia. Osservazioni alla luce della giurisprudenza costituzionale di alcuni Stati Membri sul mandato di arresto europeo*, in R. CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato di arresto europeo*, Napoli, 2007.

dini più che come un popolo federale, ciascuno con le proprie differenze, ma tutti simili per quel che riguarda lo sfondo europeo.

Il conflitto tra l'una e l'altra visione non è certo, a mio avviso, da risolvere come un *aut-aut*: la continua dialettica tra le due *Weltanschauungen* permette infatti che il dibattito sui diritti non affievolisca, sebbene sia rimasto per troppo tempo relegato in un angolo e sia riemerso in Europa, con grande irruenza, solo dal 2008 in poi. Né tuttavia deve ritenersi che il percorso sia concluso e che non vi sia un domani nel lento camminare comunitario, nell'avanzare della c.d. Europa a piccoli passi.

III. Vengo quindi alle conclusioni: la sostenibilità delle differenze su cui si interrogava Glenn²⁰; le spinte federaliste iniziate con 'Il Manifesto di Ventotene'²¹, e mai venute meno in alcune coscienze; la necessità di sopperire al *deficit* democratico in Europa; l'evoluzione dei partiti politici europei; le diverse culture che popolano il territorio comunitario vanno verso uno sfaldamento della tutela dei diritti o conducono invece a logiche inclusive di maggior grado? Produrranno una maggiore coesione o una progressiva rottura col progetto europeo?

Gli interrogativi posti vanno anche al di là del seminato strettamente giuridico; peraltro lungi da me di pretendere un percorso ontologico dell'Europa intera. Al futuro il compito di dipingere i particolari dell'affresco.

Ciò che rientra nell'interesse di chi scrive, come detto in apertura, è dipanare il filo rosso che serpeggia lungo tutta la stagione dei diritti europei: non sembrerebbero convincenti le pretese prospettate da alcuni di riacquistare una completa sovranità statale, ripercorrendo le strade del liberalismo giuridico. Lo Stato liberale necessitava di una sfera sociale compatta e omogenea, la classe borghese ottocentesca appunto (ma lo è poi mai veramente stata?), e non di una società disaggregata e in continuo movimento. Viene meno la netta separazione tra società e l'Europa, per far emergere un sistema complesso di garanzie, tanto positive quanto negative, ed un inscindibile legame al tempo stesso con la propria radice identitaria.

Non so se questo sia riconducibile allo schema della doppia

²⁰ Vedi H.P. GLENN, *The legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, Oxford, 2010.

²¹ Vedi A. SPINELLI, E. ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, Milano, 2006, pp. 28 e ss.

patria in Cicerone²²; vale la pena ritenere che quanto meno i legami siano validi nel concreto.

Non sembrerebbero neppure fondati i timori di coloro che equiparano la dimensione dei diritti in Europa a una nuova Babele, come l'incomprensione *par excellence*: questo perché vi è un nucleo forte appartenente alla cultura costituzionale, e non solo, europea che trascende l'ottica della lingua e si pone nella dimensione del linguaggio autentico²³.

Ne sono riprova le tradizioni costituzionali comuni, i principi di diritto ormai accolti pacificamente da tutti gli ordinamenti e un bagaglio culturale che sembra avere un alto grado di *assise morale comune*. Rabbrividerà chi aspiri a far rientrare e a far coincidere – orientato dalla purezza del diritto e unicamente da questa – entro le categorie concettuali astratte le fattezze del concreto, la realtà entro la norma: un'operazione impossibile, poiché la *Geltung* del diritto è in parte al di fuori di questo, in uno spazio extra-giuridico.

Sfide nuove e inedite abbracciano le condizioni degli apolidi, dei migranti; sfide sconosciute all'orizzonte statuale e necessitanti di soluzioni in uno scenario plurale ed aperto.

È questo il senso più intimo di un'evoluzione dei diritti che si spinge oltre la territorialità, in un continuo movimento, soprattutto culturale, avvolgente lo spirito europeo.

Chiuderei con una citazione di Jacques Le Goff²⁴: «Un elemento essenziale della potenza europea è la cultura, la sua cultura. – l'A. continua in un elogio della formazione culturale in Europa attraverso le Università, ponendo in luce una matrice cristiana comune nello spirito europeo, volgendo lo sguardo all'Europa delle nazioni, diffidando parzialmente dall'idea di un'Europa federale, arrivando ad affermare che – [...] [c]iò che oggi ci consente di pensare a un'Europa unita è il fatto obiettivo e innegabile che noi europei non possiamo più farci la guerra. [...] E poi non dimentichiamo che la democrazia nasce in Europa, prima nella letteratura e nella filosofia e poi nella sua pratica attuazione. [...] Perfino nei

²² Vedi CICERO, *De legibus* 2, 3, 5: «...Ego mehercule et illi et omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturae, alteram civitatis; ut ille Cato, quom esse Tusculi natus, in populi Romani civitatem susceptus est, ita, quom ortu Tuscolanus esset, civitate Romanus, habuit alteram loci patriam, alteram iuris ...» Cfr. anche 2,1,3; 2, 2, 5.

²³ Vedi M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., pp. 377 ss.

²⁴ Vedi J. LE GOFF, *Perché l'Europa*, http://www.laterza.it/index.php?option=com_content&view=article&id=1377&Itemid=101.

monasteri medievali è esistita una forma di democrazia, se è vero che gli abati erano eletti tutti dai monaci. Queste ed altre sono le ragioni che la storia ci consegna per costruire la nostra Europa».

Sebbene troppo gravoso sia entrare nel merito delle ricostruzioni storiche, non sembrerebbe azzardata l'idea di un'Europa come madre della democrazia.

Ma cosa vuol dire democrazia se non soprattutto cultura dei diritti?

FILIPPO CALIENTO*

RECHTSGRUNDLAGE UND AUSGESTALTUNG
DER EUROPÄISCHEN BANKENAUF SICHT
ALS AUFGABE DER EZB:
DIE VO NR. 1024/2013 AUF DEM PRÜFSTAND

Considering the historical phase which the prudential supervision today crosses, the article analyses the organization of the new Single Supervisory Mechanism. The most significant points of the EU-Regulation no. 1024/2013 are highlighted in order to evaluate the political cleavages it lines up for the future. Distinguishing between structure and functioning of the European Union, the latter, specifically in relation to the role and tasks of the European Parliament, is pointed out as a crucial point in assessing the source of the austerity policies and the democratic deficit in Europe. In the light of the several orders of interests represented in the Parliament, a stronger political texture of its politics is regard as an essential condition for the success of European policies.

Sincere thanks to Professor Ingolf Pernice for his guidance.

SOMMARIO: Einleitung. – 1. Die historische Hintergrund. – 2. Die Bankunion, die VO. 1024/2013 und die interinstitutionelle Vereinbarung zwischen der Europäischen Zentralbank und dem Europäischen Parlament. – 3. Politik als Desiderat.

«This is the final leg of an ambitious project launched 18 months ago to fuse financial oversight in the Euro-zone in what is

* Studente della *European Law School*. Articolo scritto durante il soggiorno alla *Humboldt-Universität zu Berlin*, estratto da un lavoro elaborato nell'ambito del seminario di *Europarecht* «*Grundrechte, Demokratie und Stabilität in der Europäischen Währungsunion*» tenuto nel *Sommersemester* 2013/14 dal Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice.

the biggest centralization of power in Europe since the creation of the single currency»¹.

Einleitung

Das Konzept einer Bankenaufsicht basiert auf der Annahme, dass hierdurch das Insolvenzrisiko der Banken einschließlich der damit verbundenen Kosten reduzieren werden können. Der Begriff der Bankenaufsicht bezieht sich auf die primäre Tätigkeit der Kreditinstitute: Kapitalbeschaffung und Kreditvergabe, sowie sämtliche damit zusammenhängenden Geschäftstätigkeiten. Die Banken nehmen hierbei die Rolle eines Finanzmaklers ein, deshalb werden sie auch als Motor der Währungspolitik bezeichnet: Banken können und sollen die zwischen Angebot und Nachfrage umlaufende Quantität an Geld garantieren.

Die englische, französische und italienische Fassungen von Art. 127 V AEUV bezeichnen das, was im Deutschen Aufsicht heißt, als *Prudential Supervision*, *Contrôle Prudentiel* und *Vigilanza Prudenziale*. In der deutschsprachigen Fachliteratur wurde der Begriff der «Prudentielle Aufsicht» früher eher selten verwendet². «Prudentielle Aufsicht» kann allgemein als Aufsicht der Tätigkeit oder als ein Teil davon gedeutet werden. Die Verwendung dieses Begriffes ist nicht immer präzise. Es scheint richtig, den Art. 127 V AEUV als auf die allgemeine Aufsicht bezogen auszulegen.

Am Beispiel der Bankenaufsicht und der Probleme, die ihre Ausgestaltung in der Europäischen Union aufwirft, zeigt sich, was ihrer Konstruktion vor allem fehlt: das Politische.

1. *Der historische Hintergrund*

Diskussionen über eine Bankenaufsicht kamen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts auf. Diese wurde vor allem durch die inflatorischen Probleme, die insbesondere durch die in Folge des Ersten Weltkrieges zu leistenden Reparationszahlungen hervorgerufen wurden, ausgelöst. Es wurden jedoch lediglich im Laufe der

¹ ALEX BARKER und PETER SPIEGEL ÜBER DIE VERORDNUNG 1024/2013, in der Financial Times vom 18.12.2013, <http://www.ft.com/Intl/Cms/S/0/Ed8cc406-681d-11e3-8ada-00144feabdc0.Html#Axzz2yuwlhkxp>.

² SIEHE N. KOHTAMÄKI, *Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union*, Tübingen, 2012, S. 10-14.

Währungskrise von 1929 und der darauf folgenden Bankenkrise von 1931 inhaltsreiche Maßnahmen ergriffen. Die deutsche Verordnung "Aktienrecht, Bankenaufsicht und über Steueramnestie" wurde am 19. September 1931 erlassen. Das Reichs-Kreditwesengesetz (KWG) vom 5. Dezember 1934 hat die Funktion einer vollständigen Bankenaufsicht entworfen.

Erst 1974, ein Jahr nach dem Ende des Bretton-Woods-Systems hat der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht eine internationale Bankenaufsicht – vereinbart zwischen den Staaten der G-10 (USA, Kanada, Großbritannien, Frankreich, Deutschland, Italien, Belgien, die Niederlande, Schweden und Japan) – eingerichtet³. Gleichzeitig hat auch die Europäische Gemeinschaft mit der Koordination der Bankenaufsicht begonnen. Dies geschah durch Richtlinien, im Rahmen des Europäischen Währungssystems (in Kraft von 13. März 1979 bis zum 31. Dezember 1998).

Im Rahmen der Debatte über die Verträge von Maastricht und Lissabon mangelte es nicht an Diskussionen, ob sich die Bankenaufsicht zentralisierten ließe. Auf Grund erheblicher Meinungsverschiedenheiten ist die Aufsicht bei den Mitgliedstaaten verblieben. Eine Kompromisslösung wurde allerdings durch die Fassung des Artikels 127 VI AEUV erreicht, dessen praktische Anwendung auch von den Verteidigern einer zentralisierten Aufsicht als unwahrscheinlich betrachtet wurde. Diese Norm gestattet es dem Rat unter speziellen Voraussetzungen, die Aufsicht auf die EZB zu verlagern.

Wie diese Entwicklung zeigt, erfolgten die wichtigsten Fortschritte der Bankenaufsicht als Reaktion auf Finanzkrisen und die jeweils gefunden Lösungen spiegeln die politischen Zustände und Entscheidungen wieder. Eine Analyse der wirtschaftliche Debatten hinter diesem Wandel ist im Rahmen der wenigen Zeilen dieser Arbeit nicht möglich, und es wird als unnötig betrachtet zu belegen, dass diese – wenn auch erforderlichen – Entscheidungen nicht ohne Alternativen waren. Zusammenfassend lässt sich das Konzept der Bankenaufsicht in Europa in drei Entwicklungsphasen einteilen.

³ «The Basel Committee on Banking Supervision provides a forum for regular cooperation on banking supervisory matters. Its objective is to enhance understanding of key supervisory issues and improve the quality of banking supervision worldwide». «The Basel Committee is the primary global standard-setter for the prudential regulation of banks and provides a forum for cooperation on banking supervisory matters. Its mandate is to strengthen the regulation, supervision and practices of banks worldwide with the purpose of enhancing financial stability». <http://www.bis.org/bcbs/about.htm>, vom 20. Mai 2014.

len: die Erste (in den Dreißigerjahren) war geprägt von der innerstaatlichen Dimension; die Zweite (in den Siebzigerjahren) war geprägt von neuen internationalen Beziehungen; und die heutige Dritte entspricht dem Versuch, eine überstaatliche Regierung zu schaffen.

2. *Die Bankenunion, die VO 1024/2013 und die interinstitutionelle Vereinbarung zwischen der Europäischen Zentralbank und dem Europäischen Parlament*

Nach dem Plan einer Bankenunion, der von der Kommission (in ihrer Mitteilung vom 30.05.2012⁴ und deutlicher in dem Blueprint⁵ vom 30.11.2012) und dem Europäischen Rat (in dem Bericht des Präsidenten Van Rompuy⁶) im Mai/Juni 2012 erstellt worden war, wurde der einheitliche Aufsichtsmechanismus mit der VO 1024/2103 vom 15. Oktober 2013 geschaffen.

Die Bankenunion fügt sich in die reformierte Wirtschafts- und Währungsunion ein, die in vier «wesentlichen Bausteinen» strukturiert ist⁷: ein integrierter Finanzrahmen (die «Bankunion»); ein integrierter Fiskalrahmen (die «Fiskalunion»: Twopack, Sixpack, Europäischer Fiskalpakt); ein integrierter Rahmen für Wirtschaftspolitik (die «Wirtschaftsunion»: *Ex-ante* Koordination, Europäisches Semester) und die erforderlichen Maßnahmen, um die demokratische Legitimität und Rechenschaftspflichten zu gewährleisten (eine vertiefte politische Union).

Die Bankenunion ist ihrerseits in vier Teile strukturiert:

- a) der einheitliche Bankenaufsichtmechanismus, EAM (oder Single Supervisory Mechanism, SSM. Nachfolgend SSM genannt);
- b) die Eigenkapitalanforderungen für Banken, «CRD IV»-Paket;
- c) die Bankenabwicklung und die Einlagensicherungs-systeme, es besteht auf eine Einigung über stärker harmonisierte nationale Rahmenregelungen für Bankenabwicklung und Einlagensicherung;
- d) der einheitliche Abwicklungsmechanismus, SRM, für die am SSM teilnehmenden Länder vorlegen.

⁴ COM(2012) 299 final, http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/eccomm2012_de.pdf, vom 20 Mai 2014.

⁵ COM(2012) 777 final/2, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A52012DC0777>, vom 20. Mai 2014.

⁶ EUCO 120/12, Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion, <https://www.ecb.europa.eu/ssm/pdf/report/ReportbyPresidentofEuropeanCouncil2012-06-26DE.pdf>, vom 20 Mai 2014.

Die Bankenunion ist auf zwei Fundamente gebaut: Das innere ist geprägt von Maßnahmen, die Anwendung finden in den Ländern der Euro-Zone (derzeit 18 Länder) und in den Ländern, die sich hierzu freiwillig entscheiden haben. Das äußere Fundament enthält Maßnahmen, die in allen EU-Mitgliedstaaten (28 Länder soweit) anzuwenden sind. Der SSM und der SRM arbeiten auf dem inneren-Fundament, wohingegen die ESFS (und also die EBA) und die CRD IV Anwendung in allen EU-Mitgliedstaaten finden.

Der einheitliche Aufsichtsmechanismus ist ein Netzwerk ohne Rechtspersönlichkeit, das aus der EZB und den nationalen zuständigen Behörden besteht. Rechtsgrundlage der Verordnung ist Artikel 127 VI AEUV. Die Aufsicht wird zentralisiert, die Regulierung ist allerdings noch dem äußeren Fundament der 28 Mitgliedstaaten überlassen.

Der Kreis der übertragenen Aufgaben (in Art. 4 I und 4 II der VO 1024/2013 als ausschließliche Zuständigkeit der EZB und in Art. 5 II als geteilte Zuständigkeit der EZB) und Befugnisse (in den Artikeln 9 bis 13: Aufsichtsbefugnisse; und 14 bis 18: Untersuchungsbefugnisse) ist weitgreifend und umfasst die traditionellen Aufgaben und Befugnisse der Bankenaufsicht vollständig⁸.

Von großer Bedeutung ist die Trennung der Aufsicht von der geldpolitischen Funktion der EZB, sorgfältig geregelt im Artikel 25 der VO 1024/2013. Diese Trennung soll auch einen klaren Verwaltungsschutz durch die Artikel 22, 23 und 24 der VO ermöglichen, die einen vollständigen Schutz in dem Verfahren für die Annahme von Aufsichtsbeschlüssen gewährleisten⁹.

⁷ Europäischer Rat, Zwischenbilanz der laufenden Arbeiten zum Aufbau einer solideren Struktur für die Wirtschafts- und Währungsunion, Stärkung der Wirtschafts- und Währungsunion: Fortschritte bei den Gesetzgebungsdossiers, <http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/strengthening-economic-and-monetary-union-progress-on-legislative-files?lang=de>, vom 20. Mai 2014.

⁸ Es ist nunmehr abzuwarten, wie einige wichtige Befugnisse weiter ausgestaltet werden. Am Tag der Veröffentlichung der SSM-Rahmenverordnung (25. April 2014) hat die EZB auch eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2157/1999 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen (EZB/1999/4) und die Empfehlung für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2532/98 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen veröffentlicht, EZB/2014/17, 18, und 19.

⁹ Es gibt auch einen Beschluss, EZB/2014/16, vom 14. April 2014, über die Einrichtung eines administrativen Prüfungsausschusses und die Festlegung der Vorschriften über dessen Arbeitsweise, der noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht würde und genauere Angabe hierzu machen wird.

Die Verordnung 1024/2013 hat ihren Ursprung in der „De-Larosière-Gruppe“, die vom Präsidenten der Europäischen Kommission Barroso im Oktober 2008 einberufen wurde. Im Februar 2009 wurde der De-Larosière-Bericht veröffentlicht¹⁰. Nach einer Analyse wird im Teil III die «Schaffung eines Europäischen Systems für Aufsicht und Krisenmanagement» als Lösung vorgeschlagen und insbesondere die «Aufsicht auf Makroebene: Gründe für eine Reform» (Lit. b). Dieser Vorschlag wurde von der Europäischen Union übernommen, mit, wie von Marco Mancini¹¹ deutlich erklärt, der impliziten Annahme der Theorie des Financial Trilemma von Dirk Schoenmaker (2011). Diese Theorie besagt: «*financial stability, financial integration and national financial policies are incompatible. Any two of the three objectives can be combined but not all three; one has to give*»^{12, 13}. Die Auswirkungen des Meroni-Urteils (die sogenannte Meroni-Doktrin) haben eine umsichtige Haltung der europäischen Akteure bei der Übertragung von Befugnissen auf neue Einrichtungen mit sich gebracht.

Nicht unstrittig war, ob eine Reform der Verträge nötig sei. Hierzu wird in dem Erwägungsgrund Nr. 85 der VO 1024/2013 aufgeführt: «die Kommission hat in ihrer Mitteilung vom 28. November 2012 über ein Konzept für eine vertiefte und echte Wirtschafts- und Währungsunion erklärt, dass Artikel 127 Absatz 6 AEUV geändert werden könnte, um das ordentliche Gesetzgebungsverfahren zur Anwendung zu bringen und einige der rechtlichen Beschränkungen zu beseitigen, die derzeit beim einheitlichen Aufsichtsmechanismus bestehen [...] ferner hat sie festgestellt, dass ein Anliegen, das mit einer Vertragsänderung zu bewerkstelligen wäre, die Stärkung der demokratischen Rechenschaftspflicht der EZB ist, soweit sie als Bankenaufseher tätig ist». Zwei Tage danach in dem Blue-Print vom 30.11.2012¹⁴ hat die Kommission aber die Schaffung eines einheitlichen Aufsichtsmechanismus ohne Reform der Verträge vorgesehen, weil er kurzfristig (innerhalb von 6-18 Mo-

¹⁰ De-Larosière-Bericht, http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_de.pdf, vom 20. Mai 2014.

¹¹ M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, Quad. di ric. giur., Banca d'Italia, 2013.

¹² D. SCHOENMAKER, *The Financial Trilemma*, Econ. Lett., 10. February 2011. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1340395, vom 20. Mai 2014.

¹³ Schoemaker wird in dem De-Larosière-Bericht, auf S. 38, für eine andere Arbeit von ihm zitiert.

¹⁴ «Ein Konzept für eine vertiefte und echte Wirtschafts- und Währungsunion», http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/archives/2012/11/pdf/blueprint_de.pdf, vom 20. Mai 2014.

nate) beschlossen werden sollte. Bemerkenswert ist hierbei, dass die Kommission schreibt «einige der Instrumente können im Rahmen der bestehenden Verträge verabschiedet werden. Andere werden Änderungen der Verträge und neue Befugnisse für die Union erfordern» und der europäische Rat, am 5.12.2012¹⁵ und am 13./14.12.2012¹⁶ keine Reform der Verträge mehr erwähnt.

Diese Reform behebt gewiss verschiedene Nachteile des europäischen Aufbaus, jedoch ist die Arbeitsweise dieses Aufbaus nun die große Herausforderung. Insbesondere lohnen sich hierbei drei Punkte hervorzuheben, die zu achten sind, um das Funktionieren des Mechanismus zu analysieren:

a) Die Kriterien, nach denen bedeutende Institute¹⁷ (ungefähr 130 Institute, über welche die EZB die direkte Aufsicht ausübt)¹⁸ von weniger bedeutenden Instituten (über welche die nationalen zuständigen Behörden die genannten Aufgaben wahrnehmen) abzugrenzen sind, zeigen die Notwendigkeit einer Zusammenarbeit im Dialog zwischen den nationalen und europäischen Behörden.

b) Die EZB «unterliegt insbesondere den von der EBA [Europäische Bankenaufsichtsbehörde] ausgearbeiteten und von der Kommission [...] erlassenen verbindlichen technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards, dem Artikel 16 der Verordnung 1093/2010 sowie den Bestimmungen jener Verordnung zum von der EBA im Einklang mit jener Verordnung ausgearbeiteten europäischen Aufsichtshandbuch»¹⁹.

Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde und die Kommission beziehen sich auf alle 28 Mitgliedstaaten, während der SSM die 18 Staaten der Eurozone reguliert. Die zentralisierte Bankenaufsicht der 18 Staaten muss also mit der Aufsicht der anderen 10 Staaten handeln, damit diese von der selben Regulierung geprägt sind.

¹⁵ «Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion», http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/134206.pdf, vom 20. Mai 2014.

¹⁶ Schlussfolgerungen des europäischen Rates, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/134375.pdf, vom 20. Mai 2014.

¹⁷ Der Gesamtwert seiner Aktiva; die Bedeutung des Kreditinstituts für die Volkswirtschaft des Landes, in dem es angesiedelt ist, und für die EU als Ganzes; die Bedeutung seiner grenzüberschreitenden Tätigkeiten.

¹⁸ Und gegenüber «die Instituten, für die eine direkte öffentliche finanzielle Unterstützung durch die EFSF oder den ESM beantragt oder entgegengenommen wurde».

¹⁹ Art. 4 III 2 der VO 1024/2013.

c) Die nationalen Behörden folgen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben den Anweisungen (Verordnungen, Leitlinien oder allgemeine Weisungen) der EZB; die EZB kann aber jederzeit von sich aus diese Aufgaben unmittelbar selbst ausüben (Art. 6 V der VO 1024/2013).

Darüber hinaus kann die EZB die nationalen Behörden durch Anweisung auffordern, gemäß und im Einklang mit ihrem jeweiligen nationalen Recht von ihren Befugnissen in «den Fällen Gebrauch zu machen, in denen diese Verordnung der EZB die entsprechenden Befugnisse nicht übertragen hat» (Art. 9 I 3 der VO 1024/2013).

Die EZB kann die nationalen Rechtsvorschriften, die eine Richtlinie umsetzen oder mit denen ein Wahlrecht, das durch eine Verordnung eingeräumt wird, ausgeübt wird, selbst anwenden (Art. 4 III der VO 1024/2013).

Die nationalen Behörden sind für die Ausübung ihre Aufgaben sowie für die Annahme aller einschlägigen Aufsichtsbeschlüsse verantwortlich. Dazu legt Art. 21 IV der VO 1024/2013 fest: «Diese Verordnung berührt nicht die Rechenschaftspflicht der nationalen zuständigen Behörden gegenüber ihren nationalen Parlamenten nach Maßgabe des nationalen Rechts in Bezug auf die Ausübung der Aufgaben, die der EZB durch diese Verordnung nicht übertragen werden, sowie auf die Ausübung ihrer Tätigkeit nach Artikel 6».

Am Ende der Verordnung ist die Rechenschaftspflicht der EZB gegenüber dem Europäischen Parlament und dem Rat (Bericht, Anhörung, vertrauliches Gespräch, Untersuchung), geregelt die sich auch auf die Kommission und die Euro-Gruppe erstreckt. Auf Grund der Unabhängigkeit der EZB und der Vertraulichkeitspflichten, die aus der Bankenaufsicht folgen, ist die konkrete Ausübung dieser Rechenschaftspflicht komplex. Dabei ist die Maßgeblichkeit der betroffene Subjekte und die Beziehung zwischen ihnen entscheidend. Das Europäische Parlament hat bisher eine schwache Rolle gegenüber der EZB gespielt.

Ferner ist auf die interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Zentralbank zu verweisen²⁰. So, wie die vertraulichen Sitzungen (in denen die

²⁰ Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Zentralbank über die praktischen Modalitäten für die Ausübung der demokratischen Rechenschaftspflicht und die Kontrolle über die Wahr-

wohl delikatesten Fragen verhandelt werden) in dieser Vereinbarung konzipiert sind, erscheint es schwierig eine institutionelle Verantwortlichkeit zu konstruieren, zumal keine Protokolle oder andere Aufzeichnungen dieser Sitzungen zugänglich sind nur der Vorsitzende des Aufsichtsgremiums und der Vorsitz (und die stellvertretenden Vorsitze) des zuständigen Ausschusses des Parlaments den vertraulichen Sitzungen teilnehmen dürfen.

Schließlich bedarf das Konzept der Finanzstabilität der Klärung. Alles andere als unumstritten in der Literatur ist schon die Bezeichnung²¹. Auch die Rechtsvorschriften, zuletzt die Verordnung 1024/2013 und die interinstitutionelle Vereinbarung sind nicht einheitlich. Viel spricht dafür, dass die Finanzstabilität nicht als ein schützenswertes Gut sondern als ein zu erreichendes Ziel anzusehen ist, weil sie kein ursprünglicher gegebene Zustand sondern das Ergebnis einer Aktivität ist, das durch verschiedene Prozesse erreicht werden kann²².

3. *Politik als Desiderat*

Wie M. Luciani geschrieben hat²³ «wäre [es] nützlich, sich zu fragen, welche Idee der Wirtschaftspolitik der ausgeglichenen Haushaltlehre unterliegt»²⁴. Ähnliches kann man für die Finanzstabilität sagen, und ferner für die allgemeinen Interessen der Union. Die Kommission fördert sie (Art. 17 EUV), aber worum handelt es sich hierbei überhaupt?

Die repräsentativen Organe der Union sollten sie definieren, dem Parlament sollte dabei eine primäre politische Rolle zukommen. Dies ist aber unmöglich, wenn es verschiedene Interessen vertritt: Interessen und Anschauungen der nationalen Parteien, der europäischen Parteien, der politischen Lobby-Organisationen stark unterschiedlich sind.

nehmung der der EZB im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus übertragenen Aufgaben, vom 06.11.2013.

²¹ Siehe KOHTAMÄKI, *op. cit.*, S. 23.

²² Dass auch der Markt nicht vorab und außerhalb des Rechtsvorschriftenswillen gesetzt ist, und deswegen *locus artificialis* und nicht *locus naturalis*, siehe Natalino Irti.

²³ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Convegno annuale dell'AIC: Costituzionalismo e costituzione nella vicenda unitaria italiana, Torino 27-29 ottobre 2011, p. 67.

²⁴ Deutsche Übersetzung des Autors.

Bini-Smaghi²⁵ argumentiert, dass die Austeritätspolitik aus der Unfähigkeit der Politik zum Ergreifen entsprechender Maßnahmen in der richtigen Zeitfolge resultiert, und ferner, dass der Notfall, in dem sie ergriffen wurde, ihre politische Rechtfertigung gegenüber den Bürgern sei.

Diese Unschärfe wirkt sich auf die Ordnung der Wirtschaft aus, die die Europäische Union heute zu bestimmen in der Lage ist.

Ohne Artikulation der allgemeinen Interessen ist auch fraglich, was zum Beispiel, Solidarität konkret bedeutet. Zwei Subjekte (Staaten sowie Bürger) könnten zwei verschiedene Auslegungen des Grundsatzes der Solidarität haben (beispielsweise im Rahmen der aktuellen finanziellen Zwänge).

Besonders hinsichtlich des einheitlichen Aufsichtsmechanismus findet sich das Parlament in einem komplexen Netz (das früher erklärt wurde), in dem es eine entscheidende Rolle spielt. Ferner die Vagheit des europäischen Parlaments würde sich auf die Arbeitsweise der anderen Subjekte in dem Aufsichtsmechanismus auswirken.

In Ermangelung einer europäischen politischen Form, «wird irgendwelche Initiative, die eingegriffen wird, entweder ein Wirksamkeitsdefizit oder ein Defizit der demokratischen Legitimation ertragen»²⁶.

Das alles erklärt, wieso die europäische Regierung heute technokratische Bestandteile aufweist und warum Lobby-Gruppen eine so erhebliche Rolle spielen können. Die Arbeit will diesen keine positive oder negative Konnotation geben, aber diese Analyse bezweckt die politische Arbeitsweise der Europäischen Union in den Blickpunkt zu rücken. Die Struktur der Europäischen Union kann und sollte verbessert sein, aber solange es an einer energischen politischen Unterlegung fehlt, wird jede Reform faktisch wirkungslos bleiben.

Die in dieser Arbeit aufgezeigten Probleme lassen sich nicht lösen, wenn «eine vertiefte politische Union» einfach als einer (der vierten) der vier wesentlichen Bausteinen der neuen Wirtschafts- und Währungsunion angesehen wird. Die Wörter von Präsident Van Rompuy, mit den er diesen Baustein erklärt hat, sind:

²⁵ Mitglied des Direktoriums der Europäischen Zentralbank von 2005 bis 2011.

²⁶ LUCIANI, *op. cit.*, p. 80. Deutsche Übersetzung des Autors.

«Der Gewährleistung der erforderlichen demokratischen Legitimität und Rechenschaftspflicht bei der Beschlussfassung im Rahmen der WWU auf der Grundlage der gemeinsamen Ausübung von Hoheitsrechten in Bezug auf gemeinsame politische Maßnahmen und der Solidarität»²⁷.

Wie schon am Beispiel behauptet, wie kann man was Solidarität konkret bedeutet, ohne eine politische Hintergrund?

Eine vertiefte politische Union ist nicht ein Element, das *a posteriori* an den anderen angebracht werden kann, sondern die Bezeichnung für das, was jede Tätigkeit der Union inhaltlich prägt, belebt und antreibt.

²⁷ H. VAN ROMPUY, *Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion.*, <https://www.ecb.europa.eu/ssm/pdf/report/ReportbyPresidentofEuropeanCouncil2012-06-26DE.pdf>, vom 20. Mai 2014.

STUDI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Si riportano di seguito gli estratti di tre tesine elaborate dagli studenti del corso di diritto amministrativo (canale U-Z). I lavori sono stati selezionati dal prof. Angelo Lalli e proposti per la pubblicazione. La redazione ringrazia il Professore e gli studenti per la condivisione.

ELDA VENTRICE - MARCO RUGGIERO

I

TRASPORTO FERROVIARIO E CONCORRENZA

Subject of this paper is the evolution of the Italian railway sector due to directives issued by the European Union. In particular since the early 90s, the EU has fostered the creation of competitive markets in various sectors. The railway sector, characterized so far by a state monopoly, has had to adapt to the changes required by a higher level of government. However, the transition from a monopoly to a competitive system needs a strong vigilance. Three cases are analyzed in which the control has led to detect critical issues in the system chosen by Italy in order to comply with the directives.

Obiettivo principale dell'Unione europea è il progressivo riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri al fine di eliminare ogni ostacolo tecnico e normativo alla libera circolazione delle merci e delle persone. A livello europeo, il servizio di trasporto costituisce uno dei Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG) cosiddetti armonizzati, in quanto la relativa disciplina comunitaria è volta a garantire l'armonizzazione delle disposizioni nazionali, nonché la liberalizzazione e l'apertura alla concorrenza.

Nel settore ferroviario, la teoria economica ci suggerisce che il primo passo per raggiungere questi obiettivi è la separazione della gestione della rete dalla gestione del servizio, in modo da garantire ai nuovi operatori l'ingresso nel mercato del trasporto merci/passeggeri attraverso un sistema di tariffe di accesso alla rete.

In particolare, la rete ha le caratteristiche di un monopolio naturale non contendibile. È definito tale un settore in cui le caratteristiche della tecnologia e la dimensione della domanda fanno sì che sia preferibile la presenza di un solo operatore. Nel caso delle infrastrutture a rete non risulta efficiente moltiplicarle poiché

la liberalizzazione aumenterebbe i costi fissi. Inoltre, dal punto di vista della domanda, l'ipotesi di monopolio naturale si realizza, quando per livelli corrispondenti a un segmento rilevante della domanda, il costo di fornitura di una data quantità di output da parte di una sola impresa è inferiore alla somma dei costi che potrebbero sostenere due o più imprese di dimensioni minori per fornire la stessa quantità.

Diversa considerazione merita la gestione del servizio di trasporto ferroviario, che non essendo considerato come monopolio naturale, necessita di una regolazione che garantisca adeguate condizioni di contendibilità. Tuttavia è stato anche convenuto che il trasporto passeggeri su base locale e regionale, data la sua specifica natura, debba essere sottoposto a obblighi di servizio pubblico e quindi debba beneficiare di trasferimenti di risorse pubbliche. Il rischio che tali trasferimenti possano falsare il gioco della concorrenza è forte e quindi andrebbero effettuati in modo prudente e trasparente.

È evidente come il gestore della rete acquisisca un ruolo fondamentale perché, vendendo le tratte orarie alle varie imprese ferroviarie, può ricoprire un ruolo determinante nell'attuazione del principio della concorrenza fra i gestori del servizio a seconda del modello tariffario applicato.

Di fronte a un quadro così complesso bisogna chiedersi quale sia il modo migliore per garantire che il passaggio da un regime di mercato all'altro avvenga tutelando tutti gli *stakeholders* e come ciò sia stato attuato in Italia.

Innanzitutto si è proceduto, a partire dal 1992, alla trasformazione dell'ente Ferrovie dello Stato (FS) in società per azioni con la successiva attribuzione allo stesso della concessione per l'esercizio del servizio ferroviario pubblico. Successivamente, nel luglio 2001, è stata creata Rete Ferroviaria Italiana S.p.A (RFI), cui è stata trasferita la titolarità per la concessione a gestire l'infrastruttura. Infine il processo di separazione tra gestore dell'infrastruttura e gestore della rete è stato completato nel 2002 con la riorganizzazione completa del gruppo FS, attraverso la creazione di un gruppo al cui vertice vi è la holding Ferrovie dello Stato, di proprietà del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), e numerose società controllate, tra loro formalmente autonome tra cui RFI e Trenitalia.

È evidente che il meccanismo di separazione risulta formale e non sostanziale poiché rimane tutto sotto il diretto controllo dello Stato, che attraverso il MEF controlla la holding e le altre società.

Questo adeguamento, formale e non sostanziale, alle direttive europee¹ è stato oggetto di svariati controlli da parte degli organi competenti, a livello nazionale ed europeo. Scegliamo di analizzare tre casi in cui sono state evidenziate delle irregolarità.

Nell'agosto 2003 la Commissione Europea ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Ferrovie dello Stato S.p.A., tra il 1995 e il 2003, nei mercati dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria e della trazione e in quello del trasporto ferroviario di passeggeri². I comportamenti contestati a FS riguardavano i rifiuti opposti alle richieste dell'impresa ferroviaria tedesca Georg Vekehrs-organisation GmbH (GVG), concernenti rispettivamente: la costituzione di un'associazione internazionale per la fornitura di un servizio di trasporti ferroviario internazionale di passeggeri tra la Germania e l'Italia sulla tratta Domodossola-Milano; l'accesso alla rete ferroviaria medesima e la fornitura di servizi di trazione. La Commissione ha preliminarmente rilevato come FS, attraverso le proprie controllate Trenitalia e RFI detenesse una posizione dominante sui mercati rilevanti in ragione dei diritti di gestione esclusiva della rete ferroviaria e del monopolio di fatto nei mercati di servizi di trazione e trasporto passeggeri. RFI rappresentava quindi l'unico soggetto cui GVG potesse rivolgersi al fine di prestare servizi in concorrenza a quelli forniti da FS sulla tratta interessata. La Commissione ha quindi ritenuto illecita la condotta di FS, peraltro in contrasto con gli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria (direttiva 94/440/CEE), in quanto diretta a estendere la sua posizione dominante nel mercato di trasporto ferroviario di passeggeri. La Commissione non ha tuttavia disposto sanzioni pecuniarie in quanto FS aveva, nel frattempo, provveduto a porre fine ai comportamenti abusivi contestati e a sottoscrivere impegni volti a eliminare gli ostacoli posti.

Le modalità attraverso cui lo Stato italiano ha dato attuazione alle direttive europee in tema di trasporto ferroviario e le relative criticità sono state evidenziate dalla Corte di Giustizia Europea con la Sentenza della Corte (prima sezione) del 3 ottobre 2013 nella causa C-369/11. La Corte condanna l'Italia per il mancato rispetto della normativa europea in materia di indipendenza del gestore dell'infrastruttura e imprese ferroviarie. In particolare, il pro-

¹ Direttiva 440/91/Cee e successive modifiche apportate da primo, secondo e terzo pacchetto ferroviario (2011/12, 2044/51).

² Decisione 27/08/03 relativa al procedimento ai sensi art. 82 TCE, COMP 37.685 GVG/FS.

cedimento è stato attivato dalla Commissione europea che, all'esito di una procedura d'infrazione avviata nel 2008, ha contestato davanti alla Corte di Giustizia la compatibilità dell'assetto istituzionale e normativo del settore ferroviario rispetto alla disciplina europea. Il requisito dell'indipendenza, secondo la Commissione, è desumibile dalla lettura congiunta degli articoli 4 e 30 della direttiva 2001/14/CE che stabiliscono che sia il gestore della rete a determinare le tariffe da applicare alle imprese che operano nel settore del trasporto. La legge italiana (art. 17, comma 1, d.lgs. 8 luglio 2013, n. 188) prevede che i canoni dovuti per l'utilizzazione dell'infrastruttura siano stabiliti dal ministero delle infrastrutture e dei trasporti, acquisita una relazione motivata da parte di RFI e previo parere del CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economia). La Corte ha ritenuto fondata la censura della Commissione e ha condannato lo Stato italiano per aver affidato al Ministero il potere di fissare l'importo dei diritti di accesso alla rete non garantendo l'autonomia negoziale del gestore della rete imposta dalle direttive comunitarie.

In un altro recentissimo caso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a seguito della segnalazione dell'impresa ferroviaria Nuovo Trasporto Viaggiatori, ha avviato un'istruttoria nei confronti delle società Ferrovie dello Stato, Rete Ferroviaria Italiana, Trenitalia, Grandi Stazioni, Centostazioni e FS Sistemi Urbani (FSSU)³.

Il procedimento ha avuto ad oggetto la verifica di possibili restrizioni della concorrenza, rilevanti ai sensi dell'articolo 102 TFUE, imputabili a FS, RFI, Trenitalia, Grandi Stazioni, Centostazioni e FSSU alle quali è stato contestato il perseguimento di un'unica e articolata strategia escludente, volta a rallentare l'ingresso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità dell'operatore NTV, unico concorrente di Trenitalia. Al termine della riunione tenutasi il 19 febbraio 2014 l'AGCM ha deciso di accettare e rendere obbligatori gli impegni presentati dal Gruppo FS, chiudendo il procedimento A443 senza accertare alcuna violazione della normativa antitrust.

L'analisi di queste pronunce da parte delle autorità competenti fa emergere, chiaramente, che in Italia esistano ancora ostacoli alla creazione di un mercato concorrenziale. Un ulteriore punto da considerare è il finanziamento pubblico che Trenitalia ri-

³ Provvedimento n. 24344.

ceve in seguito agli obblighi di servizio pubblico cui è sottoposta. Occorrerebbe un controllo permeante dell'utilizzo di questi fondi perché, se usati per migliorare i servizi in regime di concorrenza, falserebbero inevitabilmente il mercato. Crediamo che i passi avanti fatti negli ultimi anni siano molto significativi ma allo stesso tempo notiamo una resistenza dello Stato ad adeguarsi alle direttive europee. Emerge, a nostro avviso, una carenza nel sistema dei controlli e ci auguriamo che l'istituzione della neonata Autorità di regolazione dei trasporti sia solo l'inizio.

II

L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE INDIPENDENTE NEL SETTORE DEI TRASPORTI

The following paper tackles the recent appointment of an Independent Regulation Authority in the transport sector. The discussion primarily focuses on critical aspects of the functions and powers, the constitutional and legal framework, the relations between the Authority and the various levels of government, and the theme of independence. Finally, the uncertainties cast by the norm are analyzed.

Il percorso legislativo che ha portato alla costituzione dell'*Authority*¹ è stato, storicamente, controverso. I primi tentativi risalgono alla metà degli anni Novanta, quando il tema delle autorità indipendenti si pose su impulso della Comunità Europea in materia di liberalizzazione delle *utilities*², e venne poi ripreso con l'ini-

¹ Sul punto cfr. A. TONETTI, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2012, 592 e ss.; L. TORCHIA (a cura di), *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, Paper di Astrid, Roma, 5/2013; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 253 e ss.; M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Il valore dell'indipendenza*, in *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010 p. 11 ss.; M. MAZZARINO, *Regolazione dei trasporti e Authority: spunti per la definizione di un modello "coerente"*, in *MUNUS, Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici*, n. 2, 2013; ID., *Trasporti e regolazione: fondamenti economici ed aspetti applicativi per il ruolo moderno del soggetto pubblico nel settore dei trasporti*, Franco Angeli, 2006; L. MAGNIFICO, *Stato, Regione o Autorità di regolazione alla guida del trasporto pubblico locale*, in *AIC - Associazione italiana dei costituzionalisti*, dicembre 2013; A. PUATO, "Intervista al vicepresidente della commissione UE Siim Killas con delega ai trasporti dopo l'ok all'autorità e l'avvio della procedura d'infrazione", in *Corriere della Sera*, 22 luglio 2013; V. SARCONE, V. VITULLO, *L'Autorità per la regolamentazione dei trasporti nelle prospettive di riforma delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Amministrativamente - Rivista di diritto amministrativo*, Roma, 2013; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, II, Torino, 2013, 93 e ss.

² Direttiva 1991/440/CE in riferimento al settore ferroviario.

zio del processo di privatizzazioni avviato in Italia in quegli anni³. Su questi precedenti, in Italia prese corpo un progetto di legge sfociato nella l. n. 481/1995 (*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*), che prevedeva l'istituzione di un'Agenzia di regolazione indipendente nei settori dell'energia elettrica, gas, poste e telecomunicazioni, trasporti e servizi idrici. L'iniziativa è stata quindi ripresa solo di recente dal Governo tecnico Monti, con il d.l. n. 201/2011 poi conv. l. n. 27/2012 che ha istituito direttamente l'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

Definire la cornice costituzionale e legislativa in materia di regolazione nella quale l'Autorità opera è rilevante, innanzi tutto, perché l'Autorità esercita a livello nazionale competenze su materie relative a infrastrutture e trasporti, che dopo la riforma del titolo V della Costituzione sono state assegnate alla legislazione concorrente fra Stato e Regione. Inoltre, perché appare incerto il riferimento alla l. n. 481/1995, rendendo così difficile l'individuazione di norme di chiusura. In una prospettiva costituzionale, l'art. 37, co. 1, d.l. 201/2011 prescrive che l'Autorità agisce «nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali»⁴. Sul piano legislativo, inoltre, la norma citata colloca l'Autorità «nell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481», disponendo che all'Autorità «si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni organizzative e di funzionamento» di cui alla l. n. 481. Di qui il problema di definire, in che misura detta legge possa applicarsi all'Autorità. Sono prospettabili tre soluzioni. La prima, di ordine letterale, porterebbe a ritenere che della l. n. 481/1995 rilevino solo le disposizioni di organizzazione e funzionamento, rigorosamente intese. La seconda, di ordine logico-sistematico, condurrebbe a sostenere che della l. n. 481/1995 possano essere applicate anche disposizioni di tipo diverso, persino afferenti alle funzioni e ai poteri. La terza soluzione, di compromesso tra la prima e la seconda, assume la legge del 1995 quale imprescindibile

³ Art. 1-bis d.l. n. 332/1994.

⁴ La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che sono giustificati interventi statali di *rilevanza macroeconomica* soprattutto per tutelare la concorrenza, ma spetteranno comunque alle regioni *gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale*; ha altresì precisato che le scelte del legislatore statale non possono sottrarsi a un controllo di costituzionalità diretto a verificare che gli strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi (Corte Cost. n. 14/2004).

canone interpretativo: si ritiene quindi che possano trarsi dalla l. n. 481/1995 utili indicazioni per meglio definire la portata di corrispondenti disposizioni stabilite per l'Autorità anche rispetto ad aree non espressamente contemplate dalla legge istitutiva, ma con-naturate al modello dell'autorità indipendente.

In virtù dell'ampiezza delle funzioni assegnate alla nuova Autorità, meritano di essere analizzate le interazioni con tutti i livelli di governo nazionali e sovranazionali e i rapporti con le altre autorità indipendenti. A livello di amministrazione centrale rilevano in particolare il Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe) e il Ministero delle infrastrutture: l'Autorità infatti assorbe molte delle loro competenze quali quelle di regolazione economica generale in materia di trasporti (in riferimento al Cipe) e quelle propedeutiche di istruttoria, quelle relative alla regolazione di specifici settori, quelle di predisposizioni degli schemi dei bandi e quelle comuni di vigilanza (in riferimento al Ministero delle infrastrutture).

Quanto ai rapporti tra l'Autorità dei trasporti e l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Avcp), interferenze possono essere registrate nell'ambito delle attività di definizione degli atti di gara, e in particolare degli schemi e delle convenzioni dei bandi, nonché degli schemi dei bandi delle concessioni autostradali. Si profila poi un ambito di sovrapposizione più ampio, in ragione della generale competenza dell'Avcp a vigilare sui contratti pubblici, anche in relazione ad aspetti diversi da quelli strettamente connessi alle procedure di gara, quali ad esempio i profili relativi all'economica ed efficiente esecuzione dei contratti.

Ben più numerose e problematiche sono poi le potenziali sovrapposizioni tra l'Autorità dei trasporti e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm). Queste riguardano almeno due macroaree di intervento: la regolazione economica nonché l'applicazione del diritto antitrust e l'esercizio di funzioni 'para-giurisdizionali' a tutela di utenti e consumatori. La maggiore problematicità di tali sovrapposizioni si deve ai penetranti poteri di cui dispongono le due autorità, che vanno dall'assunzione di provvedimenti prescrittivi a quelli cautelari, dalla ratifica di impegni vincolanti alla comminazioni di sanzioni.

Sono poi molteplici i punti di contatto con gli enti territoriali dai quali emerge, fra l'altro, l'elevata trasversalità delle funzioni attribuite all'Autorità. Si pone il problema di come conciliare la presenza della stessa con le attribuzioni regionali, per raggiungere un

equo bilanciamento tra l'esigenza di uniformità del mercato nazionale, garantita dalle autorità indipendenti, e la valorizzazione delle risorse e delle strategie economiche elaborate dalle Regioni⁵.

Infine, un accenno va fatto a riguardo dei rapporti tra l'Autorità e altre amministrazioni sovranazionali, in particolare l'Unione Europea. Appare evidente come il settore dei trasporti sia un elemento di primo piano in tutte le politiche europee e come l'Autorità potrebbe ricavare da una più intensa collaborazione con le istituzioni europee e nazionali un rafforzamento della sua funzionalità e della sua stessa esistenza.

Guardando alle ragioni che hanno indotto il legislatore a istituire Autorità di Regolazione dei Trasporti, in primo luogo è parsa indispensabile la presenza di un soggetto autorevole che fungesse a un tempo da punto di riferimento per l'utente finale e vigilasse sull'ottemperanza degli obblighi di servizio pubblico, riguardanti, tra l'altro, il diritto alla mobilità individuale, quale articolazione della libertà di circolazione costituzionalmente garantita (art. 16 Cost.).

In secondo luogo per risolvere problematiche legate all'impatto ambientale, spesso negativo, di mezzi e infrastrutture quali: l'emissione di gas e rifiuti solidi altamente tossici, gli effetti dannosi provocati sul paesaggio, inquinamento acustico, soprattutto nei centri urbani. Rilevano anche ragioni tecnico-giuridiche: da un lato la scarsa competenza tecnica degli apparati amministrativi nel settore dei trasporti, dall'altro l'esigenza di portare a termine un percorso legislativo di riforma della legislazione indipendente, coerentemente con le ondate di liberalizzazione degli altri servizi a rete (telecomunicazioni, energia e servizi idrici). Particolare tuttavia è il fatto che in Italia si sia scelto di istituire un'unica autorità di regolazione dei trasporti in un contesto europeo che non cono-

⁵ La Corte Costituzionale è stata più volte chiamata a pronunciarsi in merito alle funzioni attribuite all'Autorità di regolazione dei trasporti in relazione alle competenze proprie delle autonomie territoriali in materia di trasporto pubblico locale. Nel 2008 la Corte affermava che venendo in rilievo *una ipotesi di interferenza di competenze legislative statali e regionali*, si rendeva *necessaria l'applicazione di uno dei moduli di concertazione tra organi statali e regionali* per evitare che la relazione cooperativa Stato-Regioni sia destinata a spezzarsi ogni qualvolta lo Stato decida di esercitare i propri poteri attraverso le Autorità anziché attraverso il circuito politica-amministrazione; di nuovo nel 2013 ha precisato come le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo, ma consentono il corretto svolgimento dell'attività di concorrenza all'interno della cornice di regolazione economica dettata dalla stessa Autorità (Corte Cost. n. 41/2013).

sce soluzioni simili⁶, scelta forse giustificabile con ragioni proprie dell'esperienza italiana, quali i pessimi risultati ottenuti dalla legislazione in materia di trasporto locale e dalle amministrazioni preposte alla regolazione nei rispettivi ambiti di intervento.

Le funzioni dell'autorità si esplicano quindi, nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori. In particolare l'Autorità dovrà: *a*) promuovere metodologie di mercato che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali; *b*) definire i criteri per la fissazione di canoni tariffe e pedaggi verificandone la corretta applicazione da parte dei soggetti interessati; *c*) stabilire condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto connotanti da oneri di servizio pubblico; *d*) indicare il contenuto minimo degli specifici spettanti agli utenti, anche risarcitori; *e*) definire, infine, gli schemi per i bandi di gara per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici. Le stesse funzioni sono poi meglio specificate in relazione ai singoli settori considerati.

A fronte delle suddette competenze tecnico-giuridiche ed economico-amministrative l'Autorità dispone di un'ampia gamma di poteri ispirati sia alla l. n. 481/1995, sia alla legislazione antitrust (l. n. 287/1990) e segnatamente: poteri di regolamentazione, poteri prescrittivi, poteri di indagine, poteri inibitori, poteri conformativi, poteri cautelari, poteri sanzionatori.

Come ogni altra *Authority*, anche quella in esame si caratterizza sia per l'elevata *expertise* tecnica dovuta alle complesse funzioni regolatorie, sia per l'indipendenza dal potere politico, che comporta autonomia funzionale e organizzativa, sia infine, dalle pressioni esercitate dagli interessi economico-imprenditoriali delle imprese regolate, mantenendo l'interesse pubblico come missione istituzionale. Sorgono al riguardo, alcune riflessioni.

Già circa la composizione, ci si chiede se si rispetti il carattere dell'indipendenza politica. Le disposizioni che presiedono la nomina dei componenti, chiamando in causa momenti diversi di decisione collettiva, comportano trattative e scambi (e vulnerabilità all'azione delle *lobby*), e non esentano dal rischio di eccessiva poli-

⁶ In Inghilterra ad esempio esiste l'ORR come *Independent Regulator* che però si occupa del solo sistema ferroviario.

ticizzazione; in più la scarsa pubblicità degli atti indebolisce la possibilità del controllo sociale. Si auspica, dunque una correzione delle procedure di designazione, concentrando le responsabilità e introducendo stringenti obblighi di pubblicità su criteri, procedimenti e motivazioni di valutazione. Si auspica inoltre che l'Autorità in parola sia effettivamente in grado di prendere decisioni anche sgradite ai grandi monopolisti pubblici dei trasporti, ma che siano opportune all'interesse generale. Indubbia centralità riveste l'autonomia finanziaria e contabile, come altro strumento dell'indipendenza istituzionale. Per gli anni successivi alla costituzione, si provvede mediante un contributo a carico dei gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati, ma ci si chiede come questo finanziamento possa esistere e scindersi dal condizionamento politico. Sarebbe auspicabile dunque, stabilire maggiori garanzie di entrate finanziarie per evitare che le autorità si trovino esposte, sia ai tagli di risorse pubbliche, sia alle riduzioni dei finanziamenti provenienti dalle imprese nelle situazioni di crisi economica. Il risultato finora raggiunto è stato quello di forme di finanziamento misto raramente si è avuto un autofinanziamento integrale.

In questa prospettiva riteniamo che, se da un canto la normativa presenta, in positivo, forti innovazioni (l'obiettivo di armonizzare la regolazione dei vari settori e il fatto di essere l'unico organismo europeo con tale vastità di competenze), d'altra parte è ricca di debolezze, vista, forse, l'eccessiva pretesa del legislatore di regolare con un'unica norma un settore così ampio e complesso.

ELENA SINZIANA VALEAN

III

LA SDEMANIALIZZAZIONE TACITA

The paper offers an analysis of the tacit transfer of good from the public property regime (demanio pubblico) to the State assets regime (patrimonio dello Stato). The first part concerns with the subject as dealt within the Italian Civil Code, which does not clearly address the possibility of explicit tacit transfer. In fact, the only clear reference in the Civil Code is to the negation of a tacit transfer of the public waters (demanio idrico) to the State assets. The second part offers a look at the case law: for the public waters and the maritime domain, the tacit transfer to the State assets is repeatedly denied. In conclusion, an analysis is made of the foreseen requirements in the prospect of a tacit transfer of property from public property to State assets.

I beni pubblici sono i beni dei quali la pubblica amministrazione si avvale per il perseguimento dei propri interessi e dei propri fini. Nella classificazione formale del codice sono compresi: i beni demaniali, i beni del patrimonio indisponibile, i beni patrimoniali disponibili. L'impostazione codicistica distingue, nell'ambito del demanio pubblico (artt. 822 e ss. c.c.), i beni appartenenti allo Stato (art. 822), quelli appartenenti alle provincie e ai comuni (art. 824). All'art. 822 viene poi distinto il demanio naturale da quello eventuale o artificiale.

Il regime della demanialità comporta inalienabilità, non usucapibilità, imprescrittibilità e insuscettibilità a espropriazione forzata. Il passaggio al patrimonio dello Stato deve essere dichiarato dall'autorità amministrativa.

Classificazione e regole normative concernenti i beni pubblici sovente prescindono dall'aspetto fondamentale costituito dalla loro utilità, che invece meriterebbe rilievo.

L'art. 829 c.c. lascia intravedere – con il riferimento ad atti dichiarativi e non costitutivi – l'eventualità di una sdemanializzazione tacita, che ricorrerebbe ogni qual volta, alla stregua di indici esteriori inequivoci ed incontrovertibili, l'uso del bene demaniale da parte dell'amministrazione di appartenenza venga cessato e sussistano sicuri elementi idonei ad evidenziare la volontà dell'ente titolare di rinunciare al recupero di detto uso. Si tratterebbe, in realtà, di un comportamento concludente dell'amministrazione che, quale atto implicito, varrebbe a surrogare quello esplicito di sdemanializzazione.

La Corte di Cassazione precisa che la sdemanializzazione di un bene può anche essere tacita, senza l'adempimento delle formalità previste dalla legge, ma a tal fine occorrono atti univoci e concludenti, incompatibili con la volontà della pubblica amministrazione di conservare la destinazione del bene all'uso pubblico, nonché circostanze così significative da rendere non configurabile un'ipotesi diversa dalla definitiva rinuncia al ripristino della pubblica funzione del bene stesso (sent. Cass. n. 1480/96).

Nel codice civile è solo espressamente prevista l'esclusione della sdemanializzazione tacita del demanio idrico (art. 947, 3° comma, c.c.). La Corte di Cassazione (S.U. 12701/1998) si è espressa precisando che fanno parte del demanio idrico, perché rientrano nel concetto di alveo, le sponde e le rive interne dei fiumi, cioè le zone soggette a sommersione dalle piene ordinarie (mentre le sponde e le rive esterne, che possono essere invase dalle acque solo in caso di piene straordinarie, appartengono ai proprietari dei fondi rivieraschi), e gli immobili che assumano natura di pertinenza del medesimo demanio per l'opera dell'uomo, in quanto destinati al servizio del bene principale per assicurare allo stesso un più alto grado di protezione. Tale rapporto pertinenziale e la conseguente demanialità del bene accessorio permangono fino al momento in cui la P.A. manifesti la sua volontà di sottrarre la pertinenza alla sua funzione, mentre la sdemanializzazione non può desumersi da comportamenti omissivi della medesima. L'impossibilità di una sdemanializzazione di fatto si estende su questi beni.

In una recente sentenza pronunciata dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche viene riconfermato il concetto di impossibilità di una sdemanializzazione tacita per il demanio idrico. I ricorrenti avevano realizzato, nei primi anni sessanta, in prossimità delle acque di un certo lago, e quindi in area demaniale, una pic-

cola costruzione a uso magazzino e poi un fabbricato a uso abitazione. Tali immobili venivano intestati al demanio pubblico pur essendo ancora occupati e utilizzati da parte dei ricorrenti. Con D.M. n. 1377 del 1959 lo zero idrometrico del lago in questione era stato fissato a quota di m. 199,19 s.l.m. I ricorrenti sostenevano che tale linea non corrispondeva alla reale altezza dell'alveo ed era quindi illegittima: in conclusione, il terreno occupato dalle costruzioni era di loro esclusiva proprietà perché non costituiva né alveo né spiaggia del lago ed era stato da loro usucapito. Chiedevano quindi l'accertamento dello zero idrometrico e la disapplicazione del D.M. n. 1377 del 1959; l'accertamento che i terreni in questione si trovavano a quota superiore al fissato limite demaniale; la dichiarazione che i terreni stessi erano di loro esclusiva proprietà. Il Tribunale Regionale Delle Acque Pubbliche respingeva la domanda, considerando tra l'altro che non era stata fornita la prova della pretesa erroneità della fissazione della quota dello zero idrometrico; statuiva inoltre che l'area in questione andava qualificata come demaniale per la sua prossimità alla sponda e per la sua natura di spiaggia e che l'area, pertanto, era stata occupata illegittimamente. I ricorrenti proponevano ricorso avverso la sentenza davanti al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche. Tra le varie motivazioni presentate nel rigetto del ricorso si ricorda l'irrelevanza della richiesta, poiché, quand'anche vi fosse stato un abbassamento della quota idrometrica la sdemanializzazione tacita era esclusa per i beni del demanio idrico dall'art. 947 comma 3 c.c., come sostituito dalla l. n. 37 del 1994 (sent. n. 25/2012).

Nella decisione ora richiamata risalta la particolare rilevanza del fatto che l'area in prossimità alla sponda venga qualificata come bene demaniale, escludendo conseguentemente la sdemanializzazione tacita: le prove dei ricorrenti non potevano in nessun modo cambiare questo dato di fatto.

Per quanto riguarda i beni marittimi, la Corte di Cassazione precisa che la sdemanializzazione non può mai avvenire tacitamente, «per non essere il bene più adibito all'uso pubblico», ma o per legge o mediante provvedimento formale del Ministro dei trasporti e della navigazione di concerto con quello per le finanze, ai sensi dell'art. 35 cod. nav. (Cass. Civ. 2323/00 e Cass. Civ. 10817/09). In difetto di ciò, l'arenile, per esempio, non perde la propria qualità di bene demaniale. Anche nelle più recenti pronunce della Suprema Corte si riscontra la stessa conclusione: non esiste una configurabilità in diritto di una sdemanializzazione tacita per i beni

marittimi; sdemanializzazione si può avere unicamente mediante uno specifico provvedimento di carattere costitutivo da parte dell'autorità competente.

Con riguardo alla possibile sdemanializzazione tacita di una strada, il Consiglio di Stato (Cons. St., IV, 5207/2013) si è espresso in questi termini: «In questa sede il Collegio non può che ribadire i consolidati principi secondo cui sia il disuso protratto nel tempo che l'inerzia della pubblica amministrazione nella cura della strada o nell'intervento volto ad impedire l'occupazione o l'uso da parte di privati incompatibile con l'uso pubblico non sono sufficienti a dimostrare l'intervenuta tacita sdemanializzazione, che ricorre solo allorquando, pur in assenza di un formale provvedimento di cessazione della demanialità, la volontà dell'Amministrazione risulti comunque da fatti concludenti e da circostanze inequivoche, incompatibili con la volontà di conservare il bene all'uso pubblico».

Emerge la necessità, affinché la sdemanializzazione tacita possa essere affermata nelle competenti sedi, di ricostruire una volontà della pubblica amministrazione equipollente a una decisione formale. Deve risultare da comportamenti univoci e concludenti, dai quali emerga, con certezza, la rinuncia alla funzione pubblica del bene, che va accertata con rigore. Non bastano il disuso, l'inerzia o la cessazione dell'esercizio da parte dell'ente competente.

Il pensiero consolidato della giurisprudenza si può dunque ritenere lineare in materia di sdemanializzazione tacita. E ciò si può forse spiegare con la necessità di rispettare la stessa ragion d'essere della demanialità: assicurare la sanità del bene alla collettività, prima e piuttosto che all'ente pubblico.