

DONATO MESSINEO
Avvocato della Banca d'Italia¹
donato.messineo@bancaditalia.it

QUATTRO OSSERVAZIONI IN TEMA DI PROPORZIONALITÀ NELLA VIGILANZA BANCARIA²

FOUR REMARKS ON PROPORTIONALITY IN BANKING SUPERVISION

SINTESI

Il contributo smentisce innanzitutto la distinzione tra proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*. Esamina, poi, le due dimensioni del principio di proporzionalità nell'ambito della vigilanza bancaria, quella "verticale", che investe il rapporto tra poteri pubblici e soggetti privati, e quella "orizzontale", che informa la distribuzione di competenze e poteri tra i diversi ordinamenti e le diverse autorità. Evidenzia, ancora, gli occasionali contrasti "interni" tra i diversi corollari del principio stesso. Illustra, infine talune implicazioni della natura del principio di proporzionalità quale "meta-norma" che sovrintende alla collisione di principi confliggenti.

ABSTRACT

The essay first denies the distinction between *ex ante* and *ex post* proportionality. Subsequently, the two dimensions of the principle of proportionality in the field of banking supervision are examined: these are the "vertical" dimension, concerning the relationship between public authorities and individuals or private entities, and the "horizontal" dimension, informing the distribution of competences and powers among different jurisdictions and authorities. Then, the possibility of "internal" conflicts among different requirements of the principle proportionality is underlined. Finally, the essay casts a light on some implications of the nature of the principle of proportionality as a "meta-norm", managing the collision of conflicting principles.

PAROLE CHIAVE: proporzionalità, vigilanza, regolazione, unione bancaria, bilanciamento.

KEYWORDS: proportionality, supervision, regulation, banking union, balancing.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*. – 3. La dimensione "verticale" della proporzionalità. – 4. Proporzionalità contro proporzionalità. – 5. La dimensione "orizzontale" della proporzionalità. – 6. Ubiquità del principio di proporzionalità e rilevanza d'ufficio della relativa violazione.

¹ Le opinioni espresse nel testo appartengono esclusivamente all'autore e non rappresentano la posizione dell'Istituto.

² Il presente scritto è il frutto della rielaborazione dell'intervento effettuato in qualità di *discussant* del *paper* di M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *The principle of proportionality and the European Central Bank* (in corso di pubblicazione) al seminario su "La proporzionalità delle decisioni della BCE" svoltosi il 29 aprile 2020 nell'ambito del Master in Diritto amministrativo della LUISS School of Law.

1. Introduzione.

Questo breve scritto esamina quattro aspetti del principio di proporzionalità nell'ambito della vigilanza bancaria. Innanzitutto, si evidenzia la dubbia utilità pratica della diffusa tassonomia che contrappone l'applicazione della proporzionalità da parte del legislatore, del regolatore e dell'autorità amministrativa – da una parte – all'applicazione della proporzionalità da parte del giudice – dall'altra parte (v. *infra* § 2). Successivamente, si mette a fuoco il duplice ambito di operatività del principio, che trova applicazione al duplice fine di circoscrivere le possibili limitazioni delle libertà economiche, da una parte, e di delimitare i confini tra gli ordinamenti (euro-unitario e degli Stati membri) e i contorni delle competenze attribuite alle autorità pubbliche, dall'altra parte (v. *infra* §§ 3 e 5). In terzo luogo, si sottolinea come i diversi corollari del principio di proporzionalità entrino occasionalmente in conflitto tra loro e nel relativo bilanciamento uno di essi possa soccombere di fronte all'altro (v. *infra* § 4). Infine, si illustra un'implicazione processuale della natura del principio di proporzionalità quale “meta-norma” che concorre a governare i conflitti tra altre norme (v. *infra* § 6).

2. Proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*.

Nell'ambito della vigilanza bancaria, il principio di proporzionalità è trasversale e onnipresente³. La sua ubiquità ha indotto la letteratura a fare ordine attraverso una serie di classificazioni. Alcune delle classificazioni proposte presentano un valore didattico-espositivo, altre attengono invece alla sostanza del principio.

La distinzione tra proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*⁴ sembra tra quelle di natura descrittiva.

La prospettiva *ex ante* sarebbe quella del legislatore, del regolatore e dell'autorità amministrativa, chiamati ad applicare il principio di proporzionalità nella creazione dei precetti e nella scelta degli interventi. La prospettiva *ex post* sarebbe quella giudice chiamato a sindacare la legittimità di provvedimenti già esistenti.

Ma gli elementi valorizzati da questa bipartizione, l'uno di carattere soggettivo, l'altro di tipo cronologico, risultano in definitiva accidentali. La logica della proporzionalità, intesa come criterio che deve orientare l'assunzione delle scelte discrezionali, è infatti la medesima, sia che si guardi al potere ancora nel suo farsi, sia che si guardi all'atto come prodotto di un potere già esercitato.

Desti innanzitutto perplessità l'affermazione secondo cui la prospettiva *ex ante* concernerebbe la fase “fisiologica” dell'esercizio del potere, mentre la prospettiva *ex post* si collocherebbe nella fase “patologica” del controllo giuri-

³ B. JOOSEN, M. LEHMANN, *Proportionality in the Single Rule Book*, in AA.VV., *The Palgrave Handbook of European Banking Law*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, Cham 2019, pp. 74 e ss.

⁴ Su cui cfr., oltre allo scritto citato *supra* alla nota 2, S. DI NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2017, p. 1036.

sdizionale del potere⁵. Certo, l'atto che risultasse in concreto adottato in violazione del principio di proporzionalità sarebbe viziato, e quindi affetto da una patologia; ma la contestazione in giudizio da parte dei soggetti incisi non partecipa di questa patologia. Da una parte, anzi, la contestazione giudiziale costituisce l'esercizio di un diritto fondamentale⁶. Dall'altra parte, l'eventuale accoglimento dell'impugnazione può fornire l'occasione per un ripristino della legalità suscettibile di andare anche oltre i confini del caso deciso, qualora il giudizio investa un atto normativo o generale (stante l'effetto *erga omnes* del suo ipotetico annullamento), o comunque laddove all'accoglimento stesso faccia seguito l'estensione *ultra partes* degli effetti del giudicato ad opera dell'amministrazione soccombente. Peraltro, nel settore bancario la spiccata litigiosità di soggetti vigilati (molti dei quali, dotati di ingenti risorse), azionisti e risparmiatori – nonché delle relative associazioni – è per le autorità di vigilanza un pungolo costante⁷, che contribuisce ad alimentare l'assunzione di decisioni ben ponderate.

Nella prassi, le autorità pubbliche (incluse quelle di vigilanza) prima dell'adozione del provvedimento finale considerano i profili di rischio legale, interrogandosi sulla valutazione che potrebbe dare un giudice del progetto di scelta dell'amministrazione. Con l'ausilio delle rispettive funzioni legali, le autorità si interrogano sulla probabilità che avrebbe il provvedimento finale, ove conforme alla bozza elaborata alla luce delle “risultanze dell'istruttoria”⁸, di uscire indenne da un eventuale giudizio di impugnazione⁹. E ciò vale anche con rife-

⁵ M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part I, § 5.

⁶ Come ricordato da L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 2/2018, pp. 249 e ss., la tradizionale «cultura del processo... intrisa di deferenza per l'autorità» è stata superata (sia pure, secondo l'A., ancora non compiutamente) proprio in forza dell'accresciuta consapevolezza delle implicazioni del diritto fondamentale di agire in giudizio, tra cui la necessità «della pienezza della tutela [e] della effettività del giudizio», autonomamente ricavabile dall'impianto costituzionale, anche a prescindere dall'elaborazione europea sulla *full jurisdiction*. Sulla progressiva affermazione «di un controllo giudiziale esteso al fatto ed al giudizio tecnico, con la conseguente progressiva riduzione della sfera di discrezionalità riservata all'amministrazione», E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, Quaderno di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia n. 64 (2009), in https://www.bancaditalia.it/publicazioni/quaderni-giuridici/2009-0064/Quaderno_64.pdf, p. 78.

⁷ Tanto più a seguito della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 20.2.2020, n. 6, che ha sciolto un contrasto tra le Sezioni relativo all'estensione della legittimazione degli “enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza” nel senso che gli stessi “sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso”. La vicenda concerne l'impugnazione dei provvedimenti adottati nel 2015 dalla Banca d'Italia per la risoluzione di Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara e Cassa di Risparmio di Chieti, sintetizzati in D. MESSINEO, *Il provvedimento «salva-banche»: il trattamento di azionisti e creditori nella nuova disciplina delle crisi bancarie*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 102 ss.

⁸ Cfr. l'art. 6, comma 1, lett. e), della l. n. 241 del 1990.

⁹ Non va trascurata la circostanza che ogni amministrazione, nella progettazione dei propri interventi, si interroga anche circa le possibili valutazioni delle altre autorità amministrative a vario titolo coinvolte o interessate dall'azione considerata, in quanto munite di competenze relative a profili connessi, come accade in via tipica nell'ambito delle strutture istituziona-

rimento al rispetto del principio proporzionalità.

Dal canto suo, il giudice investito del controllo di un atto discrezionale ripercorre a ritroso la valutazione a suo tempo fatta dall'autorità che lo ha adottato. E lo fa considerando gli stessi elementi istruttori a suo tempo esaminati dall'amministrazione, tenuta per legge a depositarli in giudizio, a prescindere da richieste di parte¹⁰. In definitiva, *entrambi i soggetti – l'autorità pubblica che adotta l'atto, da una parte, e il giudice, dall'altra – compiono esperimenti mentali speculari: ciascuno immagina di essere nella posizione dell'altro*. Questo convergente approccio induce a ritenere che non vi siano differenze sostanziali tra proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*.

È pur vero che il controllo di proporzionalità compiuto *ex post* dai giudici – interni e sovranazionali – è comunque limitato dalle strettoie tipiche del sindacato sugli atti discrezionali¹¹. Ma anche ad accettare questa precisazione, la distinzione tra proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post* avrebbe natura meramente quantitativa e non qualitativa, risolvendosi nella constatazione che in una serie di casi i giudici si astengono dal sindacare l'applicazione del principio di proporzionalità da parte delle autorità. In concreto, va rilevato peraltro come molto spesso i giudici facciano riferimento all'esigenza di rispettare il margine di discrezionalità riservato a talune istituzioni *ad abundantiam*, come mero espediente retorico, per rafforzare decisioni che – però – a ben vedere scavano ben dentro il merito delle liti. Così, ad esempio, è pur vero che la sentenza della Corte di Giustizia della UE dell'8 maggio 2019 nel caso *Landeskretibank* (C-450/17 P) ha respinto l'appello (e tenuto indenne la pronuncia di primo grado) anche sul dichiarato presupposto che «la valutazione della proporzionalità di una misura deve conciliarsi con il rispetto del margine di discrezionalità eventualmente riconosciuto alle istituzioni dell'Unione in occasione della sua adozione» (§ 53)¹². Ma –

li reticolari, quali quelle di cui si compone l'Unione bancaria europea. Per un'interessante esempio di analisi del rischio legale connesso a tali dinamiche, v. A. VIGNINI, *State aid and Deposit Guarantee Schemes. The CJEU decision on Tercas and the role of DGSs in banking crises*, in AA.VV., *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, Quaderno di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia n. 85 (2018), in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2018-0085/qrg-85.pdf>, pp. 17 e ss. e nota 47.

¹⁰ Cfr. art. 46, comma 2, del codice del processo amministrativo.

¹¹ Per l'osservazione secondo cui «when action is brought against the Community in an area of discretionary policymaking power, a looser form of the proportionality inquiry is generally used», G DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in 13 *Yearbook of European Law* (1993), p. 146. Per la tesi secondo cui «deference granted to the public authorities impacts on the intensity of the proportionality tests», P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING, *Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis*, in 9(2) *European Constitutional Law Review* (2013), pp. 233-240. In termini, S. DI NITTO, *op. cit.*, p. 1050; e M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part I, § 7. Altri autori rintracciano, poi, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia differenti standard di controllo a seconda che oggetto del sindacato di proporzionalità siano atti della UE, da una parte, o degli Stati membri, dall'altra: sul profilo, W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, in (15) *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2013), pp. 439-466.

¹² Come ricordato da M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part I, § 8.2; e part III, § 3.1.

nell'economia della sentenza – si tratta in fondo di un'affermazione di stile, giacché il dispositivo è interamente sorretto dalla ricostruzione operata dai giudici del Lussemburgo dei criteri di riparto delle competenze di vigilanza sulle banche significative tra Banca Centrale Europea e Autorità nazionali competenti in termini di regola ed eccezione¹³.

3. La dimensione “verticale” della proporzionalità.

Sul piano sostanziale, sembra invece cruciale sottolineare la natura ambivalente del principio di proporzionalità. Esso opera – infatti – a cavallo tra due dimensioni, che a volte restano separate, ma altre volte si sovrappongono¹⁴: la dimensione della tutela dei diritti e a quella del riparto delle competenze.

I principali punti di emersione delle due citate dimensioni della proporzionalità sono da una parte l'art. 52(1) della Carta dei diritti fondamentali della UE e dall'altra parte l'art. 5(4) del TUE¹⁵.

La prima dimensione della proporzionalità, che potrebbe definirsi “verticale”, investe il rapporto tra poteri pubblici e soggetti privati (persone fisiche e persone giuridiche); a questa si ricollega, tra l'altro, il passaggio dell'art. 5 del Protocollo (n. 2) del TUE sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità che sancisce la «necessità che gli oneri» derivanti dai «progetti di atti legislativi» dell'Unione, «siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono... sugli operatori economici e sui cittadini siano il meno gravosi possibile e commisurati all'obiettivo da conseguire»¹⁶.

Quanto alle persone giuridiche, la vigilanza è una forma di controllo pubblico su un'attività economica, che sottopone l'impresa bancaria a una fitta trama di vincoli. Correlativamente, l'intensità di tali vincoli va costantemente misurata e calibrata rispetto agli obiettivi della vigilanza. A questa dimensione del principio si ricollega peraltro il rilievo secondo cui la proporzionalità non è soltanto parametro per il sindacato delle disposizioni esistenti, ma esige anche

¹³ Evidenziato, sia pure in senso critico, da T.H. TRÖGER, *How Not To Do Banking Law in the 21st Century - The Judgement of the European General Court (EGC) in the Case T-122/15 – Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank v European Central Bank (ECB)*, in <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/06/how-not-do-banking-law-21st-century-judgement-european-general-court> (2017); e da F. ANNUNZIATA, *Chi ha paura della Banca Centrale Europea? Riflessioni a margine del caso Landeskreditbank c. BCE*, in *Giur. comm.* n. 6/2017, II, p. 922. V. *amplius infra* § 4.

¹⁴ Si sviluppano di seguito nel testo alcuni spunti presenti in M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, *passim*.

¹⁵ Ma, anche a prescindere da specifiche previsioni, deve ritenersi che il principio di proporzionalità sia consustanziale al carattere pluralista dello Stato costituzionale democratico, nella cui formula è implicita l'esigenza di misurabilità di ogni manifestazione del potere pubblico: per ulteriori riferimenti, G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, pp. 409 e ss.; nonché, se si vuole, D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Milano 2012, pp. 98 e 101.

¹⁶ Enfasi aggiunta.

“azioni positive” da parte di legislatori e autorità di regolazione, volte a semplificare le regole applicabili e gli oneri incombenti sugli enti meno complessi e con *business* meno rischiosi¹⁷.

Al riguardo, occorre notare che un'articolazione proporzionata degli obblighi a carico dei soggetti vigilati è già largamente presente nel sistema: uno studio della banca centrale austriaca del 2018 individua ben 26 disposizioni tra CRR e CRD IV che esplicitamente o implicitamente esigono proporzionalità nella rispettiva applicazione¹⁸. La disciplina europea delle crisi di cui alla BRRD e al Reg. SRM, poi, è poi interamente imperniata sul principio di proporzionalità¹⁹: a tacer d'altro, si parte dall'accertamento degli ostacoli alla risolvibilità degli enti (art. 15 e s. BRRD); da tale accertamento derivano obblighi di pianificazione delle misure rimediali commisurati agli ostacoli rintracciati (art. 17 e s. BRRD); al cuore della normativa, poi, la stessa scelta tra risoluzione e ordinarie procedure di insolvenza dipende da una valutazione di proporzionalità legata alla possibilità di realizzare gli obiettivi della risoluzione (art. 32(5) BRRD). Ancora, la proporzionalità guida le esclusioni dal *bail-in* ai sensi dell'art. 44(3) BRRD²⁰. Da ultimo, nella direzione della proporzionalità va anche il *Banking Package* del 2019, che rivede il MREL e lo divide per classi di banche²¹.

Certo, il principio di proporzionalità non esige un esasperato ritaglio di precetti da cucire addosso al singolo ente: una versione così tirannica della proporzionalità negherebbe la stessa possibilità di norme generali e astratte in materia bancaria. Tuttavia, in ambito bancario occorre verificare con particolare attenzione se siano conformi al principio di proporzionalità i cd “automatismi” normativi, ossia le previsioni che ricollegano in maniera inderogabile l'imposizione di blocchi di obblighi al verificarsi di una certa situazione o al superamento di certe soglie quantitative. Automatismi troppo rigidi potrebbero infatti non essere in concreto coerenti con la sostanza economica dei fenomeni

¹⁷ B. JOOSEN, M. LAMANDINI, M. LEHMANN, K. LIEVERSE, I. TIRADO, *Stability, Flexibility and Proportionality: Towards a two-tiered European Banking Law?*, EBI Working Paper Series, n. 20/2018. L'esigenza richiamata nel testo è condivisa anche da M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part II, § 1.

¹⁸ M. BOSS, G. LEDERER, N. MUJICAND, M. SCHWAIGER, *Proportionality in Banking Regulation*, in *Monetary Policy & the Economy*, n. 2/2018, in <https://www.oenb.at/en/Publications.html>, p. 60.

¹⁹ V. ad es. G. PSAROUDAKIS, *Proportionality in the BRRD: Planning, Resolvability, Early Intervention*, in <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20159.pdf> (2018). Per una valutazione d'insieme, O. CAPOLINO, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, Rapporto presentato al convegno conclusivo del PRIN 2010-2011 su “Regole e mercato”, Siena, 7-9 aprile 2016, in <http://www.regolazionedeimercati.it/sites/default/files/Rapporto%20Capolino%202.pdf>, p. 34.

²⁰ In continuità con una delle ipotesi legittimanti la deroga alla condivisione degli oneri alla stregua del § 45 della *Comunicazione sul settore bancario* della Commissione europea del 30.7.2013 (2013/C 216/01): cfr. M. COSSA, *Le crisi bancarie tra Stato e mercato*, in https://www.ilmerito.org/images/Documenti_Pdf/Le_crisi_bancarie_tra_Stato_e_mercato.pdf (2016), pp. 4 e 9.

²¹ Direttiva (UE) 2019/879.

regolati²².

Da questo punto di vista, ad esempio, è stato osservato che le Linee guida per le banche sui crediti deteriorati della BCE del marzo 2017²³ sarebbero rispettose del principio di proporzionalità, nella misura in cui indicano alle banche strategie differenziate a seconda del loro livello di crediti deteriorati²⁴. Può segnalarsi invece che si registra una diversità di approccio tra l'Autorità bancaria europea (EBA) e la Banca d'Italia per quanto concerne un automatismo introdotto da un altro strumento di *soft-law*, ossia gli Orientamenti sulla gestione di esposizioni deteriorate e oggetto di concessioni dell'ottobre 2018 (cd. *Guidelines* sugli NPL)²⁵. L'EBA ha adottato le *Guidelines* in questione ai sensi dell'art. 74 della CRD IV, che impone agli enti di dotarsi di una *governance* societaria adeguata alla gestione dei rischi che essi corrono. Le *Guidelines* dell'EBA sugli NPL indicano le buone pratiche delle quali le autorità competenti, tra cui la Banca d'Italia, dovrebbero esigere l'applicazione da parte degli enti vigilati. In particolare, le dette *Guidelines* richiedono che le banche con una percentuale di NPL pari o maggiore al 5% elaborino strategie per la riduzione degli NPL e mettano in piedi una serie di dispositivi (unità, risorse, flussi informativi, controlli, etc.) specificamente dedicati alla gestione degli NPL. L'EBA monitora tra l'altro la *compliance* delle autorità nazionali competenti con le proprie *Guidelines*, nell'ambito del meccanismo di *comply or explain* in generale previsto dal regolamento istitutivo dell'EBA²⁶.

Ebbene, dalla *compliance table* disponibile sul sito internet istituzionale dell'EBA²⁷ risulta che la Banca d'Italia (già adeguatasi alle citate Linee guida della BCE del marzo 2017 sulla stessa materia) ha deciso di non conformarsi in parte alle *Guidelines* dell'EBA dell'ottobre 2018. Le motivazioni fornite evidenziano che, per un verso, una soglia fissa di NPL calcolata a partire dai dati rela-

²² In generale, sul principio di proporzionalità come parametro di legittimità costituzionale degli automatismi legislativi, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, pp. 194 ss.; e G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, pp. 343 ss. Per una rassegna di settori nei quali la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto necessario «vestire ciascuno della propria regola», in quanto «accomunati dalla circostanza di riguardare fattori altamente condizionabili dalle caratteristiche individuali di ciascuno o dalle peculiarità fattuali della singola situazione», S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Stefania_Leone_-_Automatismi_legislativi,_presunzioni_assolute_e_bilanciamento.pdf (2017), pp. 11 e ss.

²³ https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.it.pdf in

²⁴ Così M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part II, § 2.2.

²⁵ https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2668883/0f53b86c-9ca5-4099-9f08-a67940be7d39/EBA%20BS%202018%20358%20Final%20report%20on%20GL%20on%20NPE_FBE_IT.pdf.

²⁶ Cfr. Reg. (UE) n. 1093/2010, art. 16(3).

²⁷ https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library//EBA%20GL%202018%2006-CT%20GLs%20on%20management%20of%20non-performing%20and%20forborne%20exposures.pdf in

tivi a un ampio campione di grandi banche non è adeguata per determinare le scelte di vigilanza relative alle banche più piccole; e che, per altro verso, in Italia operano anche banche specializzate nell'acquisto di NPL, il cui modello di *business* richiede evidentemente un approccio di vigilanza peculiare²⁸.

4. Proporzionalità contro proporzionalità.

Accanto alla occasionale inadeguatezza di automatismi legati al superamento di soglie fisse, esiste peraltro anche il fenomeno opposto: *certe rigidità normative sono talvolta indispensabili per il raggiungimento di uno scopo, che sarebbe invece compromesso da un approccio maggiormente improntato a proporzionalità*.

Al riguardo, occorre partire dalla nota articolazione tripartita del principio di proporzionalità²⁹, che comprende in generale i test di idoneità, di necessità (o individuazione del mezzo più mite) e di proporzionalità in senso stretto. Quanto al secondo passaggio, può darsi però che una determinata configurazione di un istituto sia l'unica in concreto idonea alla realizzazione dell'interesse protetto. In questi casi, viene meno la stessa possibilità di concepire un inter-

²⁸ Tanto che potrebbe persino prospettarsi il dubbio che tali banche vadano in realtà considerate al di fuori dello stesso campo di applicazione delle citate *Guidelines* dell'EBA.

²⁹ Sulla quale, da ultimo, ha particolarmente insistito la Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 5.5.2020, che ha dichiarato *ultra vires* la sentenza della Corte di Giustizia della UE dell'11.12.2018 nel caso C-493/17, *Weiss*, sul programma di acquisti di attività del settore pubblico della BCE, nonché le decisioni della BCE alla base del programma stesso, proprio sulla base di argomenti relativi alle modalità con cui la BCE e la Corte di Giustizia avevano condotto il terzo passaggio del controllo di proporzionalità, reputate lacunose dai giudici di Karlsruhe. La considerazione di tale sentenza, che formerà oggetto di altro e più approfondito studio, esula dal presente scritto, dedicato esclusivamente alla proporzionalità nella vigilanza bancaria, e non anche nella politica monetaria. In proposito, qui può solo anticiparsi che, a dispetto di quanto si legge nei primi commenti, quasi tutti vivacemente critici, la presa di posizione della Corte tedesca (a tacer d'altro) non dovrebbe apparire così sorprendente, se si tiene conto che, pur essendo «oramai assodato che la giurisprudenza comunitaria ha mutuato il principio di proporzionalità dall'ordinamento tedesco», nondimeno «il sindacato di proporzionalità compiuto dai giudici UE si limita, in sostanza, per lo più, alla verifica dei requisiti dell'idoneità e della necessità», trascurando invece la verifica della proporzionalità in senso stretto, come era stato da più parti osservato (cfr. *ex multis* D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità [dir. amm.]*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_(Diritto-on-line)/) (2012); e M. D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, n. spec., p. 288. Di conseguenza, nella cennata pronuncia del BVerfG del 5.5.2020 ha trovato aperta espressione un conflitto da tempo latente. Correlativamente, meriterebbe di essere sottoposta a verifica la tesi della stessa D.U. GALETTA, Karlsruhe über alles? *Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in <https://www.federalismi.it/> (2020) secondo cui il «ragionamento svolto» dal Bundesverfassungsgericht «sulla proporzionalità» sarebbe una forma di «bullismo culturale», giacché il BVerfG ha preteso di imporre alla Corte di Giustizia il proprio standard di proporzionalità. Difatti, la tendenza alla generalizzazione al livello di UE di soluzioni sperimentate nell'ambito di tradizioni costituzionali statali (di volta in volta risultate) egemoni è in certa misura connaturata all'attuale stadio di sviluppo dell'integrazione europea, come sottolineato, sia pure criticamente, da A. CARIOLA, *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma: la giustizia, in specie quella costituzionale*, in <http://www.giurcost.org/studi/cariola.pdf>, (2017), p. 441.

vento più mite, giacché quest'ultimo non consentirebbe di raggiungere l'obiettivo prefissato. Quando un solo assetto normativo di un istituto è idoneo a realizzare la *ratio* legislativa, si verifica, con riferimento alla proporzionalità, quello che – in generale – la dottrina costituzionalistica definisce come un conflitto “intra-principio” o “intra-valore”, ossia un conflitto tra due (o più) corollari dello stesso principio³⁰: nella specie, la logica dell'idoneità prevale sulla logica del mezzo più mite.

L'esempio più emblematico al riguardo concerne la cd. *coinsurance* nell'ambito della garanzia dei depositi. In origine, la Direttiva 94/19/CE nell'introdurre il livello di copertura minima di 20.000 ecu per ciascun depositante consentiva agli Stati membri di prevedere che i depositi divenuti indisponibili non fossero rimborsati interamente. Secondo un considerando della Direttiva, ciò avrebbe avuto lo scopo di indurre i depositanti a vagliare accuratamente la qualità degli enti creditizi. Il Regno Unito si avvale di questa facoltà. Sino al 2007, in UK, i depositi tra le £ 2.000 e le £ 35.000 erano protetti solo nella misura del 90%³¹. All'evidenza, questa scelta era ispirata a una logica di proporzionalità, nel senso che cercava di contemperare l'obiettivo di assicurare la fiducia dei depositanti, da una parte, con la volontà di (continuare a) coinvolgere costoro nel monitoraggio delle politiche degli enti, dall'altra parte. E tuttavia, tale contemperamento si rivelò illusorio. La garanzia dei depositi in regime di *coinsurance* non impedì la corsa agli sportelli di *Northern Rock* nel settembre 2007. Ciò evidenziò che limitazioni della garanzia così congegnate fanno dei DGS un'arma spuntata, poiché i depositanti sono avversi al rischio di perdere anche solo una modesta percentuale dei propri risparmi, e dunque ai primi segni di difficoltà della banca si precipitano a ritirare le proprie somme. È un raro caso nel quale si dispone di una verifica sperimentale dell'inidoneità di una scelta legislativa “più mite” (la *coinsurance* rispetto alla *full insurance*) a realizzare un interesse protetto (la fiducia dei depositanti). E, non a caso, la vigente disciplina della garanzia dei depositi recata dalla Direttiva 2014/49/UE non contempla più la *coinsurance*.

5. La dimensione “orizzontale” della proporzionalità.

Sin qui, la proporzionalità in senso verticale, ossia nel rapporto tra poteri pubblici e soggetti privati. Ma c'è anche una dimensione “orizzontale” della proporzionalità, tutta interna al rapporto tra i poteri pubblici: in tale contesto, *la proporzionalità concorre a definire la ripartizione di materie, poteri o compiti tra ordinamenti, fonti o autorità*³². Questa diversa declinazione della proporzionalità assume

³⁰ Per tutti, A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo II, Milano 2008, p. 191.

³¹ Lo ricorda A.M. BENTIVEGNA, *Il ruolo (incerto) dei sistemi di garanzia dei depositanti nel nuovo regime*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2/2016, p. 463 e nota 8.

³² Come accennato, peraltro, le due dimensioni - verticale e orizzontale - della proporzionalità talvolta si sovrappongono, in quanto è lo stesso diritto positivo a ricostruire i riparti di competenze alla luce della concreta capacità del soggetto astrattamente titolare della competen-

rilievo sotto più profili anche nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico.

In primo luogo, la creazione del Consiglio di vigilanza all'interno della BCE e del meccanismo di silenzio-assenzia da parte del Consiglio direttivo sui progetti completi di decisione elaborati del primo è il punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze: la separazione della politica monetaria dalla vigilanza, da un lato, e il coinvolgimento di un'istituzione già dotata di competenze in materia macro-economica e di stabilità finanziaria, dall'altro³³.

Ancora, la logica della proporzionalità informa pure l'«*attuazione decentralizzata di alcuni compiti nei confronti di enti creditizi meno significativi, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4, primo comma*» del Reg. SSM in capo alle Autorità nazionali competenti (ANC)³⁴. Infatti, anche quest'ultima rappresenta, a sua volta, il punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze: individuare un'autorità centrale in grado di assicurare standard uniformi di vigilanza, da una parte, e non disperdere il patrimonio di *expertise* delle autorità nazionali, dall'altra³⁵.

Sempre la logica della proporzionalità ha indotto inoltre a rendere tale «*attuazione decentralizzata*» a geometria variabile: ove necessario per assicurare coerenza al sistema anche un ente meno significativo può essere avvocato alla vigilanza diretta della BCE; e, per converso, anche un ente che supera le soglie di rilevanza stabilite dal Reg. SSM può essere considerato meno significativo, se

za a individuare un mezzo idoneo, adeguato e più mite per la tutela di un determinato interesse attribuito alla sua cura. Così, ad esempio, il decimo considerando della Direttiva 70/50/CEE evoca valutazioni di proporzionalità al fine di circoscrivere il potere degli Stati membri di derogare al divieto di introdurre restrizioni alle importazioni (oggi disciplinato dall'art. 36 del TFUE): difatti, deroghe siffatte sono ammesse solo a patto che «*ciò si riveli necessario per raggiungere un obiettivo che rientri nell'ambito dei poteri degli Stati di disciplinare il commercio, poteri che il trattato lascia impregiudicati; che tale è, in particolare, il caso quando detto obiettivo può essere raggiunto, altrettanto efficacemente, con altro mezzo che intralci in minor misura gli scambi; che tale è altresì il caso quando gli effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci, derivanti da dette disposizioni, sono sproporzionati rispetto al risultato voluto*». Come noto, la sentenza della Corte di Giustizia del 20 febbraio 1979 nella causa C-120/78, *Reve (Cassis de Dijon)* si è misurata con questa problematica, escludendo la legittimità di una deroga introdotta dallo Stato tedesco proprio in quanto sproporzionata.

³³ V. Reg. (UE) n. 1024/2013, considerando (15) e (63).

³⁴ Secondo l'espressione utilizzata dalla citata sentenza *Landeskreditbank* della Corte di Giustizia, § 41. Per l'analisi della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 luglio 2019, che ha escluso, tra l'altro, il carattere *ultra vires* del Reg. SSM, sulla base di una rilettura "ortopedica" della ripetuta sentenza *Landeskreditbank* della Corte di Giustizia, R. D'AMBROSIO, *The SSM: allocation of tasks and powers between the ECB and the NCAs and organizational issue*, in *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, Quaderno di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia n. 88 (2020), a cura di ID., in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2020-0088/qrg-88.pdf>, pp. 35 e ss.; e P. FARAGUNA, D. MESSINEO, *Lights and shadows in the Bundesverfassungsgericht's decision upholding the European Banking Union*, in *Common Market Law Review*, § 3 (in corso di pubblicazione).

³⁵ V. Reg. (UE) n. 1024/2013, considerando (12) e (37). Per la ricostruzione dei passaggi che condussero a raggiungere l'attuale «*compromesso sul riparto delle competenze di vigilanza*», R. D'AMBROSIO, *Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, vol. IX, Milano 2016, p. 591.

la vigilanza da parte dell'ANC è necessaria per raggiungere gli obiettivi della vigilanza, per come delineati dal Reg. SSM³⁶. Come noto, le sentenze del Tribunale e della Corte di Giustizia della UE nella citata vicenda *Landeskretibank* si sono esercitate su questa seconda dimensione della proporzionalità, giungendo alla conclusione per cui il superamento delle soglie di rilevanza indicate dal Reg. SSM comporta di per sé la qualificazione di un ente come significativo, a meno che non sia dimostrato che una vigilanza diretta da parte delle ANC sia maggiormente in grado di garantire gli obiettivi del Reg. SSM rispetto alla vigilanza da parte della BCE³⁷.

A proposito delle due dimensioni della proporzionalità, è stato affermato che il controllo svolto dalla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 52(1) della Carta dei diritti sarebbe più debole e meno penetrante di quello effettuato ai sensi dell'art. 5(4) TFUE, richiamando come esempio la sentenza della Grande Sezione del 10.9.2016 nelle cause riunite C-8/15 P - C-10/15 P, *Ledra*³⁸. Tuttavia, è opinabile che la sentenza *Ledra* autorizzi questa conclusione. È pur vero infatti che nell'occasione la Corte del Lussemburgo ha escluso l'illegittimità della riduzione del valore dei depositi subita da taluni clienti di banche cipriote, connessa alle misure di ricapitalizzazione adottate nel quadro di un programma di assistenza finanziaria del MES. La pronuncia ha dunque confermato la tendenza della Corte di Giustizia a reputare recessivi i diritti di azionisti e creditori – persino di creditori meritevoli di speciale tutela, quali i depositanti – a fronte di misure tese a preservare la stabilità finanziaria³⁹. Nella circostanza, però, la Corte ha sottolineato, per un verso, che i depositanti in caso di fallimento delle rispettive banche avrebbero comunque perso il loro denaro e, per altro verso, che le misure impugnate prevedono che «ove la Bank of Cyprus dovesse essere sovracapitalizzata rispetto all'obiettivo di un livello minimo di capitali propri del 9% in condizioni di crisi, si procederà a un riacquisto di azioni al fine di rimborsare ai depositanti non garantiti l'importo corrispondente alla sovracapitalizzazione» (§ 73). Più che deferente, quindi, il sindacato della Corte di Giustizia è stato semmai consapevole dello scenario di fatto alternativo che con ogni probabilità si sarebbe realizzato in assenza delle misure sottoposte al suo giudizio. La Corte, insomma, ha svolto un ragionamento analogo a quello imposto dal principio «no creditor worse off» (NCWO) nell'ambito della disciplina europea delle crisi bancarie di cui alla BRRD e al Reg. SRM⁴⁰. E la capacità di *spill over* del principio NCWO sostan-

³⁶ V. Reg. (UE) n. 1024/2013, artt. 6(4) e 6(5)(b); e Reg. (UE) n. 468/2014 della BCE, artt. 70 e 71.

³⁷ V, ancora, Corte di Giustizia UE, sent. 8 maggio 2019 nella causa C-450/17 P, *Landeskretibank*, §§ 60 e 71.

³⁸ M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part III, § 3.1.

³⁹ Sulla crescente centralità della tutela della stabilità finanziaria nell'ambito del Diritto della UE, G. LO SCHIAVO, *The role of financial stability in EU law and policy*, Alphen aan den Rijn 2017, p. 51, *ma passim*.

⁴⁰ Cfr. N.E. XANTHOULIS, *ESM, Union institutions and EU Treaties: a symbiotic relationship*, in *Revue internationale des services financiers/International Journal for Financial Services*, n. 1/2017, pp. 31 e s.

zialmente riconosciuta dalla Corte merita di essere salutata con favore, in quanto appare in linea con l'esigenza di assicurare uno sviluppo razionale e coerente del Diritto dell'Unione.

L'esame della giurisprudenza traghetta l'analisi dalla dimensione sostanziale a quella processuale del principio di proporzionalità: per concludere, si può quindi esaminare l'interrogativo sollevato in dottrina circa la possibilità che le corti della UE applichino d'ufficio il principio di proporzionalità⁴¹.

6. Ubiquità del principio di proporzionalità e rilevanza d'ufficio della relativa violazione

È stato osservato che – a livello statistico – il principio di proporzionalità è uno dei parametri più invocati nel contenzioso innanzi alle giurisdizioni europee; e che però molto raramente un atto viene annullato per la sola violazione del principio di proporzionalità: stando alle banche dati, ciò parrebbe essere accaduto una sola volta, e comunque non in ambito bancario né di politica monetaria⁴².

Certo, se ci si ferma alle affermazioni contenute nelle sentenze, le cose stanno così. Ma in questo ambito le auto-qualificazioni operate dai giudici possono risultare fuorvianti sia per eccesso che per difetto. A ben vedere, non ci si può *mai* fidare quando i giudici dichiarano di applicare *solo* il principio di proporzionalità; e, talvolta, non ci si può fidare nemmeno quando i giudici *escludono* di averlo applicato.

Da una parte, infatti, il principio di proporzionalità per sua natura non opera mai da solo: ciò in quanto si tratta di un meta-principio (di carattere formale o procedurale) che concorre a governare il rapporto tra più principi di carattere sostanziale. Dall'altra parte, sempre in ragione di questa sua caratteristica, può accadere – e spesso accade – che il principio di proporzionalità sia in concreto applicato dai giudici sotto un'etichetta diversa⁴³.

Quanto al primo aspetto, l'oggetto del principio di proporzionalità è l'applicazione di altre norme, e in particolare la gestione di conflitti tra norme aventi carattere di principio. Il canone di proporzionalità presiede alle operazioni di bilanciamento volte a individuare un punto di equilibrio nell'applicazione di principi che presi singolarmente esigerebbero soluzioni reciprocamente contraddittorie⁴⁴.

Alla luce di questa ricostruzione, si comprende che per forza di cose il principio di proporzionalità non può mai essere applicato da solo, ma presuppone necessariamente la contemporanea applicazione di almeno altre due nor-

⁴¹ Cfr. M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part I, § 9, anche per il condivisibile rilievo secondo cui «*if the test is not required by the applicants, the courts can deal with proportionality in a collateral way, since the principle is strictly connected to other principles*».

⁴² M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part IV, § 1.

⁴³ V. *supra* nota 41.

⁴⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, pp. 9 e ss., 72, ma *passim*.

me – o gruppi di norme – in mutuo conflitto. Si consideri, ad esempio, la sentenza della Grande Sezione dell'8 aprile 2014 *Digital Rights Ireland Ltd* (cause riunite C-293/12 e C-294/12)⁴⁵. Nell'occasione si trattava di bilanciare il diritto alla riservatezza con l'obiettivo di contrastare e reprimere gravi reati. La Direttiva 2006/24/CE oggetto di giudizio imponeva ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico la conservazione di una serie di dati personali degli utenti senza prevedere limiti precisi. Tali dati andavano resi accessibili alle autorità nazionali competenti per l'accertamento e la repressione di reati. La Direttiva è stata annullata dalla Corte perché non contemplava limiti abbastanza precisi all'accesso e alla conservazione dei dati e pertanto violava il diritto alla riservatezza degli interessati. Ebbene, nell'occasione il controllo di proporzionalità ha rappresentato la tecnica di giudizio adoperata dalla Corte, la chiave di lettura attraverso cui esaminare un conflitto tra principi confliggenti. Ma il parametro sostanziale violato dalla Direttiva annullata è stato pur sempre il diritto (al rispetto della propria vita privata e delle proprie comunicazioni e alla protezione dei dati di carattere personale ai sensi degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali della UE, o in una parola, il diritto) alla riservatezza.

Quanto al fenomeno opposto, il principio di proporzionalità è presente anche in molte sentenze che non lo menzionano. Così ad esempio è pur vero che nella sentenza del 13 luglio 2018 nella causa T-745/16, *Livret A*, il Tribunale dell'Unione ha accertato che l'interpretazione della BCE privava una disposizione del CRR del proprio effetto utile, mentre la censura di violazione della proporzionalità è stata assorbita⁴⁶. La pronuncia concerne però una *facoltà* riconosciuta alle imprese bancarie da una norma europea. In casi come questi, non c'è molta differenza tra effetto utile e proporzionalità, perché svuotare di contenuto una facoltà significa appunto comprimerla sproporzionatamente. Alla BCE si è rimproverato in sostanza l'omesso ricorso al principio di proporzionalità, per non aver misurato il concreto rischio di insolvenza dello Stato francese, che doveva invece assumere rilevanza a fronte della peculiare operatività delle banche ricorrenti, assistita da garanzie statali (v. § 91). Il ragionamento della Corte, allora, è pur sempre fondato sulla proporzionalità, sebbene questa resti nascosta nelle pieghe della motivazione.

La ragione per cui la proporzionalità è sempre presente nel sindacato sugli atti limitativi di diritti si comprende a partire dall'intuizione di un sensibile dottrina, secondo cui sussiste una relazione necessaria di mutua implicazione tra norme aventi carattere di principio e canone di proporzionalità⁴⁷. Le norme possono avere carattere di regola o di principio. Le regole sono norme definiti-

⁴⁵ Richiamata da M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part IV, § 1, come unico caso in cui un atto della UE è stato annullato per la sola violazione del principio di proporzionalità.

⁴⁶ Per un'efficace sintesi di tale vicenda, G. CRAPANZANO, *Case study: the Livret A cases*, in *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, cit., pp. 494 ss.

⁴⁷ Il riferimento è a R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna 2012, *passim*, alcune delle cui tesi sono sintetizzate di seguito nel testo.

ve applicabili secondo la logica del tutto o niente⁴⁸. I principi, al contrario, sono precetti di ottimizzazione: la loro struttura è tale che essi possono ricevere gradi diversi di attuazione. I principi impongono la tutela di un interesse: tuttavia, essi non la impongono ad ogni costo, ma con riguardo alle possibilità fattuali e giuridiche date. Tra le condizioni giuridiche che limitano l'attuazione di un principio vi sono appunto gli altri principi confliggenti. Il grado di attuazione di ciascun principio – e di ciascun interesse protetto – è legato, allora, alle reciproche interferenze e limitazioni derivanti dall'interazione con altri principi e interessi.

La cornice teorica ora richiamata aiuta a rispondere al surriferito interrogativo di natura processuale, se il controllo di proporzionalità possa essere svolto d'ufficio dai giudici europei, in assenza di una specifica doglianza. Alla luce delle premesse descritte, la risposta sembra essere positiva, poiché ogni qual volta si denuncia la lesione di interessi giuridicamente rilevanti asseritamente compressi da un atto normativo o amministrativo, il contrasto ipotizzato andrà esaminato per forza di cose attraverso il prisma della proporzionalità. Per concludere, sul punto può dirsi quindi che *ove pure il principio di proporzionalità non sia stato menzionato nel ricorso o nell'atto di rimessione, la sua applicazione è immanente al sindacato sugli atti limitativi di diritti*. Tale conclusione rappresenta all'evidenza un corollario processuale dell'acclarato carattere trasversale del canone di proporzionalità, la cui logica è endemica nella materia bancaria.

⁴⁸ Secondo la fortunata formula di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. 1978 (II ed.), p. 24.