

Civile Sent. Sez. U Num. 10355 Anno 2021

Presidente: AMENDOLA ADELAIDE

Relatore: TERRUSI FRANCESCO

Data pubblicazione: 20/04/2021

SENTENZA

sul ricorso 37724-2019 proposto da:

FINANZIARIA D'INVESTIMENTO FININVEST S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G.B. MARTINI 13, presso lo studio dell'avvocato ANDREA DI PORTO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati ROMANO VACCARELLA, ANDREA SACCUCCI e MICHELE CARPINELLI, nonché BERLUSCONI SILVIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA

G.B. MARTINI 13, presso lo studio dell'avvocato ANDREA DI PORTO, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati ROMANO VACCARELLA, NICCOLO' GHEDINI ed ANDREA SACCUCCI;

- ricorrenti -

contro

BANCA D'ITALIA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA NAZIONALE 91, presso il Servizio di Consulenza legale della Banca stessa, rappresentata e difesa dagli avvocati MARINO OTTAVIO PERASSI, OLINA CAPOLINO, MICHELE COSSA e GUIDO CRAPANZANO;

- controricorrente -

nonchè contro

ISTITUTO PER LA VIGILANZA SULLE ASSICURAZIONI - IVASS, MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, BANCA MEDIOLANUM S.P.A., HOLDING ITALIANA QUARTA S.P.A., FINPROG ITALIA S.P.A., SIREFID S.P.A., DORIS ENNIO;

- intimati -

avverso la sentenza n. 2890/2019 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 03/05/2019.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/03/2021 dal Consigliere FRANCESCO TERRUSI;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale RENATO FINOCCHI GHERSI, che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine il rigetto del ricorso;

uditi gli avvocati Andrea Di Porto, Andrea Saccucci, Romano Vaccarella, Olina Capolino e Michele Cossa.

Fatti di causa

I. - Silvio Berlusconi e la Finanziaria d'Investimento Fininvest s.p.a. (*breviter* Fininvest) proponevano un'azione di ottemperanza al giudicato costituito dalla sentenza n. 882 del 2016 del Consiglio di stato, che aveva annullato il provvedimento della Banca d'Italia in data 7 ottobre 2014 col quale, sul presupposto della avvenuta condanna di Berlusconi per il delitto di frode fiscale, (i) erano stati sospesi i diritti di voto di Fininvest connessi alla quota eccedente il 9,999 % del capitale sociale di Mediolanum s.p.a. e (ii) era stato ordinato a Fininvest di procedere al trasferimento in trust della partecipazione eccedente, onde consentire al trust di vendere a sua volta la detta partecipazione sul mercato nell'arco temporale di trenta mesi dall'istituzione.

II. - Il provvedimento della Banca d'Italia aveva avuto per base i seguenti fatti:

(a) Silvio Berlusconi deteneva dagli anni '90, per mezzo di Fininvest, circa il 30 % di Mediolanum s.p.a., holding finanziaria (segnatamente una società di partecipazione finanziaria mista - SPFM) controllante Banca Mediolanum;

(b) a seguito della sua condanna per frode fiscale, passata in giudicato nel 2013, la Banca d'Italia e l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (Ivass) avevano constatato che non era più soddisfatto in capo al medesimo il requisito dell'onorabilità previsto dall'art. 19 del T.u.b., come modificato dal d. lgs. 12 maggio 2015, n. 72, di trasposizione nell'ordinamento italiano della direttiva 2013/36-UE (cd. direttiva CRD IV) sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale.

L'art. 19 del T.u.b., giova rammentare, attribuisce alla Banca d'Italia, in ossequio all'art. 23 della direttiva CRD IV, la competenza ad autorizzare l'acquisizione di partecipazioni qualificate in enti creditizi quando ricorrono condizioni atte a

garantire una sana e prudente gestione della banca, con valutazione, tra l'altro, della *"reputazione del potenziale acquirente ai sensi dell'articolo 25"*.

III. - Con la ripetuta sentenza n. 882 del 2016 il Consiglio di stato, accogliendo la doglianza dei ricorrenti, aveva affermato che dovesse di contro applicarsi, per le partecipazioni già al momento detenute, la normativa anteriore all'adozione dei requisiti di onorabilità, e che invece la direttiva comunitaria si sarebbe potuta invocare esclusivamente per le partecipazioni non ancora acquisite.

IV. - In pendenza del giudizio conclusosi con la sentenza n. 882 del 2016 la SPFM Mediolanum veniva peraltro assorbita dalla sua controllata Banca Mediolanum, mediante fusione per incorporazione "inversa". Sicché Fininvest veniva a esser con ciò titolare di una partecipazione qualificata non più in una SPFM, bensì direttamente in una banca.

La Banca d'Italia e la Banca centrale europea (BCE) ne deducevano che occorresse allora una nuova istanza di autorizzazione, relativa a tale partecipazione qualificata, ancora sul fondamento degli artt. 22 e seg. della direttiva CRD IV e degli artt. 19 e seg. del T.u.b.; e per tale ragione la prima, in base alle indicazioni fornite dalla seconda, invitava Fininvest (nel luglio 2016) a presentare un'istanza di autorizzazione entro il termine di quindici giorni.

Poiché l'invito non aveva riscontro, la Banca d'Italia avviava d'ufficio il procedimento amministrativo volto all'adozione di una proposta di decisione da trasmettere alla BCE in base al Regolamento (UE) n. 1024-2013 del 15 ottobre 2013 sul Meccanismo di vigilanza unico (cd. "regolamento MVU").

In conformità di tale proposta la BCE, con decisione del 25 ottobre 2016, riteneva che Berlusconi, azionista di maggioranza

e titolare effettivo di Fininvest, dovesse infine considerarsi l'acquirente indiretto della partecipazione nella banca e che egli non soddisfacesse il requisito di onorabilità prescritto dalla normativa nazionale per i detentori di partecipazioni qualificate. Donde si opponeva all'acquisizione della partecipazione qualificata di Silvio Berlusconi e della Fininvest nella Banca Mediolanum.

V. - Ne derivavano distinti contenziosi.

Sia Berlusconi che Fininvest impugnavano la decisione della BCE del 25 ottobre 2016 mediante un ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale dell'Unione Europea (causa T-913/16).

La sola Fininvest adiva il Tar del Lazio perché annullasse gli atti della Banca d'Italia preparatori alla medesima decisione della BCE.

Infine - come detto - Berlusconi e Fininvest esperivano dinanzi al Consiglio di Stato l'azione di ottemperanza al giudicato di cui alla sentenza all'inizio richiamata (la n. 882 del 2016), ivi deducendo la nullità degli atti coi quali la Banca d'Italia aveva avviato il nuovo procedimento autorizzativo della fusione, siccome costituenti violazione o elusione del giudicato.

VI. - Nel giudizio di ottemperanza, che qui interessa, si costituivano la Banca d'Italia e l'Ivass.

Il Consiglio di Stato sollevava due questioni pregiudiziali da sottoporre alla Corte di giustizia in base agli artt. 263 e 256 del Trattato UE: (a) se rientrasse nella competenza del giudice della UE, oppure in quella del giudice nazionale, un ricorso contro gli atti di avvio, istruttori e di proposta adottati dall'autorità nazionale competente (la Banca d'Italia) nell'ambito del procedimento disciplinato dagli artt. 22 e 23 della direttiva CRD IV e dalla norme interne correlate; (b) se rientrasse o meno nella competenza del giudice della UE l'eventuale azione non di

annullamento ma di nullità degli atti per asserita violazione o elusione del giudicato nazionale, esercitata nell'ambito del peculiare giudizio di ottemperanza previsto dall'ordinamento processuale amministrativo di diritto interno.

VII. - A seguito della sentenza 19 dicembre 2018 della Corte di giustizia, Grande sezione, (causa C-219/17) – in attesa della quale (giova dire) risulta che sia stato altresì sospeso il giudizio di annullamento della decisione della BCE sopra citata, dinanzi al Tribunale della UE (causa T-913/16, Fininvest e Berlusconi/BCE) – il Consiglio di stato ha dichiarato inammissibili i ricorsi in ottemperanza.

Tanto ha fatto sul rilievo che, secondo la vincolante decisione della Corte di giustizia, gli atti adottati dall'autorità nazionale competente (*breviter* ANC), e dunque dalla Banca d'Italia, sono da considerare tappe di un procedimento nel quale la BCE esercita, essa sola, il potere decisionale finale, senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dall'autorità nazionale; e che pertanto, sempre in base alla citata sentenza, spetta al giudice dell'Unione, a titolo di competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti dell'Unione ai sensi dell'art. 263 del TFUE, statuire sulla legittimità della decisione finale adottata dalla BCE ed esaminare, affinché sia garantita una tutela giurisdizionale effettiva agli interessati, anche gli eventuali vizi degli atti preparatori o delle proposte provenienti dall'autorità nazionale, di natura tale da inficiare la validità della suddetta decisione finale.

VIII. - Avverso la sentenza del Consiglio di stato, depositata il 3 maggio 2019, Silvio Berlusconi e la Fininvest propongono ricorso per cassazione in unico motivo, illustrato da memoria.

Chiedono che sia sollevata in subordine una questione di legittimità costituzionale.

La Banca d'Italia resiste con controricorso.

Non hanno svolto difese gli altri intimati.

Il Procuratore generale ha depositato una requisitoria scritta.

Ragioni della decisione

I. - Con l'unico motivo i ricorrenti censurano la sentenza per illegittimo rifiuto dell'esercizio della giurisdizione, ai sensi degli artt. 111, ottavo comma, 11 e 24 cost.

La loro tesi è che, avendo la sentenza n. 882/2016 già esplicitamente statuito in ordine alla questione relativa alla legittimità della detenzione delle azioni di Mediolanum s.p.a., con pronuncia tesa a investire, peraltro, in identica misura (considerati l'ambito e l'effetto della fusione inversa), l'illegittimità dell'ordine di alienazione anche delle azioni di Banca Mediolanum, il potere della Banca d'Italia, di cui agli atti di avvio della nuova procedura autorizzativa, si sarebbe dovuto considerare esercitato in violazione del giudicato.

I ricorrenti assumono che il Consiglio di stato sia stato adito per l'ottemperanza al giudicato con azione di nullità degli atti di avvio ulteriormente posti in essere, di identico oggetto. Per cui non poteva esimersi dal giudicare se tali atti costituissero violazione del giudicato medesimo, ponendo la questione di pregiudizialità comunitaria, perché in tal modo si sarebbe posta in discussione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale quale giudice dell'ottemperanza, a fronte di una vicenda esauritasi nel giudizio anteriore governato dal diritto interno.

Sottopongono a critica anche la decisione della Corte di giustizia, in quanto di scarsa chiarezza a proposito del senso ultimo della statuizione che il Consiglio di stato ha ritenuto

vincolante e preclusiva della giurisdizione. E al riguardo prospettano l'eventualità di un ulteriore quesito da sottoporre alla medesima Corte: se cioè essa, statuendo che è irrilevante la circostanza che un giudice nazionale sia stato investito di un'azione specifica di nullità per asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione giudiziaria nazionale, abbia inteso negare al giudice nazionale la potestà di giudicare sull'azione di nullità anzidetta, ovvero più semplicemente affermare che l'esito del giudizio nazionale di nullità, e l'eventuale dichiarazione conclusiva di nullità da parte del giudice nazionale, non sia vincolante per il giudice europeo e non gli impedisca di ritenere l'atto, ancorché dichiarato nullo dal giudice nazionale, idoneo a dare validamente inizio al procedimento europeo di competenza della BCE.

II. - In via subordinata i ricorrenti eccepiscono l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della l. n. 130 del 2008 relativa all'esecuzione del TFUE, nella parte in cui impone di applicare l'art. 263 come altrimenti inteso dalla ripetuta sentenza 19 dicembre 2018 della Corte di giustizia, giacché ciò sarebbe in contrasto con gli artt. 2, 24 e 113 cost. secondo la nota teoria dei controlimiti.

A loro dire l'effetto sarebbe quello di "cancellare" il peculiare rimedio giurisdizionale costituito, nel diritto interno, dal giudizio di ottemperanza, atteso che dovrebbe considerarsi inibita al giudice amministrativo la decisione involgente l'interpretazione e l'individuazione dei limiti oggettivi del giudicato nazionale formatosi sull'anteriore sentenza.

A tanto conseguirebbe la lesione del diritto a un processo equo ex art. 6 CEDU negli imprescindibili momenti dell'effettività della giurisdizione e dell'accesso a un giudice, non avendo rilevanza il richiamo (nella decisione della Corte di giustizia) della

sentenza 18 luglio 2007 sul noto caso della Lucchini s.p.a. (causa C-119/05); la quale sentenza, in quanto totalmente estranea alla vicenda *de qua*, rivelerebbe la scarsa considerazione della Corte di giustizia circa il rispetto del principio del giudicato, presidio invece, a un tempo, dell'effettività della tutela giurisdizionale e del *ne bis in idem* contro arbitrarie reiterazioni del potere amministrativo.

III. - Il ricorso, diversamente da quanto sostenuto dal Procuratore generale, è ammissibile.

Quel che i ricorrenti lamentano è che il giudice amministrativo abbia escluso la possibilità stessa, nella determinata situazione, di fare ricorso al giudizio di ottemperanza rispetto ad atti asseritamente contrastanti col giudicato.

In tal senso la censura è tesa a dedurre un inammissibile arretramento di potere giurisdizionale rispetto a una materia che invece, secondo i ricorrenti, ne ammetterebbe l'esercizio.

Il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di stato è consentito ove si richieda l'accertamento di una condizione simile, poiché, come chiarito dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, è denunziabile col ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione tanto la fattispecie in cui il giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), quanto quella, contraria, in cui egli giustappunto la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, della propria cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento): cfr. Cass. Sez. U n. 7926-19, Cass. Sez. U n. 29082-19, Cass. Sez. U n. 31754-19, Cass. Sez. U n. 7839-20.

Da questo punto di vista semplicemente spetta alle Sezioni unite (e solo a esse) stabilire se, in concreto, una situazione del genere si sia verificata in relazione all'ambito della giurisdizione di ottemperanza: e quindi se la giurisdizione di ottemperanza potesse, nella concreta fattispecie, essere utilizzata col fine di dichiarare la nullità, per contrasto col giudicato nazionale, degli atti della procedura di cui si tratta.

IV. - All'interrogativo va data risposta negativa, cosicché per quanto ammissibile il ricorso va rigettato.

V. - L'ambito della controversia - oggettivamente complesso - è condizionato, innanzi tutto, dalla ricostruzione della natura e delle sequenze del procedimento previsto dal Meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, nel quale si inseriscono gli atti adottati dalla Banca d'Italia che i ricorrenti, nel giudizio di ottemperanza, hanno affermato esser contrari al giudicato di diritto interno.

E' bene precisare che il Meccanismo di vigilanza unico fonda l'unione bancaria istituita tra i paesi dell'eurozona e ha lo scopo di garantire una vigilanza rafforzata in un'architettura che riunisce l'autorità sopranazionale - la BCE - e le autorità nazionali di vigilanza - come la Banca d'Italia - in un insieme unico di norme e requisiti.

VI. - Ora, come sottolineato dalla Corte di giustizia, la procedura è intesa a mettere in atto l'art. 22 della direttiva CRD IV, che prescrive, per il buon funzionamento dell'unione bancaria, la previa autorizzazione a ogni acquisizione o aumento di partecipazioni qualificate negli enti creditizi sulla base di criteri di valutazione armonizzati.

L'ampio riferimento a ogni acquisizione rende evidente che non assume rilevanza la particolare genesi della medesima, perché la direttiva si applica qualunque ne sia il fatto generatore.

Nella specie l'acquisizione è derivata dall'incorporazione - per fusione inversa - della SPFM Mediolanum nella controllata Banca Mediolanum, da cui il conseguente possesso da parte di Fininvest, e quindi da parte di Berlusconi, della partecipazione diretta, qualificata, nella mentovata banca.

Va puntualizzato che, di contro, il provvedimento della Banca d'Italia del 7 ottobre 2014, oggetto di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, si riferiva al diniego di autorizzazione e alla conseguente necessità di dismettere la partecipazione qualificata di Fininvest nella SPFM Mediolanum s.p.a.

VII. - Ancora giova ricordare che l'art. 19 del d.lgs. n. 385 del 1993, recante il T.u.b., modificato dal d.lgs. n. 72 del 2015, ha trasposto nell'ordinamento italiano il contenuto della direttiva CRD IV, attribuendo alla Banca d'Italia la competenza ad autorizzare l'acquisizione di partecipazioni qualificate in enti finanziari *"quando ricorrono condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della banca"*, con valutazione estesa alla qualità del potenziale acquirente e alla solidità finanziaria del progetto di acquisizione, tenuto conto anche della *"reputazione del potenziale acquirente ai sensi dell'articolo 25 (...)"*.

I criteri previsti dalla direttiva CRD IV (art. 23) sono giustappunto finalizzati a *"garantire la gestione sana e prudente dell'ente creditizio cui si riferisce il progetto di acquisizione e tenendo conto della probabile influenza del candidato acquirente sull'ente creditizio"*.

A tal riguardo rileva *"l'idoneità del candidato acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione"* desunta da specifici indicatori: in particolare, *"a) i requisiti di onorabilità del candidato acquirente; b) i requisiti di onorabilità, le conoscenze, le competenze e l'esperienza, di cui all'articolo 91, paragrafo 1,*

di tutti i membri dell'organo di gestione e dell'alta dirigenza che, in esito alla prevista acquisizione, determineranno l'orientamento dell'attività dell'ente creditizio; c) la solidità finanziaria del candidato acquirente, in particolare in considerazione del tipo di attività esercitata e prevista nell'ente creditizio cui si riferisce il progetto di acquisizione (..)".

VIII. – Ciò stante, la competenza per le conferenti valutazioni è regolata da tre decisive norme del Regolamento UE sul Meccanismo di vigilanza unico (cd. regolamento MVU): (i) l'art. 4, par. 1, lett. c); (ii) l'art. 6, par. 1; (iii) l'art. 9, par. 1.

Secondo l'art. 4 (par. 1, lett. c), la BCE ha *"competenza esclusiva"* nell'assolvimento dei compiti finalizzati alla vigilanza prudenziale *"nei confronti di tutti gli enti creditizi stabiliti negli Stati membri partecipanti"*. Specificamente la BCE è competente in via esclusiva a valutare (lett. c) *"le notifiche di acquisizione e di cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi, tranne nel caso della risoluzione di una crisi bancaria, e fatto salvo l'articolo 15"*, applicando *"tutto il pertinente diritto dell'Unione"* – con l'avvertenza che se tale diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti che concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE è competente ad applicare *"anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni"*.

Secondo l'art. 6, il quadro del Meccanismo di vigilanza unico nel quale trova svolgimento la competenza esclusiva appena menzionata è composto oltre che dalla BCE anche dalle autorità nazionali competenti (le ANC), come la Banca d'Italia, le quali sono soggette al dovere di cooperazione in buona fede e all'obbligo di scambio di informazioni necessarie per l'assolvimento dei compiti attribuiti alla BCE.

Secondo l'art. 9, infine, per assolvere i compiti attribuiti dall'art. 4 *"la BCE è considerata, ove opportuno, autorità*

competente o autorità designata negli Stati membri partecipanti come stabilito dal pertinente diritto dell'Unione", e "al medesimo fine esclusivo, la BCE ha tutti i poteri e obblighi di cui al presente regolamento".

IX. - A queste disposizioni, chiaramente indicative di una concordata e d'altronde inevitabile cessione di sovranità nella specifica materia, è ancorato, sul versante procedimentale, l'art. 15 del regolamento MVU a proposito della procedura di valutazione delle acquisizioni partecipate, il quale invero stabilisce che:

(i) *"fatte salve le deroghe di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c)" (qui non rilevanti), "la notifica di acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio stabilito in uno Stato membro partecipante ovvero ogni informazione connessa" è presentata alle ANC dello Stato membro nel quale è stabilito l'ente creditizio conformemente ai requisiti previsti dal diritto interno nazionale;*

(ii) *l'ANC "valuta l'acquisizione proposta e trasmette alla BCE la notifica e una proposta di decisione di vietare o di non vietare l'acquisizione, sulla base dei criteri stabiliti dagli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, (...) e assiste la BCE conformemente all'articolo 6";*

(iii) *"la BCE decide se vietare l'acquisizione sulla base dei criteri di valutazione stabiliti dal pertinente diritto dell'Unione e conformemente alla procedura ed entro i termini per la valutazione ivi stabiliti".*

X. - Nell'ambito normativo così delineato, la Corte di giustizia ha dunque affermato:

(a) che *"l'articolo 263 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un controllo di legittimità sugli atti di avvio, preparatori o di*

proposta non vincolante adottati dalle autorità nazionali competenti nell'ambito della procedura prevista agli articoli 22 e 23 della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), e all'articolo 15 del regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, nonché agli articoli da 85 a 87 del regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sull'MVU)";

(b) che "è al riguardo irrilevante la circostanza che un giudice nazionale sia stato investito di un'azione specifica di nullità per asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione giudiziaria nazionale".

XI. – Il tenore della decisione e la relativa sua *ratio* sono assolutamente palesi e non necessitano di alcun chiarimento.

Invero tutto riposa nel fatto che l'art. 263 del TFUE conferisce al giudice dell'Unione la competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni dell'Unione, fra cui è compresa la BCE.

Il coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione di tali atti non può mettere in dubbio la qualificazione dei medesimi come atti dell'Unione, volta che tutti gli atti, nell'ambito normativo e procedimentale appena esposto,

“sono tappa di un procedimento nel quale un’istituzione dell’Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali” (così la sentenza 19 dicembre 2018, par. 43).

Da questo punto di vista non si può risolvere la portata dell’affermazione in una mera ipotesi di inopponibilità di eventuali decisioni adottate dai singoli giudici nazionali quanto agli atti del procedimento ascrivibili alle ANC, come invece preteso dai ricorrenti.

Il diritto dell’Unione non serve – in questa materia - a instaurare una ripartizione di competenze, l’una nazionale e l’altra dell’Unione, con oggetti e ambiti decisionali distinti eventualmente da coordinare tra loro, bensì a specificare che il potere decisionale esclusivo appartiene all’istituzione dell’Unione (la BCE), e che sull’esercizio di tale potere grava la competenza esclusiva del giudice dell’Unione dal punto di vista del controllo di legittimità.

Ciò riveste natura portante quanto alla conclusione che ne deriva, nel senso che, spettando unicamente al giudice dell’Unione di valutare se la legittimità della decisione della BCE del 25 ottobre 2016 sia stata inficiata da eventuali vizi degli atti preparatori emanati dalla Banca d’Italia quale ANC, una tale competenza non può che escludere ogni competenza giurisdizionale nazionale avverso i suddetti medesimi atti.

Per questa ragione non rileva la circostanza che il giudice nazionale sia stato investito di un’azione come quella di ottemperanza.

XII. – I ricorrenti oppongono due rilievi a tale ragionamento.

Il primo si incentra sull'affermazione che la legittimità delle partecipazioni di cui si discute era stata già accertata con la sentenza irrevocabile n. 882 del 2016 del Consiglio di stato, in base all'annullamento della decisione allora assunta dalla Banca d'Italia per violazione del principio di irretroattività, in quanto essa (Banca d'Italia) aveva esteso l'applicazione della nuova normativa nazionale in ordine ai criteri di onorabilità del detentore a partecipazioni (in una SPFM) anteriori all'entrata in vigore della stessa. Sicché gli attuali atti della Banca d'Italia, di cui alla nota 14 luglio 2016 - in pratica l'invito a presentare una nuova istanza di autorizzazione relativa alla partecipazione qualificata in Banca Mediolanum, entro il termine di quindici giorni, e poi anche l'avvio d'ufficio del procedimento amministrativo volto all'adozione di una proposta di decisione per la BCE -, essendo di analogo contenuto, si sarebbero dovuti considerare adottati in violazione del giudicato; e su tale vizio, implicante la previa interpretazione del giudicato, la competenza giurisdizionale si sarebbe dovuta considerare appartenente al Consiglio di stato quale giudice dell'ottemperanza.

Il secondo si incentra sull'affermazione che, altrimenti, ne risulterebbe nei fatti "cancellato" il rimedio dell'ottemperanza a fronte del giudicato nazionale, cosa che imporrebbe una necessitata reazione mediante i controlimiti dettati dal diritto all'effettività della tutela giurisdizionale, all'equo processo e al diritto di accesso a un giudice.

XIII. - Gli argomenti non possono esser condivisi.

Evocare l'anteriore sentenza n. 882 del 2016 è in contrasto con quanto appena ricordato a proposito della sequenza procedimentale disciplinata dal diritto dell'Unione e della competenza esclusiva della BCE all'esercizio del potere decisionale finale in termini di acquisizioni bancarie, senza

vincolo discendente dagli atti preparatori o dalle proposte avanzate dalle autorità nazionali.

Lo è perché quelli eccepiti dai ricorrenti, in base al crisma della violazione del giudicato, ove anche se ne seguisse la premessa in ordine all'interpretazione da dare al giudicato stesso (siccome asseritamente comprensivo anche del profilo di legittimità della detenzione delle azioni di Banca Mediolanum), sarebbero configurabili come vizi di atti intermedi rispetto alla decisione finale di spettanza della BCE, per il Meccanismo di vigilanza unico; cosicché la competenza giurisdizionale a decidere sulla legittimità o meno dei suddetti atti intermedi non ne resterebbe incisa affatto.

Ove anche si ritenga, cioè, che gli atti della ANC (la Banca d'Italia) siano in contrasto col giudicato nazionale, vi è che si tratterebbe pur sempre di far valere in sede di ottemperanza un vizio degli atti medesimi chiaramente convogliato, invece, all'interno dell'unico procedimento decisionale rimesso alla BCE. Il quale procedimento presuppone il già visto "*controllo giurisdizionale unico*", esercitabile esclusivamente dagli organi giurisdizionali dell'Unione dopo l'emanazione della decisione dell'istituzione unionale conclusiva della procedura.

XIV. - Non giova in tale prospettiva la leva rappresentata dall'azione di ottemperanza al giudicato nazionale.

Quello del nesso tra il giudicato nazionale e il diritto comunitario è tema ancora al centro di un ampio dibattito.

In questa sede basta evidenziare che, per quanto il principio dell'autorità del giudicato costituisca uno dei riconosciuti pilastri dei sistemi giudiziari nazionali e dello stesso diritto eurounitario, per la valenza correlata alla stabilità e alla certezza delle situazioni giuridiche e alla buona amministrazione della giustizia (v. C. just. 16 marzo 2006, Kapferer, causa C-234/04;

C. giust. 29 marzo 2011, ThyssenKrupp, causa C-352/09), cosicché l'eventuale contrasto del giudicato nazionale col diritto comunitario non può obbligare in sé l'autorità nazionale a disapplicarlo facendo prevalere la tutela apprestata dalla disciplina eurounitaria (per recenti riferimenti C. giust. 4 marzo 2020, Telecom Italia s.p.a., causa C-34/2019); per quanto ciò sia vero, vi è tuttavia sempre un limite alla possibilità di invocare il giudicato, qualunque ne sia la sede, anche quella del giudizio di ottemperanza.

Al di là dei casi, variamente affrontati, del giudicato nazionale contrastante col diritto comunitario di cui si intenda invocare l'effetto espansivo esterno (v. C. giust. 3 settembre 2009, Fall. Olimpiclub, causa C-2/2008) o del giudicato nazionale di cui si intenda invocare un effetto contrastante suscettibile di esser rimediato in base alle possibilità offerte dalla procedura civile nazionale (C. giust. 6 ottobre 2009, Astorcom, causa C-40/2008, C. giust. 10 luglio 2014, Pizzarotti, causa C-213/2013) – il limite è sempre rappresentato dal giudicato nazionale in contrasto con la ripartizione di competenze tra gli stati membri e le istituzioni della UE.

Di simile fenomeno è stata una tipica espressione la vicenda giurisprudenziale attinente agli aiuti di stato - oggetto di competenza esclusiva della Commissione europea – che ha trovato soluzione nel noto caso della Lucchini s.p.a.

Ben può dirsi che del medesimo fenomeno sia, parimenti, espressione anche la controversia in esame, che si è innestata sulla sorte degli atti conchiusi nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, per il buon funzionamento del quale è istituito il potere decisionale esclusivo della BCE, soggetto alla potestà giurisdizionale del giudice della UE.

Per questa ragione, diversamente da quanto sostenuto dai ricorrenti (anche durante la discussione orale), è pertinente il richiamo operato dalla Corte di giustizia alla sentenza 18 luglio 2007, Lucchini s.p.a.

Non è in discussione la necessità di intendere tale sentenza Lucchini in specifica correlazione con la peculiarità del caso concreto (gli aiuti di stato), senza pretesa di trarne conclusioni dogmatiche disancorate da esso. Quel che rileva è che la sentenza legittima il risultato per cui la primazia del diritto comunitario non conosce ostacoli nel diritto nazionale quando vengano in considerazione le regole comunitarie inderogabili in tema di competenza decisionale. Il che d'altronde è coesistente all'affermazione di esistenza di un ambito di sovranità europea non tangibile, a fronte del quale il giudicato nazionale deve recedere per forza, salvo ammetterne una potenziale efficacia disgregante.

Per l'analogia col caso Lucchini è quindi ben corretto affermare l'inaammissibilità della traduzione dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali, qualunque ne sia lo strumento, di competenze inderogabilmente riservate dal diritto comunitario agli organi della UE.

In questa chiave va letta l'affermazione terminale della Corte di giustizia: "la competenza esclusiva della BCE a decidere se autorizzare o meno l'acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio e la correlata competenza esclusiva degli organi giurisdizionali dell'Unione a controllare la validità di una tale decisione, nonché, incidentalmente, a valutare se gli atti nazionali preparatori presentino vizi che possono inficiare la validità della decisione della BCE, ostano a che un organo giurisdizionale nazionale possa conoscere di un'azione volta a contestare la conformità di un tale atto a una

disposizione nazionale relativa al principio dell'autorità di cosa giudicata" (così testualmente C. giust. 19 dicembre 2018, par. 58).

L'affermazione non è solo netta e chiara nel significato, ma è anche da condividere nell'esercizio della potestà riconosciuta a queste Sezioni unite quale unico giudice della giurisdizione nazionale. Coticché, integrata la motivazione del Consiglio di stato nel senso fin qui complessivamente esposto, il ricorso deve essere disatteso.

XV. - La peculiare rilevanza dell'attribuzione di competenza giurisdizionale esclusiva in seno all'Unione europea spiega infine perché non è centrato discorrere di controlimiti.

La teoria dei controlimiti è stata condivisa dalla Corte costituzionale (v. in particolare C. cost. n. 238 del 2014, ma poi anche C. cost. n. 279 del 2017, n. 20 del 2019 e n. 63 del 2019) secondo l'elaborazione facente leva sull'intangibilità dei principi supremi e dei diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato, col fine di preservarne l'identità.

Oltre che da queste Sezioni unite in funzione interpretativa di rinforzo (v. di recente Cass. Sez. U n. 28180-20), ne è stata riconosciuta la dignità dalla stessa Corte di giustizia in funzione di salvaguardia di quello che è stato definito il "tasso minimo di diversità" necessario a preservare l'identità costituzionale interna di uno Stato membro, senza compromettere le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione (v. C. giust. 5 dicembre 2017, cd. Taricco II, causa C-42/17).

Tuttavia è fuor di luogo invocare i controlimiti nel caso di specie sul rilievo di una presunta "cancellazione" del giudizio di ottemperanza.

La decisione della Corte di giustizia, in applicazione della quale il Consiglio di stato ha dichiarato inammissibile il ricorso

per l'ottemperanza, non determina codesta risultante, né determina la violazione del diritto di accesso a un giudice.

Essa semplicemente chiarisce che, nella materia delle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche, l'attribuzione dei poteri decisionali spetta, secondo il Meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, alla BCE nel contesto di un procedimento parimenti unitario di cui fanno parte gli atti delle autorità nazionali centrali.

La circostanza che le decisioni terminali della BCE debbano essere sottoposte al controllo di legittimità della giurisdizione della UE, anche di riflesso ai vizi degli atti intermedi delle ANC, e anche in applicazione della normativa nazionale dei singoli Stati ove rilevante in base alle opzioni esplicitamente riconosciute agli Stati membri, è una mera conseguenza della suddetta architettura procedimentale unitaria.

Pertanto il rimedio dell'ottemperanza semplicemente non può essere esercitato, in concreto, col fine di sindacare gli atti preparatori delle ANC, poiché anche codesti sono infine atti interni di un procedimento dell'Unione, non soggetti, come la decisione finale, ad altri che alla giurisdizione europea.

Del resto i ricorrenti hanno giustappunto impugnato la decisione della BCE dinanzi al Tribunale della UE (causa T-913/16), così finendo col contraddire l'affermata compromissione del diritto di accesso a un giudice.

Non può sostenersi – e d'altronde neppure i ricorrenti sostengono – che la giurisdizione in sede UE sia meno "efficace" di quella nazionale sul piano della tutela dei diritti.

XVI. – Conclusivamente vanno affermati i seguenti principi:
- nell'unione bancaria creata tra gli Stati dell'eurozona, il Meccanismo di vigilanza unico (MVU) di cui al Regolamento (UE) n. 1024/2013 presuppone che il potere decisionale esclusivo in

ordine alle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche appartenga alla BCE;

- il coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione della decisione della BCE non mette in dubbio la qualificazione degli atti delle autorità nazionali centrali (ANC) come atti dell'Unione, perché come affermato dalla Corte di giustizia con la sentenza 19 dicembre 2018 (causa C-219/17)^x tutti gli atti, nel quadro normativo e procedimentale previsto dal Meccanismo di vigilanza unico, sono tappa di un procedimento unitario nel quale la BCE esercita, essa sola, il potere decisionale;

- trattandosi del potere di un'istituzione dell'Unione, sull'esercizio di esso grava la competenza esclusiva del giudice dell'Unione dal punto di vista del controllo di legittimità di tutti gli atti, pure intermedi o preparatori, e pure in applicazione della legislazione nazionale ove il diritto dell'Unione riconosca differenti opzioni normative agli Stati membri; cosa che esclude ogni competenza giurisdizionale nazionale in controversie relative alla sorte degli atti del medesimo procedimento, anche ove ne sia fatta valere la contrarietà a un giudicato nazionale nel contesto della giurisdizione di ottemperanza.

XVII. Il ricorso è rigettato.

L'estrema complessità della questione controversa conduce a compensare per intero le spese processuali.

p.q.m.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese processuali.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello relativo al ricorso, se dovuto.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni
unite civili, addì 9 marzo 2021.

Il Consigliere estensore
Francesco...

Il Presidente

Nelside Amendola

DEPOSITATA