

Fascicolo 1 | 2014

RIVISTA DELLA

Regolazione dei mercati

Il mercato senza regolazione genera mostri





INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1 | 2014

Rivista registrata presso
il Tribunale di Torino
aut. n° 31 del 25 ottobre 2013

Direttori

Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile

Comitato direttivo

L. Ammannati, N. Bassi,
M. Clarich, D. de Pretis, U. Filotto,
F. Ghezzi, M. Giovannini,
P. Giudici, B. Marchetti, A. Pericu,
M. Ramajoli, C. Scarpa,
F. Scarpelli, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno,
C. Barbati, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella,
S. Cassese, R. Cavallo Perin,
G. Della Cananea, G. De Nova,
E. Ferrari, G. F. Ferrari, N. Irti,
M. Libertini, M. Maresca, G. Morbidelli,
M. Orlandi, G. Pericu, A. Police,
G. M. Racca, M. Renna,
M. A. Sandulli, F. Scalfani,
M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

A. Candido, V. Gioffré, A. Marra

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

Editoriale.....3

SAGGI

Il mercato come oggetto della regolazione5
di Bruno Tonoletti

**Le garanzie procedurali e processuali delle imprese
nella rete europea della concorrenza**29
di Barbara Marchetti

**Regolazione finanziaria ed esternalità del contratto:
i contratti rivolti ai terzi**.....46
di Paolo Giudici

La Roadmap 2050 e la governance europea dell'Energia67
di Filippo Donati

Regolazione indipendente e politica energetica nazionale.....81
di Eugenio Bruti Liberati

**Le infrastrutture energetiche fra competenze legislative statali
e attribuzioni amministrative delle autonomie territoriali:
dalla teoria (contraddittoria) alla prassi (confusa)**106
di Nicola Bassi

La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato126
di Aldo Travi

COMMENTI

**Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura
riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche:
l'art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 2012**139
di Francesco Goisis

**The Chinese walls between infrastructure managers
and rail operators as a compromise between railway
liberalization and State monopolies**.....155
di Davide Maresca

**La regolazione comunitaria del credito tra European Banking
Authority (EBA) e Banca Centrale Europea: prime osservazioni
sul Single Supervisory Mechanism**.....177
di Andrea Pisaneschi

**Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale
collaborazione: troppi "automatismi" a danno dell'autonomia?
(nota a Corte cost. n. 41/2013)**.....189
di Andrea Cardone

**Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell'art. 27
del Codice del consumo**201
di Valeria Carfi

RECENSIONI

Giuseppe Di Gaspare,
Teoria e critica della globalizzazione finanziaria.
Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche,
Padova, Cedam, 2011, pp. I-478.217
Margherita Ramajoli

Michela Passalacqua,
Diritto del rischio nei mercati finanziari:
prevenzione, precauzione ed emergenza,
I diritti economici, collana diretta da M. Giusti, 16, Nuova Serie,
Padova, Cedam, 2012, in 8°, pp. XIV- 302.223
Andrea Pericu

Wladimiro Troise Mangoni
Il potere sanzionatorio della Consob.
Profili procedimentali e strumentalità
rispetto alla funzione regolatoria,
Milano, Giuffrè, 2012, 1-248.226
Michele Giovannini

Cass R. Sunstein,
Simpler. The Future of Government,
New York, Simon and Schuster, 2013, pp. 1-260.
Sarah Conly,
Against Autonomy – Justifying Coercive Paternalism,
Cambridge, Cambridge University Press, 2013 pp. 1-206.....232
Alessandro Spina



EDITORIALE

Quando una nuova rivista inizia le sue pubblicazioni è inevitabile chiedersi quale sia il senso e l'utilità di tale iniziativa e se essa abbia un respiro e una prospettiva sufficientemente lunghi.

Nel caso di RRM la risposta a tali legittimi interrogativi appare facile: i problemi (anche) giuridici posti dall'affermarsi – in Italia e in Europa, all'incirca negli anni '90 del secolo scorso – del modello di intervento pubblico nell'economia imperniato sull'idea che agli apparati pubblici spetti assai più regolare i mercati che non sostituirli, dirigerli e/o intervenire negli stessi come operatori economici sono stati e sono di tale rilevanza e complessità da giustificare ampiamente la nascita di pubblicazioni specificamente destinate ad analizzarli.

Ed anche la circostanza che in tempi più recenti, sotto l'incalzare della grande crisi finanziaria ed economica di questi anni, l'Italia e l'Europa abbiano rivisto criticamente quel paradigma – riconoscendo nuovamente ai poteri pubblici spazi significativi di governo dell'economia – non ha certamente riportato indietro le lancette della storia e non ha fatto scomparire quei problemi – li ha resi, anzi, ancora più complessi.

Tanto sul versante organizzatorio – della governance pubblica dei mercati – quanto su quello della disciplina sostanziale degli stessi, e dunque, in primis, dei poteri e dei modi dell'intervento pubblico, le questioni di assetto giuridico che si pongono sono molteplici e sembrano meritare una riflessione e un approfondimento non occasionali.

Molto naturalmente è già stato scritto e chiarito, in questi anni, dalla dottrina – che, com'è ben noto, ha potuto largamente attingere alla pregressa esperienza e letteratura di ambientazione anglosassone – e dalla stessa giurisprudenza. Ma moltissimo è ancora da capire e da ordinare per quanto possibile a sistema, anche perché la realtà fattuale e la concreta applicazione dei nuovi paradigmi di disciplina dei mercati si sono incaricate di smentire o di correggere alcuni degli assunti di base della riflessione teorica che aveva accompagnato l'avvio dei processi di liberalizzazione e di privatizzazione.

Sul piano del metodo, l'idea di fondo che accomuna i promotori di RRM è che l'attenzione alle scelte di policy, ai loro risvolti economici e alle dinamiche politiche che le determinano – che deve esserci e che troverà spazio adeguato nella Rivista – non possa andare disgiunta da un lavoro di analisi propriamente tecnico-giuridica dei problemi interpretativi posti dalle discipline dei mercati. L'enucleazione dei mo-

delli e delle linee fondanti di quelle discipline è certamente importante: ma è anche necessario, quanto meno per chi voglia fornire ai regolatori e ai giudici strumenti utili a venire a capo dei dubbi ermeneutici derivanti da normazioni primarie notoriamente mutevoli e (spesso) contraddittorie, uno sforzo per ricostruire le specifiche implicazioni che da quei modelli e da quelle linee fondanti coerentemente discendono.

Sotto il profilo del merito, i promotori condividono invece solo un dato, peraltro essenziale: che tra le ragioni del governo pubblico dell'economia e quelle del mercato si debba ricercare un equilibrio, sempre mobile e flessibile ovviamente, ma ben bilanciato. I tempi attuali si prestano molto, d'altro canto, a comprendere perché tale equilibrio – e cioè il rifiuto tanto di impostazioni che mitizzano il mercato e le sue virtù autoregolatrici, quanto di visioni, da qualche tempo tornate di moda, che viceversa lo demonizzano – sia indispensabile: è infatti ben viva la memoria non solo dei recenti, disastrosi fallimenti di mercati finanziari non adeguatamente regolati ma anche quella dei meno prossimi (ma anch'essi assai gravi) fallimenti di modelli di regolazione fortemente caratterizzati in senso dirigistico.

A parte questa comune convinzione, vi è ovviamente tra i promotori e collaboratori di RRM il più ampio pluralismo delle idee e delle opinioni. E deve anzi essere sottolineato che i saggi, i commenti e le recensioni pubblicati esprimono solo il punto di vista degli Autori e non quello della Direzione della Rivista: che non ha quindi, sui diversi problemi affrontati, una linea editoriale definita e si propone semmai di promuovere, quanto meno sui temi di maggiore interesse, un dibattito a più voci, anche tra loro discordanti.

In questo primo numero ci sembra in effetti di porre le basi di un tale dibattito su diverse questioni non propriamente secondarie. Per citare soltanto i contributi pubblicati nella sezione "Saggi": la nozione di mercato utilizzata nel diritto e nelle politiche di regolazione; le garanzie procedurali e processuali delle imprese nel diritto europeo della concorrenza; la governance pubblica dell'energia (a livello di Unione Europea; nei rapporti tra regolazione indipendente e politica; nella relazione tra Stato e autonomie territoriali); il rapporto tra regolazione settoriale e disciplina generale dei contratti, con particolare riferimento ai mercati finanziari; la nuova regolazione tariffaria dei servizi idrici, a valle del referendum svoltosi in Italia nel giugno 2011.

Confidiamo, naturalmente, che su tali temi e su quelli – anch'essi, ci sembra, di notevole rilevanza – trattati nella sezione "Commenti" pervengano alla Rivista contributi anche critici da parte di tutti coloro che sono a vario titolo interessati allo studio dei fenomeni regolatori.

Soltanto così, del resto, RRM potrà divenire, come si propone, una sede non solo di approfondimento scientifico ma anche di discussione sistematica sulle tematiche attinenti alla regolazione dei mercati.

La Direzione



SAGGI

Il mercato come oggetto della regolazione

di Bruno Tonoletti

ABSTRACT

The legal studies concerning regulation are still mostly divided along the traditional line running between private and public law. The present essay, on the contrary, points out the benefits of keeping a unitary approach to regulation, which can usefully make use of both private and public law principles, but always finds its focal point in the problematic relationship it maintains with the market. Taking the cue from two sectors that currently appear to be particularly critical, such as financial markets and online services, the essay proposes to shed light on the very different shapes that the market can assume depending upon the elements of reality that are considered relevant with respect to regulation, suggesting to discern, in the legal analysis, between the market as outlined in theoretical models and the real dynamics of markets that are effectively existing. It is indeed impossible to fully understand regulation without a realistic and non-biased image of the market that constitutes its subject.

SOMMARIO: 1. Il mercato come oggetto problematico della regolazione e l'indeterminatezza di campo dell'analisi giuridica. – 2. La natura proteiforme del mercato e la concorrenza a significato variabile sulla Rete. Il caso Google davanti alla Commissione europea. – 2.1. La *competition on the merits*, l'innovazione e le scelte dei consumatori. La DG Competition a Mountain View. – 2.2. Un mercato infinitamente elastico, senza estensione, senza struttura e senza tempo. – 2.3. Un supermercato feudale di tipo *winner-take-all* dominato dalle strategie di conquista delle imprese. – 3. Il mercato finanziario tra efficienza allocativa e distruzione creativa. – 3.1. Da Wall Street a Piazza Affari, il mercato non si ferma mai ... finché c'è liquidità. – 3.2. Un mercato di rilevanza macroeconomica (de)regolamentato in una logica microeconomica. – 3.3. *Global players*, concorrenza e rischio, standardizzazione, aspettative e telematica: *one way market boom and bust*. – 4. L'immagine del mercato nella regolazione e la regolazione come oggetto di apprendimento da parte del mercato.

1. IL MERCATO COME OGGETTO PROBLEMATICO DELLA REGOLAZIONE E L'INDETERMINATEZZA DI CAMPO DELL'ANALISI GIURIDICA

L'analisi giuridica della regolazione è un campo di ricerca interessante perché si trova a cavallo tra diritto pubblico e diritto privato¹.

¹ Sul passaggio da una visione in chiave dicotomica, che concepisce diritto pubblico e diritto privato come sfere separate e contrapposte, a una visione che attribuisce rilievo alle «oscillazioni pendolari tra pubblico e privato», G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 63 ss. (ma bibliografia ivi, p. 2, nota 5), con la conseguenza che «alle sicurezze, a volte fallaci, offerte da concezioni fondate su logiche deduttive si sostituiscono gli esiti incerti e aperti di percorsi ormai necessariamente induttivi» (p. 72 s.). In altro lavoro, il medesimo Autore, ha sostenuto che la prospettiva «secondo cui, in generale, pubblico e privato possono intervenire in via sussidiaria l'uno rispetto all'altro, in funzione degli interessi tutelati» si ataglia particolarmente alla regolazione, che «non è rivolta alla cura di un interesse pubblico», ma a «conciliare principi e valori di sistema, in una prospettiva sempre più *market oriented*, con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati» (G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 97 s. e 102). Ma l'esigenza metodologica di non costringere l'analisi giuridica entro rigidi steccati disciplinari, suggerita dalle osservazioni

La regolazione può essere attuata con tipici strumenti autoritativi di diritto pubblico, ma anche ricorrendo a istituti tradizionali del diritto privato, come la proprietà, il contratto e la responsabilità². Il ricorso a strumenti che si trovano sull'uno o sull'altro dei due grandi versanti dell'esperienza giuridica è spesso presentato come una scelta dettata da criteri di opportunità scientificamente valutabili, ad esempio attraverso l'analisi costi-benefici o altri ragionamenti di analisi economica del diritto³.

Lo stesso è a dirsi per il ricorso a strumenti diversi all'interno dello stesso versante. Così, ad esempio, viene presentata come una scelta possibile e razionalmente valutabile quella tra *property rules* e *liability rules* all'interno della regolazione attuata con istituti di diritto privato⁴. Analogamente, per la regolazione attuata con strumenti di diritto pubblico, spesso viene posta l'alternativa tra il ricorso a tecniche di *command and control* oppure a regole incentivanti⁵.

In ogni caso, l'osservatore di questi e altri dibattiti percepisce acutamente il senso di una indistinzione dell'ambito giuridico coperto dalla riflessione sulla regolazione⁶. Una tale indistinzione trova la propria ragion d'essere se si considera la regolazione come "problema": suscettibile di presentarsi sotto svariate forme in settori differenti, ma unificato dal suo oggetto, il mercato.

Nella cultura anglosassone è presente l'idea che possa essere considerato *regulation* qualsiasi vincolo giuridico che interferisca con la libertà degli operatori di mercato⁷. Non sono né la forma né la modalità né il contenuto della *regulation* a

ora richiamate, pare condivisibile quale che sia la concezione della regolazione cui si aderisca.

2 Per un'ampia rilettura degli strumenti del diritto privato in chiave regolatoria, si veda il primo capitolo di P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008, il quale si propone di «analizzare il fenomeno attraverso modelli della scienza economica e in una prospettiva sistematica», con l'obiettivo di «porre le basi per un discorso teso a giustificare l'impiego del diritto privato come strumento di regolazione capace di operare in concorso con il diritto pubblico» (p. 7). Per la ricostruzione del dibattito tra favorevoli e contrari alla contaminazione tra diritto privato e regolazione, si veda G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 277 ss.; cfr. anche i saggi raccolti in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2009.

3 La fungibilità degli strumenti giuridici appare come un carattere pregnante della regolazione nelle visioni ispirate all'analisi economica del diritto, proprio perché la scelta tra uno strumento e l'altro viene prescrittivamente correlata a criteri di efficienza e benessere sociale. Si veda, ad esempio, F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati*, in *Annuario AIPDA 2006 – Atti del convegno "Analisi economica e diritto amministrativo"*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 5 ss., spec. pp. 15 e 18, ove si osserva che «nella prospettiva dell'analisi economica del diritto ... si passa da un sistema in cui è centrale il valore dell'efficacia, intesa come miglior realizzazione di un interesse pubblico predefinito, ad un sistema centrato sull'efficienza, intesa come scoperta della soluzione che di volta in volta consente la massima soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti».

4 Sulla rilevanza della distinzione, ai fini della scelta tra istituti privatistici diversi in chiave regolatoria, secondo l'impostazione introdotta da G. CALABRESI-A. D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 85, 1972, p. 89 ss., si veda P. GIUDICI, op. cit., p. 66 ss.; per una rilettura critica della letteratura in argomento, cfr. H.E. SMITH, *Property and Property Rules*, in *N.Y. Univ. L. Rev.*, 79, 2004, p. 1719 ss.

5 Negli studi sulla regolazione la questione viene normalmente posta con riferimento al principio di proporzionalità. Si vedano, ad esempio, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit., p. 104 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006.

6 Il punto in cui l'indistinzione si avverte forse maggiormente è quando la regolazione appare rivolta alla soluzione di problemi di azione collettiva, come tipicamente avviene nell'ambito dei mercati finanziari, secondo quanto puntualmente rilevato da P. GIUDICI, *La responsabilità* cit., p. 24 ss.; ad esempio, «siccome le banche operano sul mercato finanziario insieme ad altri intermediari e la crisi di uno di questi potrebbe impattare su una o più banche e quindi, con effetto domino, sull'intero mercato, si assume che sia necessario sottoporre a regolazione tutti gli intermediari finanziari», oppure, «la regolazione è giustificata da problemi di asimmetria informativa che si ripercuotono serialmente sulla massa degli investitori» e «il problema del potere di mercato è, esso stesso, un problema di azione collettiva».

7 Ci si riferisce in particolare alla concezione della regolazione come interferenza proposta da B. MITNICK, *The political economy of regulation*, Columbia Univ. Press, New York, 1980, p. 2 ss., la quale presuppone che la misura regolatoria possa incidere sulla libertà di scelta degli operatori economici, «senza però mai escluderla, in modo che l'azione intrapresa dal soggetto regolato sia pur sempre frutto di una decisione autonoma, non

definire la categoria, ma l'oggetto a cui si rivolge, perché la relazione tra il vincolo giuridico e l'autodeterminazione dei soggetti che operano in un mercato è considerata problematica di per sé⁸. Proprio perché qualsiasi vincolo imposto agli operatori di mercato è considerato in via di principio problematico rispetto alla logica del mercato, una regolazione può essere identificata in qualsiasi strumento o istituto appartenente a qualsiasi settore dell'ordinamento giuridico.

Pertanto, l'indeterminatezza dell'ambito giuridico coperto dalla regolazione è una funzione del suo particolare oggetto: è il mercato ad attraversare le partizioni dell'ordinamento, prima ancora della regolazione.

Inoltre, il mercato non è mai semplicemente l'oggetto della regolazione, perché in realtà ne determina tanto il problema quanto le vie da percorrere per risolverlo. Per questo si assume, spesso implicitamente, che la problematica della regolazione sia diversa e specifica rispetto a qualsiasi altra questione di disciplina giuridica e debba quindi essere risolta in base a una logica particolare.

Analizzare la regolazione a partire dalle prospettive disciplinari di un unico settore dell'ordinamento comporta, dunque, il rischio di mancare il vero bersaglio dell'analisi, che non è il particolare assetto regolatorio di volta in volta preso in considerazione, bensì il problema sempre soggiacente del rapporto tra la regolazione e il mercato quale suo peculiare oggetto⁹. Mantenere indistinto il campo giuridico coperto dalla regolazione potrebbe invece favorire la confluenza di diverse prospettive disciplinari¹⁰ attorno a specifiche questioni regolatorie, che potrebbero essere intese come i casi "particolari" nei quali si rigioca ogni volta il problema "universale" del rapporto tra regolazione e mercato.

Le riflessioni che seguono si propongono di sperimentare alcuni percorsi attorno al tema del rapporto tra regolazione e mercato, alla ricerca di un *insight* non pre-costituito su quanto si possa ancora imparare sul mercato quando lo si metta al centro della propria attenzione, restando (momentaneamente) liberi dalla preoccupazione di offrire risposte alle questioni regolatorie che ci si parano di fronte.

I due ambiti che si è scelto di trattare sono i mercati dei servizi on line e i mercati finanziari. Entrambi si caratterizzano per la dimensione globale, la rilevanza strategica per lo sviluppo economico, l'estremo dinamismo e l'idiosincrasia per la regolazione. In essi il mercato è molto potente, predominante, debordante, adattativo al massimo grado e sempre in vantaggio rispetto alle istanze regolative. Non pare ci siano oggi mercati maggiormente atti a cogliere sul vivo il mercato che sfugge alla presa della regolazione.

La pretesa non è stata quella di suggerire scelte regolatorie, neppure quella di

predeterminata da altri» (V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione*, in *Dir. econom.*, 2010, p. 119 ss.).

8 La problematicità di quella relazione è già inscritta *a priori* nella prospettiva stessa da cui si pone fin dalle origini l'economia politica, affidando a se stessa il compito di stabilire «la misura in cui lo Stato può legittimamente estendere il proprio potere coercitivo nei confronti dei soggetti economici» (si veda l'ottimo saggio introduttivo di M. GRILLO, *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, in D. COSSUTTA-M. GRILLO (a cura di), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1987, spec. par. 1, ma *passim*).

9 Problema che, se si vuole, può essere riassunto nell'idea del mercato come 'bene collettivo', ovvero come *normative social institution*, secondo la definizione di J. RAZ, *The morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 253, ripresa da M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, p. 144.

10 Come osserva G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione*, cit., p. 283, «se la coesistenza di gruppi di regole diversi è inevitabile, occorre anche riconoscere che le reciproche influenze modificano gli effetti prodotti da ciascuno di essi. Analizzarli come se fossero impermeabili ai cambiamenti in altri settori rischia di produrre valutazioni incomplete dei loro effetti». Analogamente, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit., p. 98, sottolinea che, nella regolazione «il diritto amministrativo predispone le forme giuridiche e gli strumenti, ma i contenuti e gli interessi sono privatistici: e ciò reagisce anche sui caratteri degli istituti pubblicistici».

prendere posizione su problemi generali o specifici, ma soltanto quella di far emergere più aspetti possibili e più immagini possibili del mercato, al fine di suggerire che l'analisi giuridica ha bisogno non soltanto degli occhiali di una teoria, ma anche di osservare effettivamente quello che le sta davanti¹¹.

2. LA NATURA PROTEIFORME DEL MERCATO E LA CONCORRENZA A SIGNIFICATO VARIABILE SULLA RETE. IL CASO GOOGLE DAVANTI ALLA COMMISSIONE EUROPEA.

God becomes man becomes fish becomes barnacle goose becomes featherbed mountain¹².

2.1. LA COMPETITION ON THE MERITS, L'INNOVAZIONE E LE SCELTE DEI CONSUMATORI. LA DG COMPETITION A MOUNTAIN VIEW

Il Commissario europeo alla concorrenza Almunia, rendendo noto il suo orientamento favorevole all'accoglimento degli impegni presentati da Google nell'indagine per abuso di posizione dominante sul mercato dei motori di ricerca, ha sottolineato che «lo scopo dell'*enforcement* antitrust deve essere di permettere ai consumatori di beneficiare di una competizione sui meriti il più velocemente possibile» e che le sue preoccupazioni nella difficile trattativa con Google sono state di «fare in modo che i servizi di ricerca verticali concorrenti possano competere a armi pari con Google, cosa che attualmente non avviene a causa di una scorretta diversione del traffico internet»¹³.

Il Commissario si riferisce qui al principale rilievo mosso al noto motore di ricerca, accusato di alterare i risultati naturali delle ricerche orizzontali degli utenti, metten-

11 In tal senso il saggio vuole anche essere una decisa presa di posizione a favore di un'attitudine empiristica nello studio dei fenomeni giuridici, nello stesso senso indicato in filosofia da S. CHIODO, *Io non cerco, trovo. Un empirismo contemporaneo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011, p. 8: «provare a non vedere la cosa che cerchiamo nella cosa che c'è, e che va trovata, provare a non forzare nella cosa che cerchiamo la cosa che c'è, e che va trovata, ... provare a non cercare, e a trovare». Nel campo della regolazione, analogo invito è fatto da L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale, in Metamorfosi del diritto delle Società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, ES, Napoli, 2012, la quale sottolinea che: «la conoscenza e la comprensione dei fenomeni richiedono una ricerca continua e libera da preconcetti».

12 J. JOYCE, *Ulysses*, III (*Proteus*).

13 *Speech* del 5 febbraio 2014, *Statement on the Google investigation* (le traduzioni sono di chi scrive). Per un'approfondita analisi della vicenda, si veda A. RENDA, *Google il conquistatore. Note sull'istruttoria della Commissione europea*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, p. 273 ss. La posizione espressa nello *speech* citato è conforme all'impostazione ufficiale dalla Commissione, sia per quanto riguarda la finalità della disciplina antitrust europea, sia per quanto riguarda i criteri per la valutazione dell'abuso di posizione dominante e in particolare degli abusi escludenti. Cfr. C. OSTI, voce *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir., Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1 ss., spec. p. 6, ove si osserva che «nell'attuale stato di sviluppo del diritto della concorrenza la tutela del consumatore e del suo cosiddetto benessere viene anche ufficialmente definita l'obiettivo primario delle regole concorrenziali» e che «appare, dunque, nettamente minoritaria quella corrente di pensiero che propone di considerare in sua vece il parametro del benessere totale, comprendente cioè anche la posizione delle imprese cumulativamente, appunto, a quella del consumatore». Per quanto riguarda il secondo aspetto, relativo all'adozione di un criterio strettamente economico di valutazione degli abusi escludenti, Osti osserva che la Commissione (Comunicazione n. 2009/C/45/02, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*) accoglie il criterio del bilanciamento del benessere del consumatore, con il quale «si pone il danno al consumatore su un piatto della bilancia e le inefficienze sull'altro, si determina quale prevalga, e si decide di conseguenza sull'esistenza o meno di un'infrazione» (op. cit., p. 8). Cfr. anche M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI, *20 anni di antitrust*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 677 ss. Sul concetto di competition on the merits, richiamato da Almunia, cfr. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 191 ss., spec. p. 240 ss., ove si sottolinea che i suoi capisaldi, ispirati al concetto ordoliberal di *Leistungswettbewerb* (concorrenza di prestazione), sono che «lo strumento principale di concorrenza dev'essere costituito da miglioramenti dell'offerta rivolta dalle imprese ai consumatori» e, conseguentemente, che «il successo dell'offerta di beni o servizi da parte delle imprese deve sempre dipendere dal giudizio finale dei consumatori, i quali devono essere in grado di esprimere una consapevole libertà di scelta».

do sempre in evidenza e al primo posto i link ai propri servizi verticali, e relegando in posizioni deteriori i servizi verticali dei concorrenti. In questo modo, anche se un servizio di ricerca verticale rivale fosse quello preferito dagli utenti in tutto il mondo, in prima posizione verrebbero visualizzati non i suoi risultati, ma quelli del corrispondente servizio di Google. Grazie questa alterazione del *ranking* nelle ricerche orizzontali, ovviamente, la realtà finisce in poco tempo per confermare l'illusione: i risultati che si piazzano al primo posto delle ricerche orizzontali vengono invariabilmente cliccati, mentre quelli nelle posizioni deteriori lo sono molto meno o quasi per nulla, per modo che il *ranking* dei servizi specializzati di Google cresce velocemente e quello dei servizi rivali decresce altrettanto rapidamente, finché in tutti i servizi di ricerca specializzati più importanti i servizi di Google finiscono per apparire come quelli più cliccati dagli utenti¹⁴.

La proposta fatta da Google, di presentare, in maniera comparabilmente attrattiva per gli utenti, almeno tre servizi concorrenti, secondo Almunia risponderebbe alle preoccupazioni della Commissione, perché «questo darà agli utenti una reale possibilità di scelta tra diverse opzioni. Spetterà quindi agli utenti – e solo a loro – scegliere quella che preferiscono. In questo modo, sia Google sia i suoi rivali saranno in grado di e incoraggiati a innovare e migliorare le loro offerte». Gli impegni che la Commissione ha ottenuto da Google «sono di vasta portata e hanno il chiaro potenziale di ripristinare una parità di condizioni negli importanti mercati della ricerca e della pubblicità online ... Essi dovrebbero assicurare che siano garantite condizioni competitive per gli anni a venire. E questo contribuirebbe ad evitare che, in questo settore caratterizzato dalla rapidità evolutiva, i problemi che abbiamo visto in passato si ripetano in futuro»¹⁵.

Questi impegni, tuttavia, non risolvono le questioni che erano state sollevate dalle 18 imprese denunciante, le quali sottolineavano di essere schiacciate (in un mercato che Google assorbe per il 75% solo in Europa) da strategie escludenti dell'impresa dominante, che avrebbero impedito loro di crescere in modo da raggiungere livelli dimensionali efficienti per competere ad armi pari. L'orientamento favorevole all'accoglimento degli impegni si scontra anche con le osservazioni avanzate da molti operatori¹⁶.

14 Per capire la portata di questa accusa forse gli esempi fatti dal Commissario Almunia (macchine fotografiche e fornelli a gas per barbecue) non sono i più significativi. Le accuse mosse dai rivali portavano esempi ben altrimenti espressivi della politica commerciale estremamente aggressiva di Google, sottolineando come con questo trucco Google abbia clonato e quindi schiacciato servizi come Yahoo! Finance (Google Finance), Internet Movies Database (Google Movies), iTunes (Google Music), MapQuest (Google Maps), Cnn e NY Times (Google News), Amazon e Barnes & Noble (Google Books), SourceForge (Google Code), Dictionary.com (Google Dictionary), Expedia (Google Flight Search, poi Google Travel), The Weather (Google Weather): cfr. A. RENDA, *op. cit.*, p. 281.

15 Lo speech non manca di sottolineare come l'istruttoria analoga aperta dalla statunitense FTC si sia conclusa con impegni di scarso rilievo da parte di Google (*Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices*, FTC File Number 111-0163, January 3, 2013). Cfr. G. A. MANNEW. RINEHART, *The Market Realities that Undermined the FTC's Antitrust Case Against Google*, in *Harvard J. Law & Technology, Occasional Paper Series, July 2013*; M. LAO, "Neutral" Search As A Basis for Antitrust Action?, *ibidem*.

16 Anche alcune associazioni di editori europei hanno assunto una posizione molto dura, sottolineando che le proposte di Google «mettono a rischio il futuro della economia digitale europea», autorizzano Google a organizzare i risultati delle ricerche orizzontali secondo il proprio interesse, dando «carta bianca all'abuso del monopolio digitale», e «in nessun modo possono essere considerate a favore dei consumatori, perché l'ordine naturale delle risposte in una ricerca viene definitivamente accantonato e tutti i servizi propri che hanno evidenza nelle pagine di risposta di Google servono a condurre il consumatore sulle piattaforme pubblicitarie di Google stesso, potenziandone quindi ulteriormente il ruolo di principale azienda pubblicitaria globale»: *Europe's publishers react against reported Commission settlement with Google*, comunicato congiunto del 31 gennaio 2014 della European Newspaper Publishers' Association (ENPA), della European Magazine Media Association (EMMA) e dello European Publishers' Council (EPC). Cfr. anche *Editori europei contro Almunia "Google non ha cambiato politica"*, su

A queste critiche il commissario Almunia ha risposto appellandosi al principio che definisce la filosofia antitrust della Commissione europea: «alcune preoccupazione degli operatori sono ovviamente diverse da quelle della Commissione, la cui missione è di tutelare la concorrenza a vantaggio dei consumatori, non di tutelare i concorrenti»¹⁷.

2.2. UN MERCATO INFINITAMENTE ELASTICO, SENZA ESTENSIONE, SENZA STRUTTURA E SENZA TEMPO

Non interessa in questa sede discutere il merito dei contrapposti punti di vista sul caso in esame, ma cercare di mettere a fuoco l'immagine del mercato che si riflette nella posizione adottata dal Commissario Almunia.

A tal fine, occorre anzitutto esaminare il modo con cui la Commissione ha costruito il caso e orientato gli impegni di Google, spostando sensibilmente il fuoco dell'analisi rispetto alle denunce che erano state presentate dai concorrenti.

Questi, operatori in diversi ambiti nei settori delle ricerche specializzate di prodotti e servizi sul web (c.d. motori di ricerca verticali), lamentavano che Google, manipolando nel modo sopra detto i risultati del suo motore di ricerca, si sia garantito l'assoluta predominanza nella raccolta pubblicitaria sul web, che avviene attraverso i *click* degli utenti sui prodotti segnalati nei siti dei motori di ricerca verticale. Secondo i concorrenti, con questa pratica Google «avrebbe costruito un immenso effetto di *leveraging* estendendo la propria posizione dominante nel *search* su una serie spaventosa di mercati adiacenti», servendosi per di più dei contenuti prelevati senza permesso dai motori verticali concorrenti, «all'insegna di un *free riding* generalizzato», per cui «si comprende come l'accusa sia di privatizzazione di buona parte del web»¹⁸.

In complesso, secondo le denunce, «l'effetto principale della condotta di Google sarebbe quello di sortire, attraverso una combinazione di vantaggi strutturali e strategie anticoncorrenziali, un effetto escludente per i propri concorrenti nei mercati rilevanti identificati. Effetto che non si tradurrebbe in una vera e propria "esclu-

Repubblica.it del 15 febbraio 2014.

17 Non pare che, con la dichiarazione riportata nel testo, il Commissario abbia inteso escludere l'applicazione del criterio *as efficient competitor*, proposto da R. POSNER, *Antitrust Law*, 2a ed., Univ. of Chicago Press, Chicago and London, 2001, p. 194, cui pure fa riferimento la citata Comunicazione n. 2009/C/45/02, par. 23 (e la cui rilevanza in materia di abusi è stata riconosciuta anche da Corte giust., 14 ottobre 2010, causa C 280/08 P, *Deutsche Telekom*, punto 177, pur con le cautele espresse dalla successiva sentenza del 17 febbraio 2011, causa C 52/09 P, *TeliaSonera*, punti 31 ss.). Si vedano su tale criterio le riserve condivisibilmente espresse da C. OSTI, voce cit., p. 9, per il quale «il fatto che un concorrente meno efficiente sia escluso non significa che il risultato sia molto incoraggiante per i consumatori», ma, soprattutto, «l'esclusione di un concorrente minore può impedirgli di raggiungere la scala ottimale minima che gli permetterebbe di divenire un concorrente altrettanto, se non più, efficiente dell'impresa dominante». Più probabile, comunque, è che Almunia si riferisse alla impostazione della Commissione illustrata alla precedente nota 13.

18 Così interpreta il senso dell'accusa principale A. RENDA, *Google il conquistatore* cit., p. 281. Le altre accuse erano relative alla stipulazione di clausole di esclusiva con gli inserzionisti pubblicitari e di accordi di *tying* per la distribuzione di Google Toolbar unitamente ad altri software o per l'utilizzazione di Google come motore di ricerca in pagine web, browser e dispositivi mobili, al fine di garantirsi «una "ubiquità" che i concorrenti non possono facilmente replicare» (ivi, p. 284 s.); alla limitazione della possibilità di esportare i dati delle campagne pubblicitarie, impedendo agli inserzionisti di fare pubblicità su più piattaforme contemporaneamente e comunque di confrontare i risultati delle campagne condotte da Google con quelle realizzate con altri operatori, in modo che «i rivali di Google non riescono, secondo l'accusa, a risucchiare quote di mercato e si trovano così costretti in una situazione di marginalità, privati della dimensione efficiente e con costi di acquisizione dei clienti assai elevati per via di una strategia che, ripete l'accusa, mira al *raising rivals' costs*» (ivi, p. 285 ss.). Un'ulteriore accusa era mossa in particolare da Bing, il motore di ricerca di Microsoft, e da Yahoo!, i quali lamentavano che Google non consentisse loro l'indicizzazione e la mappatura dei contenuti di Youtube (il portale acquistato da Google nel 2006, attraverso cui passa oggi il 50% circa del traffico della rete), impedendo loro di restituire risultati imprescindibili per la soddisfazione degli utenti di un qualsiasi motore di ricerca oggi (ivi, p. 287 ss.).

sione”, o *foreclosure*, per i concorrenti, ma nella *deprivation of scale*, nell’impedire ai concorrenti di acquisire la dimensione minima necessaria a competere in modo efficace e paritario con il colosso di Mountain View»¹⁹.

Con la valutazione preliminare del 13 marzo 2013, la Commissione europea ha fatto proprie in gran parte queste accuse²⁰, ma ne ha modificato profondamente il significato, ritenendo irrilevanti le posizioni rispettive di Google e dei suoi rivali sul mercato e concentrandosi unicamente sui riflessi limitativi della libertà di scelta degli utenti derivanti dalle pratiche denunciate.

Non dando spazio all’ipotesi della strategia escludente ed evitando di porsi il problema dei rischi di chiusura del mercato paventati dai concorrenti, la Commissione ha limitato drasticamente la portata dell’intervento antitrust, disinnescando quello che si presentava sulla carta come il primo vero attacco frontale al modello di business di Google²¹.

Dal punto di vista dei denunciati, le concessioni “strappate” a Google appaiono irrisorie, se non addirittura controproducenti, perché finiscono per legittimare la perpetuazione dell’uso opportunistico del proprio motore di ricerca orizzontale da parte di Google e non creano le condizioni affinché i concorrenti possano colmare lo smisurato vantaggio competitivo assicurato a Google dalla reputazione del suo motore generalista.

Per Almunia, invece, quelle concessioni, come si è visto, hanno «il chiaro potenziale di ripristinare una parità di condizioni negli importanti mercati della ricerca e della pubblicità online» e quindi di «assicurare che siano garantite condizioni competitive per gli anni a venire», in particolare per i cinque anni di durata degli impegni proposti da Google.

Se ci si chiede da cosa dipenda la fiducia del Commissario europeo circa la possibilità che gli impegni di cui si discute siano in grado, nel giro di soli cinque anni, di ripristinare condizioni concorrenziali in un mercato nel quale Google detiene quote che, a seconda dei segmenti, vanno dal 75% al 95%, l’unica risposta che emerge dallo *speech* è la fiducia riposta nel potere di scelta degli utenti, che gli impegni mirano complessivamente a ripristinare.

Etichettare i servizi di ricerca verticali di Google, in modo che l’utente non li confonda con risultati della sua ricerca orizzontale e sia consapevole della diversa natura dei primi rispetto ai secondi; restituire all’utente del motore di ricerca orizzontale di Google il potere di scegliere con un *click* tra più servizi di ricerca verticali concorrenti, scelti mediante aste imparziali e presentati con la stessa attrattiva sulla pagine dei risultati; fare in modo che, a richiesta degli interessati e senza alcuna ritorsione sul *ranking*, Google non possa più servirsi da *free rider*, neanche

19 A. RENDA, *op. cit.*, p. 289.

20 Sono state lasciate cadere l’ultima accusa, avanzata da Bing e Yahoo!, e l’accusa di *tying* relativa alla distribuzione del software e del motore di ricerca, mentre la prima accusa è stata scissa nei due aspetti dell’alterazione dei risultati della ricerca relativa ai motori verticali, da un lato, e del prelievo senza autorizzazione di contenuti da siti web di terzi, dall’altro; sono state mantenute le accuse relative ai contratti di pubblicità in esclusiva e ai limiti di trasferibilità dei dati delle campagne pubblicitarie.

21 Si tenga presente che il caso Google trovava due precedenti significativi riguardanti Microsoft (per una recente ricostruzione della vicenda, si veda A. GIANNACCARI, *Commissione UE vs. Microsoft: “Ancora una volta sulla breccia, cari amici!”*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, p. 183 ss.), rispetto ai quali la Commissione aveva adottato un’impostazione radicalmente differente da quella tenuta nella vicenda ora in esame. Le ipotesi, circa l’incidenza che le decisioni su Microsoft avrebbero potuto avere, che erano state avanzate da A. RENDA, *Google il conquistatore*, cit., p. 282, 285, 288, 290, non hanno trovato riscontro nella posizione successivamente assunta da Almunia sugli impegni proposti da Google, come se la logica adottata nei confronti di Microsoft (si vedano R. PARDOLESI-A. RENDA, *The European Commission’s Case Against Microsoft: Kill Bill?*, in *World Competition*, 2004, n. 4; R. PARDOLESI-A. RENDA, *Kill Bill*, vol. 2, in *Merc. conc. reg.*, 2008, p. 1 ss.) fosse completamente sparita dall’orizzonte della DG Competition.

attraverso indicizzazione sul motore di ricerca orizzontale, di contenuti estratti dai motori di ricerca verticali dei concorrenti; ripristinare, attraverso la rimozione delle esclusive e delle restrizioni al trasferimento dei dati delle campagne pubblicitarie, la libertà di scelta degli inserzionisti: l'insieme di queste misure, nelle parole di Almunia, serve a ricreare il più in fretta possibile le condizioni per una effettiva "concorrenza sui meriti", di cui i consumatori (utenti finali e inserzionisti) siano allo stesso tempo i sovrani e i beneficiari.

Questa impostazione riflette una certa immagine del mercato e del suo funzionamento, che influenza la selezione degli elementi rilevanti, l'interpretazione del problema e le risposte possibili da offrire.

Anzitutto si nota un vertiginoso restringimento dello sguardo, quasi come se si passasse, con una fotocamera, dalla visione panoramica offerta da un grandangolo, allo zoom sul particolare più vicino. L'immensa sfera dell'azione espansionistica di Google (della quale i profili critici individuati dalle denunce presentate alla Commissione europea rappresentavano semplicemente le "leve" principali, non dei problemi a sè stanti) si riduce agli istanti puntiformi del singolo click dell'utente, che sceglie uno dei link visualizzati sulla schermata di ricerca del motore orizzontale di Google, primariamente, e del singolo inserzionista che sceglie il motore di ricerca verticale cui affidare il proprio *advertisement*, secondariamente.

Il mercato, quindi, è identificato con il funzionamento atomistico del meccanismo di estrazione del valore, tipico dei servizi internet gratuiti, che consente di monetizzare gli elevatissimi tassi di traffico degli utenti mediante un particolare sistema di *advertising (cost-per-click model)*²². La concorrenza, di conseguenza, è interpretata come il processo puntiforme di cattura dell'attenzione dei singoli utenti che navigano in rete, secondo un'immagine del mercato come piazza dove i venditori di uno stesso prodotto si contendono i clienti di passaggio.

Poiché in questa visione si crede che il successo di mercato dipenda unicamente dalle scelte dei singoli utenti, allora anche il mercato dei motori di ricerca verticali, malgrado la quota del 75% detenuta attualmente da Google, potrebbe ritornare ad essere perfettamente contendibile, se solo gli utenti fossero pienamente informati sul significato delle loro scelte e fossero messi in condizione di poter esprimere le proprie preferenze, premiando l'innovazione che i concorrenti sapranno mettere in campo in una leale concorrenza per il merito.

Questo pare essere plausibilmente il ragionamento sotteso agli impegni richiesti a Google dalla Commissione europea. La sua massima riassuntiva è il noto slogan secondo cui «la concorrenza è alla portata di un *click*», che segnala appunto la contendibilità di un mercato in cui il potere degli utenti, capaci di seguire in massa le innovazioni e abbandonare improvvisamente anche le applicazioni più di successo, è tale da rendere inconsistente e transeunte il potere di mercato, quali che siano le sue dimensioni quantitative²³.

22 Cfr. J. D. RATLIFF-D. L. RUBINFELD, *Online Advertising: Defining Relevant Markets*, in *J. Comp. Law & Econ.*, 6, 2010, p. 653 ss.; Y. HU-J. SHIN-Z. TANG, *Performance-based Pricing Models in Online Advertising: Cost per Click versus Cost per Action*, Yale School of Management, Working papers, October 2013.

23 Almunia definisce questi impegni come misure lungimiranti ed effettive (*forward-looking and enforceable*), attribuendo loro non solo la capacità di risolvere i problemi attuali, ma anche la virtù regolatoria di prevenire la ricaduta in analoghi problemi nel futuro sviluppo del mercato in questione. La fiducia riposta in quegli impegni dal Commissario europeo è dunque grande e segnala la potenza dell'immagine del mercato che essa sottende.

2.3. UN SUPERMERCATO FEUDALE DI TIPO WINNER-TAKE-ALL DOMINATO DALLE STRATEGIE DI CONQUISTA DELLE IMPRESE

Lasciando i rigidi paletti dell'illecito antitrust²⁴, per entrare in un'ottica più vicina a quella regolatoria, si può rilevare che l'immagine del mercato offerta dallo *speech* di Almunia non costituisce certo l'unica rappresentazione possibile dell'ambiente in cui si muovono Google e i suoi concorrenti. Esiste un'altra immagine possibile, nella quale vengono in primo piano la struttura e il collegamento tra mercati, l'intenzionalità strategica, la lotta tra le imprese per la conquista della posizione chiave sul mercato, la rilevanza del decorso temporale e l'attrito che la realtà acquisita oppone alle dinamiche evolutive del mercato.

Nella visione di Almunia il tempo non conta da nessun punto di vista. Irrilevante appare la domanda su come abbia fatto Google a raggiungere la posizione in cui si trova attualmente: non si cerca di ricostruire i tasselli della sua strategia, né di interpretarne il senso economico, né di mettere in relazione le possibilità acquisite con le possibilità sfruttate dall'azienda e con i risultati che ne sono scaturiti in termini di assetto attuale del mercato. Inoltre, le aziende sembrano non possedere altra intenzionalità e altra strategia se non quelle rivolte a contendersi l'attenzione degli utenti mediante l'innovazione di prodotto. Irrilevante appare anche l'influenza del passato sul futuro. Il modo con cui nello *speech* si considerano gli impegni di Google risolutivi dei problemi riscontrati esprime la convinzione che il presente possa essere «resettato», cancellando del tutto il passato e facendo ripartire da zero una dinamica di mercato priva di condizionamenti.

Tuttavia, come è stato osservato, «nei mercati caratterizzati da forti esternalità di rete e un susseguirsi irrefrenabile di innovazioni tecnologiche le imprese tendono a competere “per” il mercato, più che “nel” mercato»²⁵. Secondo analoga prospettiva, si tratta di mercati *winner-take-all*, nei quali il concorrente che raggiunge per primo la vetta schiaccia invariabilmente tutti gli altri²⁶.

24 Il carattere di illecito rivestito dalla violazione antitrust comporta che il divieto debba essere chiaramente percepibile ex ante dalle imprese e che debba essere effettivamente lesivo del bene tutelato dalla norma. Si vedano, ad esempio, tutte le cautele e le restrizioni applicative che ne scaturiscono in tema di violazione del divieto di abusi escludenti, in P. BUCCIROSSI, *Interpretazione e applicazione dell'art. 102: un esercizio di analisi economica del diritto*, in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI, *20 anni di antitrust*, cit., p. 721 ss.; più in generale, sui limiti che la giurisprudenza ricava dal divieto per l'antitrust di svolgere funzioni di regolazione, cfr. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, p. 501 ss.

25 A. RENDA, *Google il conquistatore*, cit., p. 276.

26 Cfr. R.H. FRANK-P.J. COOK, *Winner-Take-All Markets*, in *J. of Microecon.*, 1, 2012, p. 151 ss.; M. SABIN, *Antitrust and Positional Arms Races*, in *Harvard J. of Law & Public Policy*, 30, 2007, p. 1023 ss. Proprio questa particolare caratteristica rende fuorviante l'applicazione ai mercati delle comunicazioni elettroniche del criterio dell'efficienza, proposto con successo dalla Scuola di Chicago per allentare la stretta antitrust nei confronti delle grandi concentrazioni (in sintesi, C. BENTIVOGLI-S. TRENTO, *Economia e politica della concorrenza: intervista antitrust e regolamentazione*, NIS, Roma, 1995, p. 51: «tesi di fondo della Scuola di Chicago è che, in assenza di interferenze statali, ogni posizione dominante è effimera oppure è il portato di una performance superiore»; cfr. anche F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 27 ss., spec. p. 42 ss.; interessante, rispetto all'esempio affrontato in queste note, soprattutto la ricostruzione critica di E. M. FOX, *Dopo Chicago, dopo Seattle e il dilemma della globalizzazione*, in *Merc. conc. reg.*, 2001, p. 53 ss.). Anche Google è cresciuta non semplicemente attraverso i «meriti», pur innegabili, della propria offerta e capacità d'innovazione, ma anche attraverso concentrazioni strategiche, che sono state autorizzate dalle autorità di controllo europee e statunitensi con una benevolenza priva di lungimiranza. Come giustamente osservano G.B. RAMELLO-F. SILVA, *Concorrenza e cambiamento nel mercato televisivo: il caso della pay-Tv*, in A. NICITA-G.B. RAMELLO-F. SILVA, *La nuova televisione. Economia, mercato, regole*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 105 ss., con riguardo alla questione – altrettanto delicata e cruciale per il futuro del mercato digitale – dell'accesso ai contenuti audiovisivi, «la logica *winner-takes-all* ha la conseguenza di dirigere la concorrenza verso un'interpretazione che mette al centro delle strategie l'esclusione dei concorrenti» con la possibilità «di alterare il percorso dell'innovazione tecnologica, 'catturato' in direzioni diverse da quelle che avrebbe preso in presenza di un libero operare del processo concorrenziale». Sul tema, se si vuole, si vedano anche le considerazioni sviluppate in B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in A. VARI, *Percorsi di diritto dell'informa-*

Google ha sviluppato un modello di monetizzazione dell'attenzione degli utenti del web, che si è rivelato vincente nella corsa per la conquista del mercato, attraversando una traiettoria ricostruibile *a posteriori* come una precisa strategia di dominanza, nutrita da una lungimirante consapevolezza delle dinamiche della rete.

Dapprima Google ha perseguito e raggiunto il predominio nella fornitura del servizio di ricerca orizzontale, guadagnando lo snodo attraverso cui tutti gli utenti passano per la navigazione in rete; quindi, attraverso una serie di acquisizioni, ha conquistato quote elevate nei mercati adiacenti dei servizi di intermediazione per la ricerca e della pubblicità sui motori di ricerca. È stato grazie alla sinergia tra le proprie attività in questi tre mercati che Google ha raggiunto il proprio vero potere di mercato²⁷.

Ma la posizione così raggiunta da Google non esaurisce la propria potenzialità nella mera redditività che essa garantisce, né la strategia espansiva di Google si è arrestata a questo punto. Come osserva ancora Renda, «dalla propria posizione privilegiata, tutto diventa più semplice, anche espandersi in settori limitrofi come la telefonia, la televisione, il *cloud computing* e molti altri schiacciando come pulci tutti i concorrenti, anche quelli più attrezzati»²⁸.

Non c'è limite alle potenzialità espansive del modello di Google, ma questa traiettoria non è certo l'esito naturale del funzionamento spontaneo di un impersonale meccanismo di mercato, bensì di una precisa intenzionalità dell'impresa, che si è concretizzata in una serie impressionante di contratti puramente strumentali ad accrescere i fattori di predominio del motore di ricerca e in un'altrettanto impressionante concentrazione di imprese, tutte cruciali per la politica espansiva di Google e tutte legate dal medesimo "filo rosso" dal punto di vista economico.

Certo, Google continua a subire la forte pressione concorrenziale da parte di soggetti che, sfruttando modelli di business differenti, ma seguendo la stessa logica, mirano a scalzarne lateralmente il predominio²⁹. Queste considerazioni, tuttavia, non attenuano la forte differenza tra l'immagine del mercato che emerge dall'analisi ora riportata e quella sottesa all'impostazione data dalla Commissione europea al caso Google.

Anzitutto, il modello di business di Google è costituito dal collegamento tra tre mercati, per modo che se si isola un unico mercato rilevante il senso dell'attività economica di Google sfugge completamente. Per la stessa ragione, le dinamiche concorrenziali non si svolgono all'interno di singoli mercati, ma tra imprese che agiscono su mercati differenti. E tutto ciò per la struttura stessa della rete, in cui il vero mercato è la cattura e la monetizzazione dell'attenzione degli utenti, a prescindere dal modo con cui questo avvenga³⁰.

zione, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2006, p. 311 ss., spec. p. 343 ss., nonché ID., *La televisione a pagamento tra concorrenza e pluralismo informativo*, ivi, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 273 ss.

27 «Attraverso questa concatenazione di quote di mercato, Google si trova a raccogliere informazioni sulle ricerche degli utenti finali, a utilizzarle per consentire un miglior *profiling* dei messaggi pubblicitari sul proprio sito e su quello di altri, e infine per vendere spazi pubblicitari caratterizzati da un significativo *click-through rate* proprio per la loro capacità di riflettere, come per magia, le preferenze rivelate e la collocazione geografica dell'utente finale» (A. RENDA, *Google il conquistatore*, cit., p. 277).

28 *Op. cit.*, p. 278 s.

29 Cfr., ad esempio, *Da Facebook uno choc a Wall Street: strapaga WhatsApp e investe sul futuro*, su *Repubblica.it* del 21 febbraio 2014; *Rakuten come Facebook: comprata Viber*, su *Corriere.it* del 23 febbraio 2014.

30 A riprova, l'affermazione di Zuckerberg sul perché Facebook ha comprato la chat WhatsApp a un prezzo stratosferico: "perché un servizio che può connettere un miliardo di persone vale molto di più di quella cifra" (conferenza del 24 febbraio 2014 al Mobile World Congress di Barcellona: A. SGHERZA, *Mwc 2014, Zuckerberg: WhatsApp non cambierà. E vogliamo portare internet a tutto il mondo*, su *Repubblica.it*, del 24 febbraio 2014).

Inoltre, il centro di gravità del mercato non sono gli utenti/consumatori, ma le imprese: la loro intenzionalità, il loro modello di business e le loro strategie, gli asset di cui dispongono, come li acquistano e come li dispongono sullo scacchiere, l'innovazione che fanno produrre, i rapporti di collaborazione che instaurano tra di loro e la reciprocità delle loro mosse quando sono rivali. Il meccanismo di questo mercato, se di meccanismo si può ancora parlare, non ha nulla di impersonale e di automatico nel suo funzionamento³¹.

Infine, il comportamento di mercato di un'impresa è la risultante di una traiettoria che proviene dal passato ed è costantemente proiettata nel futuro. Si prendono decisioni e si investe con degli scopi, in base a una visione; si ha successo o si fallisce; si impara, ci si adatta e si evolve: il tutto in un mondo nel quale si lotta per guadagnare un posizione strategica, per mantenerla e per espandersi facendo leva su di essa.

Certo, si può anche credere che alla fine tutto dipenda dalle scelte degli utenti/consumatori e dalla capacità dell'impresa di prevederne, intercettarne e perfino crearne le preferenze, ma se si tiene conto anche degli altri elementi sopra evidenziati, l'immagine del mercato che ne emerge non può essere comunque ridotta all'idea di una «leale competizione sui meriti» e resta quindi profondamente diversa rispetto a quella adottata dalla Commissione europea. A seconda del punto di vista dell'osservatore, il mercato si trasforma sensibilmente e i punti focali che determinano la variazione dell'immagine sono la scelta degli utenti/consumatori, da una parte, e le relazioni tra le imprese, dall'altra. L'affermazione di Almunia, secondo cui la missione dell'antitrust europeo sarebbe la tutela della concorrenza per il benessere dei consumatori e non la tutela dei concorrenti di Google contiene in realtà l'opzione per un certo modo di pensare al mercato, implicitamente selettiva dei fatti rilevanti da considerare.

3. IL MERCATO FINANZIARIO TRA EFFICIENZA ALLOCATIVA E DISTRUZIONE CREATIVA

*yet say this to the Possum: a bang, not a whimper,
with a bang not with a whimper,
To build the city of Dioce whose terraces are the colour of stars³²*

3.1. DA WALL STREET A PIAZZA AFFARI, IL MERCATO NON SI FERMA MAI... FINCHÉ C'È LIQUIDITÀ

Il 9 marzo 2009 la Borsa di Wall Street ha toccato il suo minimo storico, ma nei cinque anni trascorsi da allora ha continuato a crescere a ritmi sostenuti. Il 9 marzo 2014, lo Standard & Poor's 500 era salito del 177%, il Dow Jones del 151%, il Nasdaq del 242% e il Russell 2000 del 251%, rispetto alla stessa data di cinque anni prima³³.

L'impetuosa crescita di Wall Street si è svolta in parallelo rispetto all'altrettanto in-

³¹ Sotto questo profilo, pare da riprendere l'indicazione di L. AMMANNATI, *Diritto e mercato una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di 'transaction' di Commons*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 113 ss., circa l'importanza della nozione istituzionalistica di *transaction* come «categoria euristica per decifrare la complessità del mercato» (p. 149 s.), atta a introdurre nell'analisi «la dimensione orizzontale delle relazioni tra soggetti sul mercato e i modi in cui esse si strutturano e si realizzano» (p. 125).

³² E. Pound, *Pisan Cantos* (LXXIV).

³³ F. RAMPINI, *Wall Street, cinque anni da Toro. Ma la crisi può arrivare col sesto*, su *Repubblica.it* del 10 marzo 2014.

tensa e prolungata politica monetaria espansiva della Fed, motivata dall'esigenza di sostenere la crescita dell'economia reale. Se l'incidenza della politica monetaria sulle determinanti macroeconomiche della crescita è incerta e discussa, l'effetto sui mercati finanziari è viceversa diretto e determinante.

Com'è stato sottolineato, «la prima iniezione di liquidità del 2009 aveva avuto efficacia in termini di stabilità finanziaria, evitando una crisi ancor più profonda di Wall Street e le sue banche», ma oggi il problema è diventato quello di «far cessare una politica monetaria ultra espansiva, prima che da tendenzialmente neutrale per la crescita diventi prima o poi addirittura tossica attraverso il rischio di bolle, inflazionistiche e/o finanziarie». Ma l'atteggiamento della Fed sul punto appare diviso tra quelli «più preoccupati del rischio bolle» e quelli che vedono l'espansione monetaria come «una medicina per la crescita, magari con un costo da pagare in termini di rischio bolle, comunque ragionevole». Questo secondo scenario «piace molto a chi vede nella liquidità il suo carburante a basso costo, appunto Wall Street», che «accarezzava il sogno di uno stop al rientro dell'inondazione monetaria»³⁴.

In effetti, dalla fine della seconda guerra mondiale ad oggi, ci sono stati a Wall Street solo altri quattro periodi di sostenuto e prolungato rialzo paragonabili a quello attuale, che comunque li supera tutti per intensità. Ma nessuno dei precedenti periodi di crescita impetuosa è durato più di cinque anni e due di essi si sono conclusi con un crollo: quello del 1987 e, appunto, quello del 2007, di cui si stanno ancora pagando le conseguenze.

In Italia, la recessione dell'economia reale è ben lontana dall'essere stata superata, le aziende continuano a chiudere a un ritmo vertiginoso, la disoccupazione è salita al 12,9% e quella giovanile ha raggiunto il 42,4%, mentre l'andamento dei prezzi continua a viaggiare nei pressi della spirale deflattiva. Anche il rapporto tra debito pubblico e Pil continua a restare elevato, sia perché il Pil non cresce sia perché – almeno secondo la Bce – l'Italia non ha ancora attuato misure di risanamento sufficienti³⁵.

In queste condizioni, la situazione sulla nostra piazza finanziaria non dovrebbe essere rosea, almeno se si applicassero i criteri di rigorosa valutazione dello stato della nostra economia, che si diceva avessero orientato le aspettative degli operatori al momento della crisi del debito sovrano, determinando l'esplosione dello spread e la grande fuga di capitali finanziari dai Paesi mediterranei.

Invece, negli ultimi tre mesi sul mercato finanziario italiano (così come su quello spagnolo, portoghese e persino greco) si è concentrato un «enorme afflusso di capitali», che ha portato l'indice Ftse Mib della Borsa di Milano a un rialzo del 14% dall'inizio dell'anno e del 75% dal minimo storico toccato nel luglio 2012³⁶.

Commenta Riolfi: «se all'inizio erano state l'attrazione degli alti rendimenti e una maggior tolleranza al rischio a richiamare in Europa gli investitori, ora si ha l'impressione di essere nel pieno di una bolla speculativa, dove la componente rischio è considerata un fattore del tutto estraneo».

34 D. MASCIANDARO, *Una colomba furba a Wall Street*, su *Il Sole 24 Ore*, del 20 marzo 2014 (il titolo dell'articolo si riferisce alla decisione della nuova presidente della Fed, J. Yellen, di rinviare ulteriormente il piano di rientro della politica di espansione monetaria, preannunciato già dal suo predecessore, B. Bernanke, ma non ancora messo in atto).

35 *La Bce bacchetta l'Italia: "Non ha fatto progressi sul deficit"*, su *Repubblica.it* del 13 marzo 2014.

36 Si vedano gli articoli, pubblicati su *Il Sole 24 Ore* del 1° aprile 2014, di M. CELLINO, *Piazza Affari al top tra i listini mondiali*; A. FRANCESCHI, *Pioggia di miliardi in poco più di tre mesi*; W. RIOLFI, *Fondi pensione in cerca di bond sovrani*; M. LONGO, *Un rally speculativo a caccia di titoli sottovalutati*.

Nel frattempo, pare che la Bce si stia convertendo alla politica monetaria espansiva della Fed, al fine di stimolare la stentata crescita europea. Dopo la riunione del 3 aprile 2014, è emersa l'indicazione di «un possibile uso di misure non convenzionali per evitare che l'Eurozona scivoli nella deflazione» e subito è circolata la voce di un *quantitative easing*, ovvero di «un intervento in stile Fed», mirante all'acquisto di 1000 miliardi di titoli in un anno³⁷.

Malgrado l'incertezza circa gli effetti delle manovre espansive sull'economia reale, una tale iniezione diretta di liquidità porterà senz'altro ulteriore stimolo ai mercati finanziari³⁸. Infatti, è bastato l'annuncio della semplice possibilità della misura, reso credibile dall'avallo della Bundesbank³⁹, a spingere l'euforia sui mercati europei, specie su quelli italiano e spagnolo⁴⁰.

La cronaca di questi giorni, che si è sopra sintetizzata, solleva non solo ovvie preoccupazioni sulla possibilità di altre crisi finanziarie, ma anche interrogativi sul modo con cui è stato affrontato il problema della regolazione dei mercati in questione⁴¹.

Il tempo trascorso non ha fatto che confermare la preoccupazione di chi osservava che, siccome per gestire l'emergenza le autorità monetarie «hanno inondato i mercati di liquidità», ne discende che «le grandi banche superstiti hanno un *leverage* fortissimo», «i profitti sono notevolissimi nonostante (forse a causa del) la crisi», «tutte le attività a rischio» continuano ad avere «altissimi rialzi» e «indebitarsi è convenuto e conviene perché il tasso di interesse non è zero, ma negativo», per modo che «in definitiva, mentre si sta lavorando a creare nuove regole e infrastrutture per evitare che in futuro si formino bolle come quella esplosa nel 2007/2008, forse nel *day-by-day* si sta preparando la madre di tutte le bolle»⁴².

37 *La Bce lascia invariati allo 0,25% i tassi. Draghi: "Non escluso allentamento monetario"*, su *Repubblica.it* del 3 aprile 2014; *La Bce studia l'acquisto di 1.000 miliardi di titoli*, su *Repubblica.it* del 4 aprile 2014.

38 *Il Sole 24 Ore* del 5 aprile 2014 titola in prima pagina *Bce, piano da mille miliardi, mettendo immediatamente sotto in evidenza l'avvertimento dello chief economist di Moody's all'Italia: Subito le riforme o i mercati voltano le spalle*.

39 La Banca Centrale tedesca, infatti, era stata fino a questo momento contraria a politiche di allentamento quantitativo della moneta da parte della Bce. Infatti, *il Sole 24 Ore* del 5 aprile 2014 mette a pp. 2-3 gli approfondimenti relativi all'argomento sotto il titolo *La svolta di Francoforte*.

40 L'approfondimento di V. CARLINI, *BTP ai minimi storici, il mercato crede a Draghi*, su *il Sole 24 Ore* del 5 aprile 2014, p. 3, rileva che «la notizia, ovviamente, ha fatto gonfiare il petto degli investitori in Europa. E sono arrivati flussi in acquisto sugli asset dei Paesi periferici di Eurolandia» e la stessa dinamica «è stata replicata in quello azionario. Non è un caso che il comparto bancario (già comprato a mani basse nel 2014) ieri sia ancora salito». W. RIOLFI, *Bonos e BTP rendono come il Treasury*, ivi, p. 26, parla espressamente di «clima d'euforia». L'attesa è che il testimone delle politiche monetarie espansive passi dalla Fed alla Bce nel momento in cui, come pare inevitabile, la Fed cominci ad attuare, in ragione della crescita dell'occupazione, la progressiva stretta monetaria annunciata già da Bernanke.

41 Secondo la tassonomia basata sugli eventi, proposta da C. M. REINHART-K. S. ROGOFF, *This Time Is Different*, Princeton Univ. Press, 2009 (trad. it. *Questa volta è diverso*, il Saggiatore, Milano, 2010, p. 36), la crisi del 2007/2008, analogamente a quella del 1929, appartiene al tipo delle crisi bancarie, in quanto generata da «un prolungato deterioramento nella qualità degli attivi» degli istituti finanziari, cui ha fatto seguito «la chiusura, la fusione, l'acquisizione o l'aiuto pubblico su larga scala a un importante istituto finanziario (o gruppo di istituti) che segni l'inizio di una serie di operazioni analoghe per altri istituti finanziari» (cfr., in argomento, G. FONDERICO-G. VESPERINI, *Il salvataggio pubblico delle banche*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 17 ss.). Il problema di regolazione cui ci si riferisce nel testo, pertanto, riguarda anzitutto la disciplina dell'attività degli istituti finanziari e in particolare i temi dell'assunzione del rischio da parte di questi istituti, da un lato, e del rischio sistemico che la loro conseguente esposizione debitoria può provocare per la stabilità finanziaria, dall'altro. Su questi temi, cfr. M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Cedam, Padova, 2012. Gli altri aspetti che, dopo la crisi, sono stati posti sotto la lente della riforma regolatoria sono i derivati, le transazioni nei mercati non regolamentati, le vendite allo scoperto, le agenzie di rating e i principi di trasparenza contabile, su cui cfr. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 142 ss., *ma passim*; ID., *La riforma della regolamentazione e della vigilanza finanziaria*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi*, cit., p. 73 ss.

42 In questo senso, G. PRESTI, *Mezzi e fini della nuova regolazione finanziaria*, in *Banca, borsa, titoli credito*,

3.2. UN MERCATO DI RILEVANZA MACROECONOMICA (DE) REGOLAMENTATO IN UNA LOGICA MICROECONOMICA

La crisi del 2008 ha minato molte certezze sui mercati finanziari, ma non quella sulla quale si reggono, ovvero la fiducia nella possibilità di calcolare adeguatamente il rischio⁴³. Proprio per questo, i maggiori dubbi si sono concentrati non sul funzionamento in sé di questi mercati, bensì sull'adeguatezza del relativo sistema regolatorio.

Le caratteristiche dei mercati sono state date per note, la diagnosi della malattia è stata presto fatta e si è passati immediatamente alla progettazione dei rimedi⁴⁴. Questa sicurezza sulle cause della crisi finanziaria appare per certi versi inspiegabile, perché, se le criticità erano davvero tanto evidenti, non si riesce a comprendere come esse non possano essere state viste chiaramente prima della crisi. Il contrasto tra la cecità pre-crisi e la chiara visione post-crisi è troppo netto per non far sorgere il dubbio che anche ora si continui a procedere senza tener conto (non importa se più o meno consapevolmente) delle determinanti effettive di questo genere di mercati⁴⁵.

La risposta che alcuni commentatori hanno dato, ossia che il prevalere di una visione utopica dell'economia di mercato avesse accecato le autorità di controllo, non soddisfa appieno⁴⁶. Certamente la liberalizzazione dei mercati finanziari è stata sorretta da una eccessiva fiducia nella capacità di autoregolamentazione del mercato e probabilmente questa fiducia non è ancora venuta meno del tutto, anzi. Tuttavia, c'è un ulteriore aspetto che merita di essere sottoposto a verifica nell'ambito delle discussioni sulla riforma della regolazione del settore.

Nel suo famoso articolo del 1970 sull'ipotesi di efficienza dei mercati finanziari, Eugene Fama riassume così la visione neoclassica standard: «*the primary role of the capital market is allocation of ownership of the economy's capital stock. In general terms, the ideal is a market in which prices provide accurate signals for resource allocation: that is, a market in which firms can make production-investment decisions, and investors can choose among the securities that represent ownership of firms' activities under the assumption that security prices at any time 'fully*

2010, p. 208 ss., il quale riprendeva l'ammonimento di N. ROUBINI, *Le meravigliose bolle di sapone Carry Trade*, su *il Sole 24 Ore* del 3 novembre 2009.

43 Non a caso lo scorso anno il premio Nobel per l'economia è stato assegnato a Eugene F. Fama, Lars Peter Hansen e Robert J. Shiller, per i loro studi statistici sulla possibilità di prevedere le variazioni di lungo periodo dei prezzi degli asset finanziari (R. SORRENTINO, *Un Nobel alla finanza (di lungo periodo)*, su *il Sole 24 Ore* del 14 ottobre 2013). Nonostante le loro visioni profondamente diverse dei mercati in questione (il nome di Fama è legato alla teoria dei mercati finanziari efficienti, mentre quello di Shiller alla teoria dell'euforia irrazionale), questi studiosi condividono la fiducia sulla possibilità di rintracciare una qualche prevedibile regolarità nell'andamento dei mercati. Invece, per una critica radicale, su fondamenti matematico-statistici, all'illusione che il rischio possa essere previsto, B.B. MANDELROT-R.L. HUDSON, *The (mis)Behavior of Markets. A Fractal View of Risk, Ruin, and Reward*, Profile Books, London, 2004 (trad. it., *Il disordine dei mercati. Una visione frattale di rischio, rovina e redditività*, Einaudi, Torino, 2005, p. 20), ove recisamente si afferma che «le oscillazioni estreme dei prezzi sono la norma nei mercati finanziari, non aberrazioni che si possono ignorare».

44 Giustamente, nel 2010 G. PRESTI, *Mezzi e fini* cit., di fronte «all'alluvione di piani d'azione, progetti, cantieri in corso per procedere a una *new foundation* del sistema finanziario internazionale», sottolineava come sorgesse «il bisogno di riflettere in termini generali sulla correttezza dei fini che questa massa di iniziative ... vanno perseguendo e sulla coerenza degli strumenti, sostanziali e procedurali, prescelti rispetto ai fini perseguiti».

45 Si tenga presente l'osservazione secondo cui anche rispetto alla crisi del 1929 vi fu uno «stretto legame tra le misure di intervento e le cause della crisi più prossime e facilmente individuabili – verosimilmente anche quelle meno decisive per gli sviluppi futuri delle economie interessate – mentre le cause più profonde che si intedevano contrastare restarono in larga parte inspiegate e perciò prive di risposte mirate» (G. FONDERICO-G. VESPERINI, *Il salvataggio*, cit., p. 34).

46 In tal senso, J. CASSIDY, *How Markets Fail. The Logic of Economics Calamities*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009 (trad. it. *Come crollano i mercati*, Einaudi, Torino, 2011).

reflect all available information»⁴⁷.

Il mercato finanziario è un mercato perché i capitali sono risorse che si possono allocare agli impieghi produttivi, nella maniera più efficiente, in base al meccanismo dei prezzi.

Sicuramente, non era questa la visione del mercato finanziario incorporata nelle severe limitazioni cui il suo funzionamento era stato sottoposto dopo la crisi del 1929 e, alla fine della seconda guerra mondiale, nel sistema di Bretton Woods⁴⁸. Quelle restrizioni erano emerse dall'esperienza di un mercato dei capitali autocefalo, incline al rischio sconsiderato e funzionante in base ad aspettative illusorie circa l'andamento dell'economia reale⁴⁹.

La ripresa e l'aggiornamento della visione neoclassica del sistema finanziario come mercato, ossia come strumento di allocazione efficiente delle risorse tramite un meccanismo di prezzi gravitante attorno al prezzo d'equilibrio concorrenziale, ha rappresentato un ingrediente essenziale delle politiche di smantellamento degli accordi di Bretton Woods e di liberazione dalle restrizioni introdotte negli anni '30. Ecco perché quella immagine è così importante: essa ha consentito di esorcizzare il fantasma del crollo di Wall Street e di riconquistare alla piena libertà di scambio l'intera dimensione dell'investimento finanziario su scala mondiale.

È stato efficacemente sottolineato, in proposito, che «il sistema della fine del XX sec. è guidato e influenzato dalle forze di mercato. Il mercato determina i tassi di cambio delle principali monete e governa il processo di creazione e distribuzione della liquidità internazionale, decidendo quali sono le imprese, gli operatori e i governi "affidabili" e a quali condizioni», senza alcuna «istituzione centrale, responsabile della regia generale» e senza alcun insieme uniforme di «regole sancite da un trattato internazionale»⁵⁰.

Il funzionamento di questo mercato di rilevanza per così dire macroeconomica è stato però pensato, quindi regolato, nei termini della microeconomia neoclassica e della teoria delle scelte razionali, ovvero concentrandosi sulla libertà e sul comportamento economico del singolo operatore, da un lato, ed enfatizzando il

47 E.F. FAMA, *Efficient capital markets: a review of theory and empirical work*, in *J. Finance*, 25, 2, 1970, p. 383 ss.

48 F. SACCOMANNI, *Tigri globali, domatori nazionali*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 15 ss. I due aspetti segnalati nel testo devono essere tenuti distinti. Le misure approvate in seguito alla crisi del 1929 hanno riguardato il regime degli istituti finanziari, limitandone l'operatività sotto tre profili ritenuti imprescindibili per evitare che si ripresentassero le condizioni di rischio sistemico che avevano scatenato la crisi: separazione tra istituti di credito e banche d'affari (con divieto dei primi di operare sui mercati finanziari); divieto per le banche d'affari di operare in mercati non regolamentati; divieti di concentrazioni, finalizzati a evitare che le banche d'affari raggiungessero dimensioni tali da poter condizionare l'andamento del mercato e da produrre rischi di carattere sistemico. Questo modello, introdotto dalla legge bancaria statunitense del 1933 (*Glass-Steagall Act*) e replicato, pur con diverse variazioni, nei Paesi europei (fra cui la nostra legge bancaria del 1936), si è conservato fino all'avvento dell'ondata di deregulation neoliberista degli anni '80 (cfr. infra). Si veda in proposito S. CASSESE, *La lunga durata delle istituzioni economiche degli anni Trenta*, in *Le istituzioni finanziarie degli anni Trenta nell'Europa continentale*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 197 ss. Invece, le misure approvate a Bretton Woods alla fine della seconda guerra mondiale avevano di mira la disciplina dei rapporti economici tra gli Stati, quindi principalmente i rapporti tra politiche monetarie, politiche commerciali e politiche economiche interne. In questo contesto, le restrizioni alla libera circolazione dei capitali perseguivano principalmente il fine di salvaguardare la stabilità monetaria, ma avevano anche l'effetto di compartimentare a livello nazionale i mercati finanziari.

49 Essenziale il riferimento a H. MINSKY, *John Maynard Keynes*, New York, Columbia Univ. Press, 1975 (trad. it. Keynes e l'instabilità del capitalismo, Bollati Boringhieri, Torino, 1981-2009), il quale, criticando la c.d. sintesi neoclassica, ha sviluppato l'ipotesi dell'instabilità dei sistemi finanziari, ragion per la quale, per indicare la crisi del 2007/2008 si è diffusa l'espressione di Minsky moment: cfr. N. ROUBINI-S. MIHM, *A Crash Course in the Future of Finance*, The Penguin Press, New York, 2010 (trad. it., *La crisi non è finita*, Feltrinelli, Milano, p. 110 ss.); P. KRUGMAN, *End This Depression Now!*, Northon % Company, New York, 2012 (trad. it., *Fuori da questa crisi, adesso!*, Garzanti, Milano, 2012, p. 53 ss.).

50 F. SACCOMANNI, *op. cit.*, p. 21.

carattere impersonale delle forze di mercato, dall'altro.

È sulla base di questi presupposti che è maturato l'abbandono della vigilanza strutturale a favore della vigilanza prudenziale, ovvero l'eliminazione di tutti i vincoli che erano stati introdotti negli anni '30, al fine di limitare l'operatività e le dimensioni degli intermediari finanziari, con l'instaurazione di un sistema nel quale agli intermediari viene assicurata la più ampia libertà economica e li si sottopone a obblighi di trasparenza e a requisiti patrimoniali finalizzati a incentivare l'internalizzazione del rischio e a razionalizzarne l'assunzione⁵¹.

Quando la crisi del 2007/2008 ha rivelato l'esistenza di un intero sistema finanziario fondato sulla moltiplicazione incontrollata del rischio di credito⁵², la reazione regolatoria ha continuato a muoversi nell'ambito della concezione prudenziale della vigilanza e sulla base della stessa fiducia nella capacità del mercato di ripristinare condizioni di corretto funzionamento, una volta eliminati gli ostacoli alla corretta percezione del rischio da parte degli operatori.

La direzione riformatrice si è, quindi, incanalata verso l'uniformazione delle regole prudenziali, il rafforzamento dei meccanismi di vigilanza, l'individuazione ex ante e l'emersione dei rischi, la loro internalizzazione come costi degli intermediari e la riduzione degli incentivi alla loro assunzione⁵³. In questo ambito, è stata prevista anche una disciplina *ad hoc* per gli operatori a rilevanza sistemica, che sono in grado, per le loro dimensioni e capacità operativa, di introdurre rischi eccessivi per la stabilità del sistema finanziario⁵⁴.

51 Negli Stati Uniti questo processo di smantellamento delle regole strutturali introdotte negli anni trenta è culminato con l'abolizione del *Glass-Steagall Act* ad opera del Gramm-Leach-Bliley Act, firmato dal Presidente Clinton nel 1999 (cfr. N. ROUBINI-S. MIHM, *La crisi non è finita*, cit., p. 94 s.). A livello europeo, l'apertura alla concorrenza del settore bancario, con l'espressa preferenza per la banca universale, è stata realizzata dalla direttiva 646/89/CE, modello cui l'Italia si è conformata con i due testi unici sulle banche (d.lgs. n. 385/1993) e il mercato finanziario (d.lgs. n. 58/1998), nonché con la privatizzazione degli istituti di credito statali. Sul passaggio da una disciplina basata su vincoli all'operatività degli istituti finanziari (vigilanza strutturale) a regole che, presupponendo la piena libertà operativa degli istituti finanziari, stabiliscono requisiti di capitale e obblighi di trasparenza (vigilanza prudenziale), cfr. C. BRESCIA MORRA, *La disciplina dei controlli pubblici sulla finanza*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, 3 ed., t. 1, Cedam, Padova, 2010, p. 303 ss.

52 Si tende oggi a ricollegare la proliferazione incontrollata del rischio «all'evoluzione dell'attività bancaria e al passaggio dal modello tradizionale a quello c.d. *originate to distribute*», a seguito del quale «si sono spersonalizzati i rapporti e le concessioni di credito sono state basate, più che sul merito di credito, sulla possibilità di trasformare i crediti in titoli da cedere prontamente sul mercato; i profitti si sono trasformati da interessi, che maturano progressivamente nel corso del tempo, in differenziali di prezzo e commissioni, a maturazione immediata, così favorendo una prospettiva di breve periodo; l'importanza degli stock di credito è stata sostituita da quella dei flussi e della loro velocità di rotazione; la convenienza e, quindi, l'uso della leva finanziaria, con il finanziamento dell'attivo tramite raccolta dei capitali sui mercati a breve termine, è enormemente aumentata» (G. PRESTI, *op. cit.*).

53 Si tratta, in primo luogo, della revisione dei requisiti di capitale delle banche introdotta dall'Accordo Basilea III, al fine di internalizzare il rischio di credito, ridurre la possibilità di *leverage* e disincentivare il ricorso al c.d. arbitraggio regolatorio; la disciplina dei derivati over the counter, mirante a sottoporre gli scambi a un sistema centralizzato, e delle vendite allo scoperto, rivolta a limitarne l'ammissibilità, al fine di disincentivarne l'uso speculativo; l'introduzione di controlli sulle agenzie di *rating*, volto a ridurre l'impatto negativo dei conflitti di interesse in cui le agenzie si trovano avviluppate (per una ricostruzione di questi interventi e delle valutazioni critiche cui sono stati sottoposti, cfr. M. DE BELLIS, *La riforma della regolazione*, cit., p. 90 ss.; sul problema dei mercati non regolamentati cfr., inoltre, R. TAROLLI, *Il fallimento del mercato e i suoi antidoti: la proposta di regolamento CE ed i sistemi di controparte centrale*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 755 ss.; L. SASSO, *L'impatto sul mercato dei derivati OTC*, *ivi*, 2012, p. 899 ss.) A lato, si pone il problema dell'architettura della vigilanza, rispetto al quale le politiche di riforma si sono mosse all'insegna dell'esigenza di ridurre la frammentazione dei soggetti preposti, per aumentare l'efficacia della supervisione (cfr., in generale, E. CHITI, *Le architetture istituzionali della vigilanza finanziaria*, in G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi*, cit., p. 157 ss.). Strettamente correlata alla questione dell'effettività della vigilanza è quella relativa alla gestione delle crisi bancarie, rispetto alla quale l'Europa si è avviata nella direzione di «ripristinare una disciplina di mercato derivante dal deterrente costituito dalla minaccia di fallimento», come recita la proposta di direttiva avanzata dalla Commissione (Com (2010) 579 def, p. 2), sulla quale è stato raggiunto un accordo dei governi europei il 12 dicembre 2013, che dovrebbe portare alla codificazione del principio del *bail-in*.

54 Tuttavia, a questa consapevolezza si è giunti unicamente dal lato del problema del too big to fail (cfr. M. DE

In Europa e a livello internazionale sono state, invece, accantonate le proposte di ritornare a forme rigorose di vigilanza strutturale, analoghe a quelle introdotte negli anni '30 dello scorso secolo⁵⁵. Ed anche negli Stati Uniti, dove la riforma del 2010 si è mossa nella direzione di un ritorno a forme di limitazione della capacità operativa degli operatori finanziari, il lungo tempo di attuazione dei nuovi principi ha portato a un notevole ammorbidimento delle restrizioni, nel segno di una impostazione ancora prevalentemente prudenziale⁵⁶.

3.3. GLOBAL PLAYERS, CONCORRENZA E RISCHIO, STANDARDIZZAZIONE, ASPETTATIVE E TELEMATICA: ONE WAY MARKET BOOM AND BUST

Il fatto che a sette anni dallo scoppio della crisi nessuna riforma organica sia ancora operativa, mentre, come si è visto, continuano a restare attive le politiche di allentamento monetario d'emergenza, che assicurano ai mercati finanziari una disponibilità illimitata di liquidità e incentivano ulteriormente la propensione al rischio incontrollato, suggerisce di spostare il fuoco dell'analisi dall'assunzione del rischio (variabile del comportamento individuale degli operatori) al rischio insisto nelle stesse modalità di funzionamento dei mercati finanziari (variabile oggettiva e strutturale).

Sotto questo profilo, decisivo per l'affermarsi della globalizzazione finanziaria è stato «il processo di consolidamento a livello internazionale degli intermediari bancari e finanziari, che a seguito di fusioni e acquisizioni ha drasticamente ridotto il

BELLIS, *La riforma*, cit., p. 126 ss.), mentre finora è restata in ombra la questione della capacità dei maggiori operatori di condizionare volontariamente il mercato, sfruttandone le caratteristiche strutturali e le modalità di funzionamento. Eppure, il problema è stato da tempo segnalato. Ad esempio, F. SACCOMANNI, op. cit., p. 251, ricorda che «vi sarebbe una certa evidenza che le operazioni di alcuni importanti intermediari sarebbero effettivamente in grado di orientare il mercato», riferendosi al rapporto *Defining a Macroeconomic Framework for the Euro Area. Monitoring the European Central Bank 3*, London, Centre for Economic Policy Research, 2001.

55 Ci si riferisce al Rapporto Vickers della britannica Independent Commission on Banking, del 12 settembre 2011 e al Rapporto Liikanen, *On reforming the structure of the EU banking sector*, commissionato dalla Commissione europea, del 2 ottobre 2012. Con riferimento all'avvio dei lavori della Commissione Vickers, si era pronunciato decisamente a favore del ritorno alla separazione strutturale tra banca commerciale e banca d'investimento, D. MASCIANDARO, *Lezione inglese per le banche*, in *il Sole 24 Ore* del 16 giugno 2011, osservando, da un lato, che «lo sviluppo incontrollato e complesso dell'indebitamento privato ha ricevuto un contributo importante fra l'altro dall'abolizione della separatezza tra le banche d'investimento e le banche commerciali» e sottolineando, dall'altro, l'inutilità di un «restauro conservativo della vigilanza prudenziale» come quello di Basilea III. L'Autore ha sviluppato in successivi interventi la sua riflessione critica sulla vigilanza prudenziale e sulla necessità di ripristinare la vigilanza strutturale. Importanti, ai fini del presente lavoro, paiono soprattutto le considerazioni svolte in D. MASCIANDARO, *Basta regali, ora si faccia una riforma vera*, su *il Sole 24 Ore* dell'8 gennaio 2013, ove si osservava che «dalla fine degli anni '80 l'approccio di Basilea è divenuto vincente perché nella scienza economica è divenuta dominante l'idea che il rischio si potesse sempre e comunque misurare. Se posso misurare il rischio, posso chiedere ad ogni banca il capitale di rischio sufficiente per evitare che combini guai. Ma se in media nessuna banca può combinare guai, allora il problema del rischio sistemico è definitivamente risolto», e tuttavia con la crisi finanziaria «l'approccio di Basilea si è rivelato perdente perché ha dato la risposta sbagliata alla domanda fondamentale per cui è necessario sottoporre le banche ad una vigilanza particolare. Le banche sono infatti imprese speciali: possono creare del loro debito che noi utilizziamo come mezzo di pagamento (depositi) per finanziare altro debito, cioè credito per le imprese, le famiglie e lo Stato. Ed allora il quesito cruciale è: come evitare che le banche possano causare danni sistemici all'economia in cui operano?». Si veda, inoltre, ID., *L'Unione bancaria serve più dei tassi*, su *il Sole 24 Ore* del 6 dicembre 2013, e, da ultimo, *Da Basilea 3 per ora più rischi che vantaggi*, su *il Sole 24 Ore* del 5 gennaio 2014, ove si colpisce il presupposto fallace della vigilanza prudenziale, ovvero la credenza che sia possibile «individuare la giusta ponderazione del rischio», sottolineandone anche la pericolosità, «perché illude di garantire la stabilità sistemica». Sull'alternativa tra le due forme di regolazione degli istituti finanziari, cfr. anche E. BANI, *Regolazione strutturale contro regolazione prudenziale: gli insegnamenti delle crisi*, Giappichelli, Torino, 2012.

56 Ci si riferisce alla *Volcker Rule*, contenuta nel *Dodd Frank Act*, mirante in origine a vietare alle banche la gestione di *hedge funds* e di fondi di *private equity*, nonché il *trading* in proprio, ma poi sottoposta a relevantissime eccezioni e, soprattutto, trasformata in una indicazione di massima la cui specificazione è rimessa alla valutazione prudenziale delle autorità di vigilanza (grazie, in particolare, alla non chiara distinzione tra attività di *hedging*, consentita, o di *proprietary trading*, non consentita).

numero dei *global players* attivi sul mercato, accrescendone, nel contempo, le dimensioni e le potenzialità operative»⁵⁷.

I *global players* sono i protagonisti della globalizzazione finanziaria. La loro caratteristica è di essere presenti simultaneamente in tutti i paesi e in tutti i mercati, di utilizzare un'ampia serie di strumenti finanziari e di esercitare cumulativamente una pluralità di funzioni (investimento di risparmi dei clienti, investimenti propri, copertura di rischi, speculazione). Tutte queste attività sono svolte secondo una strategia complessiva di massimizzazione del profitto, che dovrebbe essere bilanciata dall'esigenza di contenimento del rischio entro limiti accettabili, considerate le riserve di liquidità dell'azienda.

Ma l'equilibrio tra rischio e prudenza appare davvero precario, perché l'ambiente entro cui operano i *global payers* è altamente competitivo e ciò determina la tendenza di fondo del mercato finanziario: «poiché il meccanismo della concorrenza tende a ridurre i rendimenti sugli investimenti meno rischiosi, la ricerca di margini più elevati passa necessariamente attraverso finanziamenti di contropartite o clientela più rischiosa o con limitato accesso al mercato e quindi disposta a pagare maggiori interessi».

Siccome «la ricerca di più alti rendimenti comporta l'assunzione di maggiori rischi», si comprende perché «la principale deficienza strutturale del mercato finanziario globale sembra essere la tendenza degli operatori a sottovalutare il rischio di credito e a sopravvalutare il grado di liquidità del mercato da cui dipende la possibilità di uscire senza perdita da un'operazione divenuta troppo rischiosa».

Altrettanto importante è considerare l'incidenza degli stessi strumenti di gestione del rischio, imposti dalla vigilanza prudenziale. Il maggior pericolo di tali modelli matematici non è quello di dare un'illusione di sicurezza, bensì quello di essere standardizzati e quindi di «generare una certa uniformità di comportamento tra gli intermediari, che contribuisce ad amplificare l'espansione e la contrazione dei flussi finanziari», generando il noto e potenzialmente devastante comportamento del gregge (*herd behavior*).

Una tale modalità standardizzata di comportamento non fa che accentuare il tipico modo di reagire, sul mercato finanziario, al modificarsi delle aspettative sul rischio, chiudendo precipitosamente le posizioni senza aspettare l'evolversi della situazione. Le aspettative, peraltro, sono interpretate secondo la c.d. convenzione dominante, la quale pure concorre a produrre uniformità di comportamenti, i quali risultano tanto più volatili quanto più le tecnologie informatiche tendono a schiacciare le strategie operative su aspettative di breve durata.

Questo insieme di condizioni rende ragione del fatto che dai comportamenti cumulativi degli operatori finanziari «possono derivare situazioni di eccesso di liquidità internazionale, cui fanno seguito repentine condizioni di illiquidità e di crisi (*boom and bust cycles*)».

Peraltro, siccome le situazioni in cui il mercato si muove univocamente al ribasso (*one way market*) sono tipicamente quelle favorevoli all'arbitraggio speculativo e siccome il sistema favorisce il comportamento del gregge, in un contesto nel quale i pochi operatori globali posseggono dimensioni tali da rendere loro possibile inviare input determinanti al mercato, esistono elementi sufficienti per prendere in considerazione la possibilità che la tendenza a procedere per ampie oscillazioni di ascesa e caduta non appartenga alla patologia, ma sia la modalità di funziona-

57 F. SACCOMANNI, *op. cit.*, p. 27, cui si riferiscono anche le altre citazioni che seguono nel testo.

mento normale del mercato finanziario attuale.

Riguardato in questa prospettiva, il mercato finanziario assume una sembianza in parte analoga a quella in precedenza registrata per il mercato della rete internet. Anche se si tratta di una situazione in cui si compete nel mercato e non per il mercato (che non ha una struttura *winner take all*), la dinamica delle transazioni finanziarie è suscettibile di produrre reddito a diversi livelli sovrapposti tra di loro e sussiste una netta distinzione tra il gregge degli investitori e i pochi grandi *global players* che cavalcano e orientano il mercato.

In una logica di funzionamento di questo genere, non si può dire che il mercato finanziario sia al servizio dell'economia reale, né che esso sia uno strumento (non importa se efficiente o inefficiente) di allocazione dei capitali. Queste funzioni sono svolte solo di riflesso (ed eventualmente) da un sistema che ha per fine la produzione di reddito attraverso la compravendita di titoli e tende a muoversi naturalmente verso una sempre maggiore amplificazione di questa sua capacità di generare profitti autonomamente.

Non è compito di questo scritto trarre conclusioni dalle riflessioni sui mercati finanziari sopra richiamate, né prendere posizione sul tema della loro regolazione. È importante invece sottolineare quanto l'immagine del mercato sia in grado di condizionare la percezione delle esigenze regolatorie e della loro stessa urgenza e imprescindibilità. L'immagine dominante del mercato finanziario conduce a considerare le regole sul rischio non come elementi imprescindibili per il funzionamento del mercato, ma come la rimozione degli ostacoli a un funzionamento equilibrato che il mercato sarebbe di per sé in grado di assicurare. Forse anche per questa ragione, il mercato finanziario continua ancora oggi a funzionare secondo le proprie logiche interne, mentre le riforme veramente necessarie della regolazione sono ancora molto al di là da venire.

4. L'IMMAGINE DEL MERCATO NELLA REGOLAZIONE E LA REGOLAZIONE COME OGGETTO DI APPRENDIMENTO DA PARTE DEL MERCATO

*Go, go, go, said the bird: human kind
Cannot bear very much reality*⁵⁸

L'intervento regolatorio è sempre il frutto di una scelta. La questione regolatoria si pone, infatti, quando vi siano delle alternative rispetto a un profilo di funzionamento del mercato, che genera o potrà generare problemi in ordine a valori o interessi da salvaguardare⁵⁹.

Ogni questione regolatoria richiede al decisore di stabilire, date la realtà attuale del mercato e le sue modalità di funzionamento, quali potrebbero essere gli effetti dell'intervenire o del non intervenire o dell'intervenire in un modo piuttosto che in un altro. Pertanto, una qualche immagine del mercato deve essere sempre assunta dal regolatore come presupposto della propria valutazione, sia per quanto

58 T.S. ELIOT, *Four Quartets*, I (*Burnt Norton*), pp. 42-43.

59 Quanto affermato nel testo deve essere inteso in maniera forte. Come sottolinea J. DESAUTELS-STEIN, *Market as a Legal Concept*, in *Buffalo Law Rev.*, vol. 60 (2012), p. 387 ss., spec. p. 392, occorre stare in guardia dal credere che alcune regole siano naturali o necessarie: *in doing so, we protect ourselves from the common mistake of confusing the abstract conception of the market with a particular and contingent set of market institutions*, perché si tratta sempre di *choices with consequences ... and there is simply nothing natural about it.*; proprio per questo, *remembering that the market is a legal concept, and not a natural entity, assists us when we hope to challenge settled expectations about what is and what is not possible.*

riguarda la situazione attuale sia per quanto riguarda la sua proiezione futura. Siccome la complessità del mercato e l'imponderabilità della previsione in ordine ai suoi sviluppi futuri generano delicati problemi di valutazione, occorre chiedersi se l'immagine del mercato utilizzata dal regolatore corrisponda, o quantomeno si sforzi di corrispondere, alla realtà effettiva del particolare mercato preso in considerazione⁶⁰.

Un recente studio ha rilevato la tendenza a ridurre l'indeterminatezza legale del concetto giuridico di mercato mediante presunzioni e semplificazioni, che veicolano un'immagine astratta e fittiziamente universale del mercato, invece di confrontarsi con la realtà particolare del singolo mercato che forma oggetto della questione regolatoria da risolvere⁶¹.

Molto spesso gli argomenti relativi agli effetti benefici o dannosi del mercato presuppongono tacitamente la *unexamined assumption* secondo cui *the markets we are referencing are particular types or structures of markets*, ma la presenza di presupposti impliciti espone l'analisi al rischio di cadere nella *seductive reification fallacy of assuming that extant markets mimic the ideal abstraction of the market*⁶². Questo rischio appare tanto più accentuato quanto meno il quadro normativo entro cui s'inscrive la questione regolatoria definisca le caratteristiche rilevanti del mercato da prendere in considerazione.

Come si è visto dai due esempi esaminati nei paragrafi che precedono, il significato dei problemi regolatori è suscettibile di variare in maniera determinante a seconda delle caratteristiche che si ritengono rilevanti per la definizione di un particolare mercato. E il problema della scarsa tipizzazione normativa dei mercati rilevanti è uno dei più difficili che l'analisi giuridica della regolazione si trova ad affrontare⁶³.

60 Vero è che al mercato si ataglia bene la teoria della complessità elaborata dalla fisica teorica, per la quale «incessanti processi di interazione a livello disaggregato sono suscettibili sia di modificare i comportamenti degli aggregati che di alterare le stesse condizioni strutturali del sistema producendo effetti non deterministici», C. ANTONELLI, *Prefazione* a M.C. TAYLOR, *Il momento della complessità. L'emergere di una cultura a rete*, Codice, Torino, 2005, p. XI. Ma la regolazione molto spesso pecca di scarsa considerazione per il potenziale che una concreta situazione di mercato è in grado di esprimere. Un esempio illuminante è rappresentato dalla storia che ha condotto la televisione via cavo a diventare dominante negli USA, schiacciando la televisione *free-to-air* (fta). Come osservano G.B. RAMELLO-F. SILVA, *Concorrenza e cambiamento nel mercato televisivo*, cit., p. 93 ss. (cui si rinvia anche per l'efficace sintesi critica della vicenda e per le relative indicazioni bibliografiche), a un certo punto «la Fcc limitò in modo sostanziale l'offerta di contenuti sportivi, di serie televisive e altro ancora al fine di evitare lo svuotamento dei canali Fta, emanando le cosiddette restrizioni *antisiphoning*, e introdusse la disciplina del *must carry* che, per evitare la scomparsa delle emittenti locali non attrezzate per competere con la capillare distribuzione del cavo, obbligava gli operatori di tale piattaforma a distribuire *ex lege* e gratuitamente le emittenti Fta che ne avessero fatto domanda». Questa regolazione ha subito una vera e propria eterogenesi dei fini: «è stata oggetto di dure critiche da parte degli operatori via cavo, ma nel lungo periodo ha rafforzato la diffusione della piattaforma come canale d'accesso privilegiato ai consumi televisivi statunitensi, producendo importanti inezie nelle scelte, che persistono ancora oggi, nonostante la presenza di piattaforme distributive alternative quali il satellite». Per fare un altro esempio (importante anche a livello simbolico, perché legato al processo di integrazione europea e al tema della globalizzazione) di quanto le assunzioni teoriche possano essere smentite dal funzionamento reale delle dinamiche di mercato, si pensi all'esito che ha avuto la costruzione del mercato unico europeo: «secondo i principi del libero scambio, uno spazio economico integrato dovrebbe favorire le tendenze alla specializzazione settoriale attraverso cui gli Stati si concentrano su quelle attività produttive in cui hanno dei vantaggi comparati», ma nel mercato unico «l'attesa specializzazione settoriale non è avvenuta, ma si è approfondita la specializzazione produttiva. In sostanza, le imprese, piuttosto che cessare le proprie attività con pesanti costi sociali, hanno puntato su una forte specializzazione dei prodotti in termini di qualità e di prezzo all'interno dello stesso settore industriale» (R. SANTANIELLO, *Il mercato unico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 55).

61 N. BROWNE-F. BOUZAT, *The Contingent Ethics of Market Transactions: Linking the Regulation of Business to Specific Forms of Markets*, in *Charleston L. Rev.*, 6, 2012, p. 163 ss.

62 *Op. cit.*, pp. 163 e 180.

63 Il problema della individuazione del mercato rilevante è stato particolarmente studiato in relazione all'applicazione della disciplina antitrust, ove costituisce un elemento imprescindibile della fattispecie anticoncorrenziale,

Un concetto normativo vago disegna astrattamente un mercato accomodante, sotto il quale diventa facile presumere che la realtà concreta sia qualcosa di simile a un mercato concorrenziale⁶⁴.

La presunzione più insidiosa è quella secondo cui *that a group of buyers encounters a group of sellers in some market context is enough ... to pledge allegiance to market logic*⁶⁵. In questa prospettiva, non c'è settore economico cui non

essendo «funzionale alla valutazione del potere di mercato» (M. MOTTA-M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 89 ss.), ma è forse ancor più determinante (e difficile) per la regolazione, nella misura in cui si pretenda che le limitazioni imposte alla libertà d'impresa abbiano fondamento in una salda analisi economica. Tanto è oggi espressamente previsto nel settore delle comunicazioni elettroniche dalla direttiva quadro 2002/21/CE, al fine di evitare che siano imposti *ex ante* agli operatori «obblighi ingiustificati» (considerando 25-28), recepita sul punto dall'art. 18 del d.lgs. n. 259/2003, ai sensi del quale l'Autorità di regolazione «definisce i mercati rilevanti conformemente ai principi del diritto della concorrenza e sulla base delle caratteristiche e della struttura del mercato». In linea generale, il mercato dovrebbe essere definito sulla base degli elementi (prodotti o aree geografiche) «che determinano delle significative interazioni tra le imprese coinvolte» (M. MOTTA-M. POLO, *op. cit.*, p. 90), ma il significato di queste interazioni varia sensibilmente, poiché «mentre l'analisi antitrust è effettuata avendo in mente le attività di una o più imprese e l'impatto concorrenziale dei rispettivi comportamenti (o atti concentrativi), la valutazione regolatoria deve essere compiuta con una visione prospettica del prossimo sviluppo del mercato, con riferimento a quest'ultimo nel suo complesso ... La differenza potrebbe sembrare solo normale, ma il secondo esercizio è più complesso e potrebbe condurre alla definizione di mercati più ampi» (S. CIULLO, *Presupposti sostanziali della regolazione*, in M. CLARICH-G.F. CARTEI, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 107 ss., spec. p. 118; analogamente, si esprimono M. SIRAGUSA-M. D'OSTUNI-F.M. BALESTRA, *I mercati rilevanti dei prodotti e servizi e la regolazione ex ante*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 169 ss., spec. p. 200 ss.; cfr. anche F. DONATI, voce *Telecomunicazioni*, in *Enc. dir., Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1124 ss., spec. p. 1141 ss., con approfondito esame delle direttive formulate dalla Commissione per l'analisi di questi mercati). Rispetto alla regolazione, appare pertanto ancor più delicata la questione dell'indeterminatezza del concetto normativo di mercato cui si accennava nel testo, vista la tendenza della giurisprudenza amministrativa a ritenere che «laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia attendibile secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge» (tra le tante, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5171; Id., 20 maggio 2011, n. 3013). Per un interessante esempio di complessità nell'individuazione del mercato di riferimento per una misura regolatoria, cfr. Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2011, n. 6026, ove si trattava di interpretare «il criterio del costo evitato di carburante, letto alla luce dell'art. 2, comma 141, l. n. 244/2007, a tenore del quale l'AEEG deve determinare il valore medio del prezzo del metano ai fini dell'aggiornamento del CEC tenendo conto dell'effettiva struttura dei costi nel mercato del gas naturale». La vaghezza della disposizione citata rendeva necessario preliminarmente «stabilire qual è il mercato del gas naturale rilevante». Nella specie, il giudice ha definito in linea di massima l'ambito del mercato rilevante ed ha «stigmatizzato la mancata utilizzazione di elementi di fatto essenziali per la determinazione del prezzo di mercato, vale a dire i contratti che tale mercato concorrono a costituire», ma ha anche aggiunto che «ove l'esame dei contratti porti a ritenere che il prezzo appare iniquo, irrealistico, sbilanciato, l'AEEG dovrebbe valutare l'introduzione di correttivi volti ad incidere sui fornitori del gas naturale in termini di imposizione di prezzi massimi praticabili», sottolineando che in quel caso si tratterebbe «di valutazioni rimesse alla sfera discrezionale dell'AEEG e che non competono al giudice amministrativo».

64 N. BROWNE-F. BOUZAT, *op. cit.*, p. 170 s. (*The misuse of abstractions can be found everywhere. Though each abstraction contains multiple possible meanings and implications, the market is one of the few whose benevolent structure can be agreed upon, usually, that being something similar to a competitive market*). Il rischio segnalato nel testo può essere collocato in una scala di intensità crescente, che parte dal grado minore rappresentato dalla valutazione delle intese restrittive della concorrenza, aumenta nella valutazione dell'abuso di posizione dominante e, ancor più, nella valutazione delle concentrazioni, fino a raggiungere il livello massimo nella regolazione, proprio per i suoi caratteri di valutazione prospettica, rivolta allo sviluppo del mercato e non alla valutazione del comportamento di singole imprese, come segnalato nella nota precedente. Si pensi, per fare solo un esempio, all'interpretazione lasca che l'AGCOM ha dato al divieto di posizioni dominanti sancito dall'art. 2 del d.lgs. n. 249/1997 e, in seguito, ai principi a salvaguardia del pluralismo e della concorrenza di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 177/2005, specie con riferimento all'assegnazione delle frequenze e alla regolamentazione della televisione digitale terrestre. Cfr. M. CUNIBERTI, *Televisione e posizioni dominanti*, in A. VARI, *Percorsi di diritto dell'informazione*, 2a ed., cit., p. 257 ss.; un'efficace analisi dei meccanismi di dominanza nel mercato televisivo è in M. POLO, *Notizie S.p.A. Pluralismo, perché il mercato non basta*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 78 ss. (se si vuole, cfr. anche B. TONOLETTI, *Concentrazioni radiotelevisive, assegnazione delle frequenze e rivoluzione digitale*, ivi, 1 ed., Giappichelli, Torino, 2003, p. 283 ss.; Id., *La televisione digitale terrestre dal protezionismo alla concorrenza*, ivi, 3a ed. cit., p. 251 ss.). Le ultime cronache dell'interminabile saga si possono leggere in G. AVANZINI, *Sistemi di assegnazione delle frequenze radiotelevisive tra valorizzazione economica e tutela del pluralismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 317 ss.

65 N. BROWNE-F. BOUZAT, *op. cit.*, p. 185 e nota 31, ove si critica in particolare R. A. EPSTEIN, *In Defense of the Contract at Will*, *Univ. Chicago. L. Rev.*, 51, 1984, p. 947 ss., osservando che *the author makes myriad assumptions that a robust and competitive market exists between employee and employer... Combined with the belief*

sia predicabile l'assunto che *any market is ipso facto an optimal market*⁶⁶.

L'influenza di questo genere di presunzioni non si manifesta soltanto in un allontanamento dell'analisi giuridica dalla realtà (sempre concreta e particolare) dei singoli mercati, ma anche in un sottile effetto prescrittivo, che spinge a ritenere sufficienti le condizioni elementari del libero scambio per far emergere la logica di mercato, rendendo possibile rinviare a un secondo momento, o anche procrastinare indefinitamente, l'introduzione delle misure che sarebbero necessarie per rendere effettiva la concorrenza sul mercato⁶⁷. La presunzione dell'*ipso facto* tende a rendere meramente accidentali, secondarie ed eventuali tutte le misure ulteriori rispetto al quadro delle regole che definiscono il mercato come pura libertà di scambio.

Se si assume che tutti i mercati diano forma ai prezzi, ai modelli di reddito e ai valori culturali in base allo stesso meccanismo, diventa anche possibile utilizzare *what we know about stylized markets in blackboard portrayals to analyze the social impacts of all markets*, evitando *the painstaking task of gathering facts about particular markets*⁶⁸.

In questa prospettiva, il concetto di mercato come oggetto della regolazione acquisisce la valenza forte di una categoria unificante, dotata di proprietà generalizzabili senza bisogno di alcun confronto con l'empiria. Oggetto della regolazione non sono più i mercati (reali, particolari, contingenti), ma *il mercato: in terms of these common characteristics, what we know about any market provides us with insight about all markets, as well as a grasp of the aggregation of those markets, i.e., the market*⁶⁹.

La fiducia nelle proprietà universali del mercato è profonda⁷⁰. Tuttavia, per l'analisi

that the marketplace is populated with rational actors, Epstein argues that power disparities may still exist, but only within an acceptable level because employers are subject to the discipline of the competitive market. Unfortunately, the reader is not informed as to which employment market Epstein's argument refers, as he appears to assume all employment markets follow abstract models of competition.

66 *Op. cit.*, p. 193. Ad esempio, viene criticato M. TRAYNOR, *Some Open Questions about Attorney-Client Privilege and Work Product in Multidisciplinary Practice*, 36 *Wake Forest L. Rev.*, 36, 2001, p. 43, il quale assume che (1) *one market is like any other market and (2) the shared attribute is consumer sovereignty. He argues, with absolutely no attention to the specific structure of any of the markets he is referencing, that product information will facilitate rational decisions ... Is this information complete? Is it accurate? Apparently such questions are unnecessary in Professor Traynor's mind.*

67 Lo si è visto nel paragrafo 3 con riguardo ai mercati finanziari, ma il problema è assai diffuso. In particolare, malgrado l'apparenza contraria, è una caratteristica comune a tutte le direttive di liberalizzazione dei servizi a rete quella di aver considerato sufficiente l'apertura del mercato, mediante liberalizzazione della domanda e dell'offerta, confidando in una evoluzione spontanea della struttura dei vari mercati verso un'effettiva concorrenzialità, con l'aiuto unicamente di misure asimmetriche nei confronti dell'*incumbent* (nel che si sostanzia l'idea della regolazione pro-concorrenziale). Il fallimento di questa impostazione è evidente in tutti i settori liberalizzati, ove la regolazione continua vanamente a inseguire aspetti di dominanza che paiono emergere come dal nulla, man mano che le relazioni di mercato si sviluppano. Basti per tutte la considerazione con cui F. DONATI, voce *Telecomunicazioni*, cit., p. 1148, introduce il tema con riferimento al settore certamente più concorrenziale fra quelli liberalizzati: «I provvedimenti adottati all'esito delle analisi di mercato hanno sicuramente comportato benefici in termini di apertura del mercato alla concorrenza, ... ma non sono stati idonei a risolvere in maniera definitiva i problemi che ancora caratterizzano il mercato nazionale, che vede di nuovo la dominanza di un operatore nei mercati all'ingrosso ed al dettaglio delle telecomunicazioni fisse».

68 N. BROWNE-F. BOUZAT, *op. cit.*, p. 200 s.

69 *Op. loc. cit.* Nel contesto del dibattito a proposito del ricorso all'*effect based approach* nell'applicazione della disciplina antitrust, è stato riconosciuto il rischio che i modelli di analisi economica diventino una fonte incontrollata di presunzioni giuridiche (M. POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2007, p. 129 ss., ripreso recentemente da L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, cit.).

70 Come osserva M. SANDEL, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2012 (trad. it., *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 54), «ciò che colpisce è come sia diventata potente questa immagine – non solo nel mondo accademico ma anche nella vita di tutti i giorni. In misura considerevole, gli ultimi decenni sono stati testimoni di un mutamen-

giuridica della regolazione non è tanto importante stabilire se quella fiducia sia o meno ben riposta, quanto piuttosto registrare la presenza di modelli basati su di essa, essere consapevoli del carattere astratto e stilizzato dell'immagine di mercato che essi veicolano e controllare se e in che misura il modello venga messo a confronto con il mercato reale⁷¹.

Quanto più cresce la disponibilità della regolazione a confrontarsi con la realtà contingente del mercato cui si rivolge, tanto più anche l'immagine del mercato come oggetto della regolazione è destinata a cambiare.

Markets can function in incredibly productive fashion: non si può fare affidamento a priori sulla capacità di un qualsiasi particolare mercato di autoregolarsi in maniera ottimale e la desiderabilità o meno della regolazione in un particolare settore is context dependent on the form of the market in question ... in the same manner that a legal fact pattern is determinative of the resolution of the case⁷².

Una considerazione realistica del mercato conduce anzitutto a sottolineare la conflittualità intrinseca alle relazioni che lo costituiscono. Siccome, *markets are arenas for personal achievement*, è realistico ritenere che nel mercato *domination is what is being sought⁷³*.

Se il punto di partenza della regolazione è, invece dell'ideale, la realtà del mercato, il conflitto viene assunto come un dato di fatto, suscettibile di condurre a esiti molto differenti a seconda del contesto in cui si svolge. In questa prospettiva, *these contexts or market structures create institutional opportunities and restrictions that move the struggle in particular directions⁷⁴*.

Ovvero, il mercato si muove sempre, nel corso della lotta che lo caratterizza e seguendo la logica interna della sua struttura. Ma risponde anche al contesto, si adatta costantemente, possiede una memoria e impara, riflettendo costantemente le interazioni degli esseri umani che vi partecipano. Non agisce secondo «il modello razionale (che) vede le scelte come un problema fondamentale tecnico di selezione della linea di azione che massimizza un criterio unidimensionale, l'utilità», ma segue «procedure guidate da regole», in cui «il problema fondamentale di decisione è quello – quasi legale – di costruire un'interpretazione soddisfacente della situazione di scelta», perché tali regole «non vengono da una superiore razionalità strategica, ma piuttosto sono apprese⁷⁵».

to delle relazioni sociali a immagine delle relazioni di mercato».

71 Nella direzione di un migliore rapporto con la realtà vanno anche le considerazioni sviluppate da M. CLARICH, *Profili giuridici della sicurezza economica nell'età della crisi*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 346 ss., il quale conclusivamente sottolinea che «fino a ridosso della crisi del 2008 vi era una convinzione pressoché generalizzata tra economisti (inclusi alcuni banchieri centrali) che prefigurava scenari di sviluppo economico incessante, ormai immune da crisi sistemiche. Potrebbe quindi dirsi in questo senso che i cicli della sicurezza e dell'insicurezza dipendono anche da meccanismi psicologici e mentali. La stessa economia si fonda su premesse di natura psicologica (studiata da qualche anno soprattutto dall'economia comportamentale). Quelle adottate dal paradigma dominante si sono alla prova dei fatti rivelate fallaci».

72 N. BROWNE-F. BOUZAT, *op. cit.*, p. 164 e 166. Interessanti osservazioni si possono trovare a questo proposito nella valutazione critica, basata sulla correlazione tra astrattezza del modello di mercato e produzione di effetti negativi inattesi, della introduzione di un mercato delle emissioni di gas serra nel contesto della lotta ai cambiamenti climatici, di M. CAFAGNO, *Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Quaderni Cesifin 57, Giappichelli, Torino, 2013, p. 105 ss.

73 N. BROWNE-F. BOUZAT, *op. cit.*, p. 213. Quanto osservato si attaglia in modo particolare, come si è visto al paragrafo 2, per i settori nei quali la competizione assume la forma *winner-take-all*.

74 *Op. loc. cit.*

75 D. MCFADDEN, *Rationality for Economists?*, in J. of Risks and Uncertainty, 1999 (trad. it. *Razionalità per economisti?*, in M. MOTTERLINI-M. PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica della ragione economica*, il Saggiatore, Milano, 2012, p. 25 ss., spec. p. 40 s. (che cita a sua volta D. Prelec). Sotto questo profilo, risulta particolar-

Comprendere più a fondo i mercati aiuta a comprendere più a fondo la regolazione *nel suo rapporto* con il mercato.

Se è vero, infatti, che «attraverso le regole ordinatrici, e la decisione che le sorregge e orienta, le scelte politiche imprimono fisionomia al mondo degli scambi e conferiscono ad esso quella *forma*, che è propria del singolo e storico mercato, e che altrimenti sarebbe diversa da ciò che è»⁷⁶, è anche vero che quella forma non è plasmata dall'esterno, ma è introiettata dal mercato, appresa come regola della propria azione.

La regolazione avrebbe quindi bisogno di una conoscenza il più realistica possibile dei mercati che assume a proprio oggetto, perché dovrebbe poter congetturare in che modo quel mercato introietterà la *regulation* o se la respingerà o se la ignorerà, e se potrà imparare da essa oppure se da essa potrà essere fuorviato.

Allora, dismessa la pretesa di progettare mondi tecnicamente perfetti, forse la regolazione potrebbe diventare una buona arte del possibile.

mente significativo un aspetto della giurisprudenza costituzionale sull'art. 41, messo in luce da M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121 ss., spec. p. 154 s.: «la Corte tenta di ricollegare le misure sottoposte al suo esame all'esigenza di sostenere e di conservare il processo economico, in una insistita sottolineatura del carattere evolutivo e adattativo dei fenomeni di mercato, che si compendia nella necessità di tenere conto della lunga durata e del costo sociale necessario per riequilibrare le loro tendenze spontanee» e tuttavia «non si limita a segnalare il rischio della spontaneità dei processi economici, bensì ne sottolinea anche la specifica virtù sanzionando la non comprimibilità da parte del potere pubblico».

⁷⁶ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, p. 12.



SAGGI

Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della concorrenza

di Barbara Marchetti

ABSTRACT

The article aims at analyzing the European Competition Network in the perspective of the procedural and judicial guarantees for the undertakings. It focuses on the implications of the ECN mechanisms of case allocation and decision for the companies affected by their operation. This problem is relevant because the different national Authorities (and the EU Commission) have to enforce a uniform antitrust law, that is established in articles 101 and 102 TFUE while any national authority operates under different procedural rules and sanctionary regimes. In this respect, the article tries to answer to the following questions: can undertakings control the functioning of case allocation mechanisms in the Network? Is it possible to assure that different procedural rules do not have discriminatory effects? What are the consequences of the cooperation mechanisms existing among the different authorities? At the end, how (and before which Court) can acts resulting from the interconnected operation of different administrations be judicially reviewed?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Rete europea della concorrenza: finalità e tratti distintivi. – 3. Il potere sanzionatorio delle autorità della rete e la normativa applicabile. – 4. Il sistema delle competenze e i criteri per l'allocazione del caso. – 5. Allocazione della competenza e posizione delle imprese. – 6. Flusso di informazioni e cooperazione investigativa nella rete tra esigenze di efficienza e diritti delle imprese. – 7. La tenuta dell'esercizio a rete della funzione di enforcement dinanzi al giudice. – 8. Alcune riflessioni conclusive.

1. INTRODUZIONE

Esiste una letteratura davvero imponente sulle reti europee e sul loro ruolo nel quadro della governance europea. Di esse sono stati analizzati profili funzionali e strutturali, sono state messe in luce finalità e funzionamento, sia in un'ottica di misurazione della loro efficienza nel processo regolatorio europeo, sia nella prospettiva della loro accountability complessiva¹.

Anche il tema della capacità della struttura a rete di assicurare l'applicazione del

¹ La letteratura è amplissima: tra i molti scritti si segnalano: C. HARLOW-R. RAWLINGS, *Promoting Accountability in Multilevel Governance: a Network Approach*, in *ELJ*, vol. 12, 2007, p. 542; E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 29; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Cedam, Padova, 2002; P. CRAIG, *Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives*, in G. ANTHONY-J.B. AUBY-J. MORISON-T. ZWART (a cura di), *Values in Global Administrative Law*, Hart, Oxford, 2011; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford Univ. Press, 2012; C. JOERGES-M. EVERSON, *Re-conceptualizing Europeanisation as a public law of collisions: comitology, agencies and an interactive public adjudication*, in H.C.H. HOFMANN-A. TÜRK (a cura di), *EU Administrative Governance*, Edward Elgar Publishing, London, 2006, p. 512.

diritto antitrust dell'Unione europea è stato oggetto di molti studi, che hanno vagliato portata ed efficacia della struttura reticolare disegnata dal regolamento n. 1/2003 rispetto agli obiettivi fondamentali che ne hanno guidato l'istituzione: capacità di garantire un'implementazione effettiva delle regole europee ed una politica unitaria della concorrenza, congiunta alla necessità di una riduzione consistente dei compiti diretti della Commissione nell'attività di esecuzione².

L'oggetto di questo scritto interseca in qualche modo i due campi di ricerca – quello che indaga le reti europee come modello di amministrazione e quello che verifica l'impatto della rete europea della concorrenza sull'applicazione delle regole antitrust – ma si interroga principalmente sulle ricadute che l'esercizio a rete della funzione antitrust ha sui soggetti interessati: in particolare, i caratteri principali della rete europea della concorrenza, il sistema delle competenze parallele in essa previsto, i meccanismi di allocazione e riallocazione dei casi e gli strumenti di cooperazione e collaborazione previsti sono qui esaminati nella prospettiva peculiare delle imprese destinatarie dell'azione della rete e delle relative pretese.

Due i profili che si esamineranno nello specifico: quello delle garanzie procedurali, destinate a mutare al variare dell'autorità nazionale antitrust – o in caso di avocazione, della stessa Commissione – competente a trattare il caso. E quello delle ricadute che si producono sul piano della tutela giurisdizionale e della sindacabilità degli atti. In termini generali, infatti, il sistema di competenze parallele disegnato dal regolamento n. 1/2003 rende possibile che, su uno stesso caso, siano competenti più autorità nazionali, anche contemporaneamente, o l'autorità europea, determinando la possibile entrata in campo di diverse amministrazioni, chiamate a operare nel rispetto di diritti procedurali disomogenei e a rispondere del proprio operato al cospetto di diverse Corti nazionali o europee³.

Il funzionamento della rete richiede e presuppone, inoltre, una sofisticata cooperazione tra le diverse autorità nazionali e la Commissione che comporta, per esempio, l'impiego, per l'attività decisoria, di atti istruttori e investigativi formati dinanzi ad autorità diverse da quella formalmente competente ad adottare la de-

2 Tra i molti, cfr. L.F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, 1, p. 147; A. PERA-V. PACE, *The Modernisation of EC Competition Law and the Role of National Competition Authorities – Revolution or Evolution?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 2-3, 433; S. BRAMMER, *Concurrent Jurisdiction under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation*, in *CMLRev.*, 2005, p. 42, 1383; L. ORTLIZ BLANCO (a cura di), *EC Competition Procedure*, Oxford Univ. Press, 2006; A. TÜRK, *Modernisation of EC Antitrust Enforcement*, in H.C.H. HOFMANN-A.TÜRK (a cura di), *EU Administrative Governance*, Edward Elgar Publishing, London, 2006, p. 215; W. PJ WILS, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart, Oxford-Portland, 2008; S.B. VÖLCKER, *Developments in EC Competition Law in 2003: An Overview*, in *CMLRev.*, 2004, p. 1027; D.J. GERBER, *The Evolution of a European Competition Law Network, working paper*, su http://www./works.bepress.com/david_gerber/46; F. MÜLLER, *The New Council regulation (EC) No. 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition*, in *German Law Journal*, vol. 5 n. p. 6; F. CENGİZ, *Multi-Level Governance in Competition Policy: the European Competition Network*, in *Eur. L. Rev.*, 2010, p. 35; M. D'ALBERTI, *La rete europea delle autorità di concorrenza*, in <http://www.learlab.it/Relazioni/D%27Alberti.pdf>; S. WILKS, *Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy?*, in *Governance*, 2005, p. 431; ID., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart, Oxford-Portland, 2008; E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Giappichelli, Torino, 2005.

3 Osserva K. CSERES, *Comparing Laws in the Enforcement of EU and National Competition Law*, in *Eur. Journal of Legal Studies*, 2010, 3, p. 1, che «while Member States significantly harmonised substantive competition rules, a similar convergence of procedural rules or institutional designs has not taken place». Il regolamento del resto impone solo una finalità di risultato, nel senso che ogni Stato membro deve assicurare un sistema sanzionatorio in grado di adottare «sanctions which are effective, proportionate and dissuasive for infringements of EC Law» (punto 2 della Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities). Il funzionamento della rete solleva anche il tema più generale degli atti amministrativi transnazionali, su cui si rimanda agli studi di L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2009 e, recentemente, *Administrative Pluralism, Horizontal Cooperation and Transnational Administrative Acts*, in *Review of European Administrative Law*, 2012, 2, p. 17.

cisione finale. Ciò determina una concatenazione tra atti adottati da amministrazioni differenti e alla luce di regole procedurali disomogenee, con conseguenze potenzialmente rilevanti sul piano della tenuta della struttura reticolare, della tutela giurisdizionale e del giudice competente a garantirne l'effettività⁴.

Per trattare i profili sopra considerati si esamineranno anzitutto i tratti peculiari della rete, muovendo dalle finalità che ne hanno guidato l'istituzione. Di seguito si proporrà una ricognizione dei meccanismi che, all'interno della rete, assicurano l'applicazione corretta delle norme antitrust evitando al contempo una duplicazione di procedimenti o decisioni da parte dei diversi nodi della rete.

In questa logica si guarderà poi ai criteri di allocazione delle competenze tra i nodi della rete, agli strumenti di raccordo e di controllo reciproco tra Commissione e autorità degli Stati membri e alle difficoltà che una struttura reticolare a competenze parallele può determinare quando il diritto applicato dalle autorità nazionali e dalla Commissione non è unitario né sul piano procedurale né su quello sostanziale.

L'intento del lavoro, quindi, è verificare, anche al di là delle specificità del settore indagato, se e in che modo l'esercizio a rete della funzione possa determinare incongruenze e difetti del sistema alla luce dei principi di legalità e giustiziabilità delle decisioni in esso adottate.

2. LA RETE EUROPEA DELLA CONCORRENZA: FINALITÀ E TRATTI DISTINTIVI

Nel panorama delle reti amministrative istituite nell'Unione europea, non è dato rinvenire un modello unico di struttura reticolare, ma piuttosto una varietà di reti, distinte per finalità, tipologia di poteri esercitati, composizione interna, rapporti tra componente sovranazionale e nazionale e ambito di intervento⁵.

In questo panorama frastagliato, la rete europea della concorrenza ha almeno tre tratti distintivi: il primo è che essa serve ad esercitare una funzione che resta assegnata, anche nell'ultimo regolamento finanziario (art. 53, lett. a), in proprio alla Commissione⁶. La rete, cioè, è istituita per gestire in modo congiunto o decentrato un'attività "centralizzata" di cui è responsabile la Commissione. Questo dato spiega il secondo tratto peculiare della rete: in essa non vi è parità tra tutti i nodi. Se, infatti, le diverse autorità nazionali vi partecipano paritariamente, la Commissione mantiene una posizione di preminenza, sia nei meccanismi di allocazione dei casi, sia nella previsione di poteri di verifica e di controllo sull'azione dei nodi nazionali⁷. Tale condizione di preminenza costituisce la via necessaria per garantire

4 Si sofferma ampiamente sulla rete europea della concorrenza come strumento di "governo".

5 Cfr. E. CHITI, *L'accountability delle reti*, cit., p. 29 ss.

6 Com'è noto, la concorrenza ha rappresentato fin dall'istituzione della Comunità economica europea uno dei pochi settori di amministrazione diretta della Comunità europea: secondo il regolamento n.17/62 le decisioni antitrust erano, infatti, di competenza esclusiva della Commissione.

Il regolamento n. 1/2003 che istituisce la Rete europea della concorrenza non altera tale dato di partenza, ma prevede che la Commissione possa avvalersi di organismi terzi. Tuttavia, la condizione perché l'esercizio congiunto della funzione non alteri il principio della diretta responsabilità della Commissione nell'esecuzione del bilancio è il mantenimento delle scelte di *policy* in capo alla sola Commissione, secondo quanto stabilisce lo stesso regolamento finanziario. «*The agencies then act as partners in the implementation of EU policies, but the Commission retains overall responsibility for service delivery*»: P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 74, che utilizza in proposito la nozione di «*indirect centralized management of EU activities*». La Commissione ha specificato come le interazioni che in tal modo si creano con le autorità nazionali siano qualitativamente diverse da quelle che si possono rinvenire in caso di amministrazione concorrente, dove gli Stati membri sono direttamente responsabili dell'esecuzione del bilancio (Comunicazione della Commissione su *Management of Community Programmes by Network of National Agencies*, (2001) 648).

7 In questi termini v. ad esempio Tribunale, 8 marzo 2007 in causa t-339704, *France Télécom SA c. Commissione*,

l'unitarietà della politica antitrust e la sua riconducibilità alle scelte dell'organismo sovranazionale europeo, che ne ha appunto la responsabilità: detto altrimenti, con l'istituzione della rete non è avvenuto alcun trasferimento delle scelte regolative alle autorità nazionali, le quali sono tenute ad applicare le norme antitrust come se ad operare fosse la Commissione stessa⁸.

Un terzo elemento distintivo della rete europea della concorrenza (REC) risiede nel fatto che essa esercita poteri finali e non solo strumentali o di semplice raccolta dati⁹: ciò implica che i diversi nodi della struttura reticolare possono adottare decisioni idonee a incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi. La sua azione, dunque, non è strumentale rispetto all'attività decisoria di altre autorità pubbliche, nazionali o sovranazionali, come è per molte reti amministrative europee, ma è volta alla produzione di decisioni vincolanti nei confronti delle imprese, destinatarie ultime della regolazione antitrust.

In estrema sintesi, i caratteri della rete europea della concorrenza sono il riflesso di un'operazione che, per aumentare l'effettività delle norme comunitarie antitrust, ha stabilito l'assegnazione alle autorità nazionali di compiti prima riconosciuti solo alla Commissione, mantenendo, tuttavia, in capo a quest'ultima l'esclusiva responsabilità della politica di settore¹⁰.

3. IL POTERE SANZIONATORIO DELLE AUTORITÀ DELLA RETE E LA NORMATIVA APPLICABILE

Non è possibile esaminare nel dettaglio la disciplina introdotta dal regolamento n. 1/2003. Di esso, dunque, si curerà un'illustrazione funzionale all'indagine qui intrapresa. Dando per conosciuti i primi due articoli ricompresi nel capo sui principi¹¹,

p.to 79, secondo cui «in forza del regolamento n. 1/2003 la Commissione dispone infatti di un potere d'indagine molto ampio ed è autorizzata in ogni caso a decidere l'avvio di un procedimento in relazione a un'infrazione, il che priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della medesima competenza». Secondo il Tribunale, «pertanto, essa conserva un ruolo predominante nell'accertamento delle infrazioni».

⁸ Si stabilisce così che le autorità antitrust nazionali sono chiamate a rispettare la regola di convergenza di cui all'art. 3 par. 2. Esse inoltre in linea con l'art. 16 par. 2 non possono adottare decisioni in contrasto con decisioni già adottate dalla Commissione, poiché quest'ultima ha «la responsabilità ultima, sebbene non unica, di sviluppare la politica e assicurare la coerenza dell'applicazione delle regole della concorrenza comunitarie».

⁹ In questo la REC presenta similitudini, ad esempio, con la rete composta dall'ufficio per il marchio comunitario e dagli organismi nazionali per la proprietà intellettuale (reg. n. 207/2009) e con quelle che fanno capo rispettivamente all'agenzia europea per la sicurezza aerea, per le varietà vegetali e per i prodotti chimici (Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio *European Agencies – the way forward*, 11 marzo 2008). Tra le reti che esercitano solo funzioni strumentali o di raccolta di informazioni si considerino, ad esempio, quella che fa capo all'agenzia europea per i medicinali (direttive 2001/82 e 2001/83), quella che fa capo all'Agenzia europea per l'Ambiente e quella che fa riferimento all'Osservatorio sulle droghe e sulle tossicodipendenze.

¹⁰ Secondo E. CHITI, *L'accountability delle reti*, cit., p. 81, «lo sviluppo delle reti amministrative europee è il frutto di una tensione tra due forze che caratterizza e condiziona gli sviluppi dell'amministrazione europea sin dai primi anni '60: per un verso, il deficit di effettività del diritto europeo che deriva dal tradizionale disegno della Comunità quale organismo essenzialmente regolatorio, privo di poteri amministrativi diretti; per altro verso, la difficoltà, per ragioni funzionali e politiche, di rivedere quel disegno attraverso l'ampiamiento della sfera dell'esecuzione diretta e la costruzione di un'amministrazione sovranazionale e federale».

¹¹ In essi sono indicate le modalità di applicazione della disciplina europea antitrust (art. 1) e le regole sull'onere della prova (art. 2). In particolare, rispetto al regolamento 17/62 è stabilito l'abbandono del regime delle esenzioni individuali, prima di esclusiva competenza della Commissione, sostituito dalla diretta applicabilità degli artt. 81 e 82 (da ora in avanti 101 e 102 TFUE) da parte della Commissione, delle autorità nazionali della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali. Com'è noto, proprio l'impossibilità per la Commissione di gestire le domande di esenzione individuale ai sensi dell'art. 81 par. 3 costituisce una delle principali ragioni che hanno spinto all'elaborazione del libro bianco del 1999 e poi all'emanazione del regolamento n. 1/2003. Nonostante, infatti, l'approvazione di regolamenti d'esenzione in alcuni settori e la pratica delle "comfort letters", con cui la Commissione si esprimeva, in maniera non vincolante, sulla compatibilità dell'accordo rispetto alle condizioni indicate nel paragrafo 3 dell'art. 81, la procedura richiedeva un impiego di forze eccessivo da parte della Direzione generale concorrenza, la quale non poteva così concentrarsi sulle operazioni anticoncorrenziali più importanti, quali i cartelli (cfr. sul punto L.F. PACE, *La politica di decentramento*, cit., p. 147; A. TÜRK, *Modernisation of EC*

qualche cenno va dedicato all'art. 3, riguardante il rapporto tra norme nazionali e diritto europeo. Nella logica dell'applicazione diretta dell'art 101 III comma da parte delle autorità e delle giurisdizioni nazionali, il regolamento affronta qui il tema dei rapporti tra norme (comunitarie e nazionali), stabilendo, in estrema sintesi, la prevalenza delle prime sulle seconde ogni qualvolta la condotta anticoncorrenziale esaminata dall'autorità antitrust o dalla giurisdizione nazionale sia suscettibile di determinare effetti pregiudizievoli per il commercio tra gli Stati. In tali casi, le autorità nazionali competenti sono chiamate ad applicare direttamente gli articoli del Trattato, disapplicando eventualmente le norme nazionali contrastanti; le stesse autorità, inoltre, non sono autorizzate a vietare, per effetto del diritto nazionale, pratiche o condotte che possono essere ritenute compatibili alla luce dell'art. 101 par. 3 TFUE. La norma positivizza il principio generale di supremazia del diritto Ue sul diritto interno e la compressione dell'autonomia degli Stati membri nel caso di impatto anticoncorrenziale sovranazionale; essa ha implicazioni rilevanti sul piano dell'esercizio del potere sanzionatorio nei confronti delle imprese all'interno della rete. Deve essere sanzionato il soggetto che, in ossequio ad una norma interna che lo prescrive, adotti un comportamento in contrasto con gli artt. 101 e 102 del TFUE? Oppure l'aver agito secondo la legge nazionale lo rende non sanzionabile? Il problema, suscettibile di porsi anche nell'ambito del previgente regolamento 17/62, si è posto ed è stato risolto dalla Corte di giustizia nella sentenza 9 settembre 2003 (in causa C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità garante della concorrenza e del mercato¹²), in cui la condotta anticoncorrenziale di un'impresa (in violazione dell'art. 81 del Trattato) risultava autorizzata – anzi imposta – da una norma nazionale¹³. Di fronte al contrasto tra disciplina interna e norme UE il giudice – ma il principio vale ancora prima per l'autorità per la concorrenza – è tenuto, come detto, a disapplicare il parametro normativo nazionale e ad applicare il Trattato. Ciò, tuttavia, avrebbe l'effetto di privare l'impresa della causa giustificativa della propria condotta, determinando la sanzionabilità di un comportamento imposto dal diritto interno con la conseguenza del prodursi di un trattamento iniquo sul piano della giustizia sostanziale e della certezza del diritto. A fronte di tali implicazioni, la Corte ha così stabilito che l'impresa non possa

Antitrust Enforcement, cit., p. 215; parla di legal and cultural revolution C.D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *CMLRev.*, 2000, 37, p. 537). Quanto invece alla disciplina dell'onere della prova, si stabilisce che spetta alla parte o all'autorità che asserisce un'infrazione degli artt. 101 par. 1 e 102 la dimostrazione della violazione, mentre è compito dell'impresa che invoca l'applicazione dell'art. 101 par. 3 provare «che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte». Ciò del resto è il frutto del passaggio da un sistema che assicurava un controllo preventivo, attraverso il regime delle esenzioni, a uno che si fonda su un controllo successivo ed eventuale delle violazioni.

¹² In *Raccolta*, 2003, I, 080055. La decisione è stata annotata da S. CASSESE, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*; M. LIBERTINI, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza* e da G. NAPOLITANO, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*. I commenti sono in *GDA*, 2003, p. 1129 ss.

¹³ Così D.J. GERBER, *The Evolution*, cit., p. 55, che fornisce un'interessante ricostruzione dei rapporti tra diritto antitrust comunitario e discipline nazionali dal punto di vista delle strutture amministrative chiamate ad assicurarne l'implementazione, distinguendo tre modelli di rete: il modello *foundational*, presente nei primi decenni del processo di integrazione europeo, e caratterizzato dalla sostanziale separazione delle sfere di operatività delle diverse amministrazioni antitrust, ciascuna autonoma e separata nel garantire l'attuazione della propria disciplina nazionale; il modello *solar*, caratterizzato dalla posizione di preminenza della Commissione, appunto "sole" del sistema, con un ravvicinamento tra le sfere dell'Unione europea e degli Stati membri, ma un livello di cooperazione e interazione tra Commissione e autorità nazionali tendenzialmente a bassa intensità. E il modello proposto nel regolamento n. 1/2003, chiamato *Centralised Interactive Model*, un sistema centrale guidato dalla Commissione e interattivo, nel senso che ogni membro della rete è chiamato a interagire e collaborare con gli altri nodi della rete, con il risultato che «*information and influence are intended to flow multidirectionally through the network*».

essere sanzionata per le violazioni occorse prima della disapplicazione (da parte del giudice o dell'autorità antitrust) della disciplina nazionale, ma solo per quelle successive a tale pronuncia o decisione, operando tuttavia un distinguo tra le ipotesi in cui la legge interna impone la condotta anticoncorrenziale da quelle in cui la legge semplicemente autorizza tale condotta, lasciando all'impresa uno spazio autonomo di scelta¹⁴.

Tale principio impone all'autorità, e in un secondo momento al giudice, un'operazione interpretativa complessa per stabilire l'incompatibilità della normativa interna rispetto al diritto UE e dedurre da ciò l'eventuale non (o limitata) sanzionabilità.

Esso inoltre è destinato a operare quale che sia il nodo della rete competente ad esercitare il potere sanzionatorio, con conseguenze rilevanti sul piano dell'integrazione normativo-amministrativa del sistema. Se, infatti, la condotta anticoncorrenziale dovesse giustificare l'intervento della Commissione (o, per i criteri dell'autorità nella posizione più idonea, anche di un'autorità della concorrenza diversa da quella dell'impresa e della relativa normativa giustificativa), quest'ultima sarebbe chiamata a considerare la disciplina nazionale (in ipotesi italiana) un'esimente ai fini dell'accertamento della condotta anticoncorrenziale con un effetto di circolazione nella rete non solo del caso, ma anche delle regole nazionali di riferimento. Se poi la Commissione (o la diversa Autorità nazionale) sanzionasse comunque l'impresa, l'eventuale giudizio di impugnazione della sanzione riproporrebbe, dinanzi alle giurisdizioni (comunitaria o di altro ordinamento) la considerazione della disciplina nazionale quale esimente nel giudizio sulla sanzione illegittimamente erogata e, ai fini di pronunciare la sentenza, il giudice si troverebbe a maneggiare una disciplina nazionale estranea alla propria ma rilevante per il caso¹⁵.

4. IL SISTEMA DELLE COMPETENZE E I CRITERI PER L'ALLOCAZIONE DEL CASO

Il sistema delle competenze e la disciplina dei meccanismi per la cooperazione delle autorità della rete sono contenuti nel secondo, terzo e quarto capitolo del regolamento, che si occupano non solo di coordinare l'azione delle diverse autorità amministrative della rete, ma di prevedere altresì alcuni strumenti di cooperazione tra queste ultime e le giurisdizioni nazionali responsabili del private enforcement. Giudici e autorità antitrust, pur chiamati entrambi ad applicare le norme del Trattato secondo quanto previsto dagli artt. 4, 5 e 6, svolgono in tale ambito compiti e ruoli differenti¹⁶.

¹⁴ Secondo la Corte mentre nel caso di imposizione di un comportamento si ha una forza giustificativa piena, che esclude la sanzionabilità della condotta, nel caso di una legge che più semplicemente sollecita o autorizza l'impresa si configurerebbe una semplice circostanza attenuante ai fini dell'imposizione della sanzione (p.to 80 della sentenza). In senso critico, sulla mancata equiparazione delle due ipotesi cfr. M. LIBERTINI, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, cit., p. 1137.

¹⁵ Il problema non pare essersi finora posto in termini significativi, non risultando, a quanto ci consta, una giurisprudenza rilevante sul punto. Tuttavia, in termini teorici, esso ha implicazioni interessanti per la comprensione dell'integrazione del sistema normativo-amministrativo comunitario in materia antitrust.

¹⁶ Il c.d private enforcement dinanzi alle Corti ha avuto uno sviluppo limitatissimo prima del regolamento 1/2003: secondo i dati riportati da R. PARDOLESI (*Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 200) fino al 2004 solo 62 azioni per violazione delle regole della concorrenza sono state proposte dai privati in Europa, di cui solo una decina per contrasto con gli artt. 81, par. I e 82 del Trattato (ora 101 e 102), al punto che il Rapporto Ashurst parla di «totale sottosviluppo» del private enforcement delle norme antitrust (D. WAELBROEK-D. SLATER, G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules*, Bruxelles, 2004, reperibile al sito <http://www.ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>). Una situazione dia-

I primi si trovano ad applicare la disciplina antitrust europea in due distinte ipotesi: quando una parte privata propone dinanzi ad esse un'azione di danni per violazione della normativa e quando l'autorità antitrust non ha il potere, a seguito dell'attività ispettiva e d'indagine, di comminare sanzioni e deve di conseguenza affidare l'adozione di eventuali decisioni ad una Corte¹⁷. In entrambe le ipotesi, il canale giurisdizionale non interferisce sul sistema di allocazione dei casi all'interno del network: infatti, nel primo caso, l'azione risarcitoria proposta dal terzo non impedisce la simultanea trattazione del caso da parte di un'Autorità della rete (ma semmai offre occasioni di cooperazione), e dunque non incide sull'allocazione del caso nel sistema di public enforcement¹⁸. Nel secondo caso, la Corte interviene in un momento successivo al completamento della fase istruttoria e investigativa svolta dalla "propria" autorità antitrust, sicché il sistema di allocazione della competenza tra i nodi della rete ha già operato. Le giurisdizioni, dunque, non entrano in competizione con le autorità della rete ma la loro azione talvolta si somma e talaltra la completa, quando il loro apporto è necessario a definire il procedimento sanzionatorio avviato dall'autorità amministrativa incaricata del caso¹⁹.

Il regolamento disciplina, negli artt. 15 e 16, i meccanismi di cooperazione tra le autorità e le giurisdizioni nazionali prevedendo che, da un lato, le corti possano sempre chiedere alla Commissione informazioni o pareri necessari per la decisione della causa e, dall'altro, la Commissione e le autorità antitrust possano presentare le proprie osservazioni scritte – e, su autorizzazione della Corte, anche orali – nel giudizio in cui si faccia applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE²⁰. Il circuito dell'enforcement privato viaggia dunque in modo relativamente indipendente da quello pubblico, sviluppando contatti con la rete tesi solo a salvaguardare la coerenza e l'uniformità nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE all'interno dell'Unione europea. In questa direzione si collocano anche: la previsione dell'ef-

metralmente opposta è quella rinvenibile nel sistema statunitense, dove circa il 90% dei procedimenti antitrust è azionato dai privati.

17 I sistemi di enforcement pubblico previsti negli Stati membri sono diversi tra loro: possono prevedere una sola autorità antitrust che cumula funzioni ispettive e sanzionatorie, due distinte autorità amministrative, una con funzioni ispettive e istruttorie e l'altra con funzioni decisorie, o un sistema in cui a un'autorità con funzioni ispettive si affianca un giudice, cui l'ordinamento affida la funzione sanzionatoria e provvedimento. Il primo modello istituzionale, con alcune lievi variazioni, si trova, ad esempio, in Italia, Germania e Francia. Il secondo tipo caratterizza l'esperienza belga, mentre l'ultimo modello si rinviene, ad esempio, nel sistema irlandese. Pur nella differenziazione, tuttavia, i diversi Stati membri si riconoscono reciprocamente ai fini della cooperazione nella rete (punto 8 della Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete (doc. 15435/02).

18 Sulla sostanziale autonomia del circuito del private enforcement rispetto a quello del public enforcement, e anzi sulla loro complementarietà, cfr. anche S. BRAMMER, *Concurrent Jurisdiction*, cit., pp. 1383-1384; H. NYSENS-N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 2-3, p. 357, i quali tuttavia rilevano come l'esigenza di assicurare la coerenza delle decisioni rese dalle due componenti abbia condotto alla previsione di poteri di intervento nel processo da parte delle autorità antitrust alquanto problematici.

19 Va rilevato che nel caso in cui l'azione di danni dinanzi al giudice nazionale sia proposta dopo che l'autorità antitrust ha adottato la decisione del caso, quest'ultima riveste un ruolo importante nell'accertamento dell'illecito (il Libro Bianco della Commissione del 2008 ne auspicava il valore di "prova inconfutabile" della violazione). Ciò rende problematiche le decisioni con impegni in ragione della loro idoneità a evitare la sanzione della condotta. Il tema è affrontato da A. PERA-G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, p. 69; B. NASCIBENE-F. ROSSI-DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009; L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in G. FALCON-B. MARCHETTI, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 2013, p. 109 ss.

20 Dal 2004 al 2010 sono state richieste alla Commissione 27 *opinions* in materia di antitrust, in buona parte da parte delle giurisdizioni spagnole e belghe. La Commissione, a sua volta, ha presentato nello stesso periodo osservazioni come *amicus curiae* in 9 casi. I dati sono contenuti negli *European Commission Annual Reports on Competition Policy*.

ficacia vincolante delle decisioni della Commissione nel processo civile, l'obbligo di trasmissione delle sentenze in materia di diritto antitrust alla Commissione, e la sospensione del processo civile in pendenza del procedimento avviato dalla Commissione²¹.

Un funzionamento efficiente e razionale della rete di public enforcement richiede, invece, che, pur in un sistema di competenze parallele, il singolo caso sia trattato dall'autorità che si trova nella posizione più idonea per farlo e possibilmente da una soltanto²².

A tali fini, il regolamento n. 1/2003 contiene alcuni principi tesi a garantire un coordinamento dell'azione delle autorità: esso, da un lato, assicura alla Commissione una posizione di preminenza nella fase di attribuzione del caso, stabilendo all'art. 11 par. 6, che l'apertura di un procedimento in sede europea priva le autorità nazionali della competenza a trattare il caso²³; e dall'altro stabilisce che l'attribuzione di un caso ad un'autorità nazionale non preclude, almeno in principio, l'azione parallela di una diversa autorità nazionale²⁴.

La disciplina fissata nel regolamento è integrata poi dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, la quale prevede sia le condizioni in presenza delle quali un'autorità nazionale è nella posizione idonea²⁵ a decidere un caso che il potere della Commissione di avocare a sé casi originariamente aperti dinanzi ad un'autorità nazionale²⁶: in tale ultimo caso, si prevede che la sostituzione intervenga entro il termine

21 Approfondimenti in argomento in R. NAZZINI, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 1, p. 97 ss.

22 Ciò anche in aderenza al principio del *ne bis in idem* che è rinvenibile, tra l'altro, nell'art. 50 della Carta dei Diritti fondamentali. Il regolamento n. 1/2003 non vieta tuttavia l'azione parallela di più autorità nazionali: criticamente su tale profilo M. MEROLA-D. WAELBROECK, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe, Time for a Review of Regulation 1/2003?*, Bruylant, Paris, 2010, 306. Sull'allocazione dei casi cfr. anche O. BUDZINNSKI-A. CHRISTIANSEN, *Competence Allocation in the EU Competition Policy System as an Interest-Driven Process*, in *Jnl. Publ. Pol.*, 2005, 25, 3, p. 313.

Da rilevare che l'applicazione diretta dell'art. 102 TFUE da parte dell'autorità nazionale non consente a quest'ultima, tuttavia, di adottare una decisione di constatazione della mancata violazione della norma, poiché ciò precluderebbe alla Commissione di adottare una decisione di segno contrario. Il principio è stato affermato da Corte di giustizia, 3 maggio 2011, in causa C-375/09, *Prezes c. Tele2 Polska*.

23 In tale regola si manifesta la posizione di preminenza della Commissione all'interno della Rete (art. 11, par. 6 reg. n. 1/2003). Nel regime previgente, la possibilità di un'azione parallela di Commissione e autorità nazionale non era esclusa, anche se la Corte di giustizia aveva rilevato, nel caso *Walt Wilhelm* (C-14/68, sentenza 13 febbraio 1969), come ciò dovesse avvenire senza pregiudizio per l'uniforme applicazione del diritto comunitario sulle intese e per il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione dello stesso. Ad oggi, l'azione dell'autorità nazionale può aversi eventualmente in un momento successivo, dopo che si è chiuso il procedimento comunitario e nel caso in cui l'autorità antitrust nazionale decida di sanzionare la condotta anticoncorrenziale per gli effetti che essa produce sul mercato interno (il principio è stato affermato nella sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 2012, in causa C-17/10, *Toshiba corporation c. Autorità garante della Repubblica Ceca*).

24 Infatti, l'art. 13 stabilisce che «il fatto che un'autorità garante della concorrenza stia esaminando il caso costituisce, per le altre autorità, un motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere una denuncia», ma non impone loro la chiusura del procedimento, né il rigetto della denuncia. In particolare, viene stabilito che quando più di un'autorità nazionale è nella posizione idonea, perché l'infrazione produce conseguenze anticoncorrenziali in più di uno Stato membro, si potrà avere un'azione simultanea e parallela di più autorità qualora l'intervento di una sola non sia sufficiente o adeguato per far cessare l'infrazione. In ogni caso, a fronte dell'apertura del procedimento dinanzi ad un'autorità nazionale, le altre autorità potranno decidere discrezionalmente di sospendere o chiudere il procedimento dinanzi a sé, qualora iniziato, oppure respingere la denuncia. Nella Comunicazione della Commissione (p.to 22), tale potere delle *authorities* è considerato un elemento di opportuna flessibilità della rete. Si ritiene, ad esempio, che se un procedimento presso un'autorità respingesse la denuncia per mancanza di elementi probatori sufficienti ad accertare l'infrazione, una diversa autorità potrebbe avere interesse a proseguire nella propria attività di indagine e nella trattazione del medesimo caso.

25 Ciò si verifica: quando l'infrazione ha efficacia nel suo territorio o in esso ha origine (criterio territoriale), quando il proprio intervento è idoneo a far cessare l'infrazione (criterio dell'efficacia) e quando è in grado di raccogliere agevolmente le prove a carico dell'impresa (criterio della prova).

26 Tali condizioni ricorrono: a) quando gli effetti anticoncorrenziali si producono in più di tre Stati membri; b)

di due mesi dall'apertura del procedimento (periodo di attribuzione) e si pone in capo all'Istituzione europea un onere di previa consultazione dell'amministrazione nazionale interessata²⁷.

Affinché tali criteri di allocazione possano operare, le autorità nazionali e la Commissione devono adempiere a taluni oneri di informazione e di cooperazione reciproca, stabiliti nel regolamento n. 1/2003. Innanzitutto un'immediata informativa, in occasione del primo atto d'indagine, consente un confronto rapido tra i nodi della rete ai fini dell'eventuale (pronta) riattribuzione del caso ad altra autorità²⁸ più idonea. Secondariamente, tale confronto e la conseguente riattribuzione devono completarsi prontamente, così da poter assicurare una trattazione celere ed efficiente del caso²⁹.

L'informalità dei contatti tra le autorità dovrebbe assicurare il consenso sull'assegnazione del caso: tuttavia, in caso di conflitti, non esistono nella rete organismi deputati alla loro risoluzione, salvo il limitato ruolo assegnato, a questo proposito, al comitato consultivo previsto dall'art. 14 del regolamento³⁰. Stabilisce, infatti, il par. 7 dell'art. 14 che il Consiglio può esprimere il proprio parere, oltre che sui progetti preliminari di decisione della Commissione, sui casi trattati dalle autorità degli Stati membri, e – su richiesta dell'autorità garante di uno Stato membro – anche sui casi in cui la Commissione intende avviare il procedimento di cui all'art. 11 par. 6.

È invece ritenuto provvedimento impugnabile dinanzi al giudice nazionale o comunitario la decisione con cui l'autorità nazionale o la Commissione decidono la chiusura di un procedimento (o il rigetto di una denuncia) in ragione della esistenza di un procedimento di esame dinanzi ad un'altra autorità della rete³¹.

quando il caso presenta una particolare rilevanza per essere correlato a «disposizioni per la cui applicazione la Commissione ha competenza esclusiva o che possono essere meglio applicate dalla Commissione»; c) quando la tutela dell'interesse comunitario richiede l'adozione di una decisione della Commissione per adeguare la *policy* «a problemi nuovi di concorrenza o per assicurare il rispetto effettivo delle regole di concorrenza» (punti 14 e 15 della Comunicazione della Commissione).

27 Più specificamente, la ri-attribuzione del caso alla Commissione è possibile se a) i membri della rete prevedono di adottare decisioni contrastanti sullo stesso caso; b) i membri della rete prevedono di adottare una decisione palesemente in conflitto con la giurisprudenza consolidata; c) i membri della rete prolungano indebitamente il procedimento relativo al caso; d) l'adozione di una decisione della Commissione è necessaria per sviluppare la politica comunitaria della concorrenza ovvero per assicurare l'effettiva applicazione della politica comunitaria della concorrenza; e) le autorità nazionali garanti non si oppongono. Una volta superato tale termine, l'avocazione è possibile solo quando la trattazione da parte dell'autorità nazionale potrebbe generare inefficienze o non garantire adeguatamente la definizione comunitaria della politica antitrust. Inoltre, la Commissione ha l'onere, in questa eventualità, di inviare alle autorità nazionali una motivazione scritta della decisione di avocazione.

28 L'informazione trasmessa deve contenere, naturalmente, una serie di dati e precisamente: l'autorità che sta trattando il caso, i prodotti, i territori e le parti interessate, il tipo d'infrazione contestata, la durata presunta dell'infrazione e l'origine dell'apertura del procedimento (p.to 17).

29 Inoltre, anche quando sia individuata l'autorità nella posizione più idonea per intervenire, le altre autorità possono chiamate a cooperare variamente con essa nell'istruzione del caso e nel compimento delle attività investigative.

30 Nel caso in cui si discutano casi individuali, siedono nel Comitato consultivo i rappresentanti delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Nell'eventualità, invece, in cui si dibattono temi diversi può essere delegato un ulteriore rappresentante degli Stati membri competente in materia di concorrenza. Critico sull'assenza di meccanismi di risoluzione dei conflitti S. BRAMMER, *Concurrent Jurisdiction under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation*, cit., p. 1402.

31 Il punto è esaminato approfonditamente da R. NAZZINI, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust*, cit., p. 101 ss.

5. ALLOCAZIONE DELLA COMPETENZA E POSIZIONE DELLE IMPRESE

Occorre chiedersi in che misura le regole sull'allocazione dei casi fissate in parte nel regolamento n. 1/2003 e in parte nella Comunicazione della Commissione siano giustiziabili, in che misura cioè la violazione dei criteri di divisione del lavoro all'interno del network possa essere rilevata dalle imprese come possibile vizio di incompetenza delle decisioni adottate dal nodo "sbagliato" della rete³².

Il punto non è di poco conto, poiché può essere alquanto differente per un'impresa vedere la propria condotta anticoncorrenziale esaminata e sanzionata da un'autorità antitrust piuttosto che da un'altra, essendo significativamente diverse le regole procedurali e il regime sanzionatorio vigenti presso le diverse authorities³³. Si pensi al caso in cui, alla luce dei criteri sopra ricordati, l'autorità nella posizione più idonea sia quella francese mentre la decisione sia adottata da quella tedesca, che, in ipotesi, riserva a una determinata condotta un trattamento più severo di quanto avrebbe fatto l'autorità francese applicando la propria disciplina nazionale: l'impresa avrebbe certo interesse a un'applicazione corretta del criterio della posizione più idonea, poiché discenderebbe da ciò un trattamento più favorevole. Ma tale interesse è tutelato?

Il Tribunale dell'Unione europea si è soffermato su tale questione in occasione della nota decisione del 2007 sul caso T-339/04 France Télécom SA c. Commissione, in cui era impugnata da France Télécom la decisione C(2004)1929 della Commissione che ordinava alla società ricorrente e alle sue controllate di sottoporsi ad un accertamento ai sensi dell'art. 20 n. 4 del reg. n. 1/2003. Tra le censure mosse all'atto, vi era la violazione della ripartizione delle competenze stabilita nella rete: sosteneva, infatti, la ricorrente che, con il proprio atto, la Commissione aveva invaso le attribuzioni del Conseil de la Concurrence, che risultava l'autorità nella posizione idonea a trattare il caso. Gli argomenti posti a fondamento della decisione di rigetto del ricorso sono tre: innanzitutto l'esercizio decentrato della funzione di enforcement stabilito dal regolamento 1/2003 non mette in causa «la competenza generale che la giurisprudenza riconosce alla Commissione». In secondo luogo, in nessun modo il regolamento stabilisce una ripartizione di competenze tale da privare la Commissione di svolgere attività d'indagine a fronte di un procedimento aperto dinanzi ad un'autorità nazionale, tanto più che l'istituzione comunitaria può esaminare un caso anche quando questo è già oggetto di un procedimento nazionale. In terzo luogo, una decisione che ordina un'ispezione è un atto preparatorio che non comporta necessariamente l'avvio formale di un procedimento³⁴. Nel motivare la propria decisione, il Tribunale ritiene, da un lato, che per il Regolamento 1/2003 la Commissione è senz'altro competente ad adottare la decisione

³² Il tema è esaminato da L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, cit., p. 44 ss., la quale osserva come «nello svolgimento del procedimento rileva, poi, la distinzione fra diritti connessi a una decisione della Commissione e diritti connessi a una decisione di un'autorità nazionale, perché nel primo caso valgono esclusivamente le norme di diritto comunitario, mentre nel secondo le situazioni soggettive private sono conformate da ciascun diritto nazionale, secondo le regole sul procedimento e, ove sussistenti, le regole specifiche dettate per il procedimento dinanzi all'autorità garante della concorrenza». Ciò consente di definire «il sistema di enforcement della disciplina antitrust un sistema unitario ma non uniforme».

³³ Il problema è sollevato da M. MEROLA-D. WAELBROECK, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, cit., p. 307.

³⁴ Si tratta dei punti 79, 80 e 81. Sui poteri di indagine della Commissione cfr. M. MACCHIA, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 173; A. TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 83.

impugnata e, dall'altro, che dalla Comunicazione non deriva «alle imprese un diritto soggettivo a che il loro caso venga trattato da una determinata autorità» (p. 83). La decisione non smentisce, dunque, la portata vincolante delle regole sulla competenza contenute nel regolamento – anzi proprio su esse fonda la legittimità della decisione di accertamento della Commissione – ma definisce invece non giustiziabili le regole di competenza previste nella Comunicazione³⁵.

Alla luce di tale assunto, a fronte, ad esempio, di un procedimento già aperto dinanzi alla Commissione, un'autorità nazionale che iniziasse l'esame parallelo del medesimo caso opererebbe illegittimamente, dal momento che, in presenza di un procedimento avviato dalla Commissione, l'art. 11 par. 6 stabilisce senz'altro la privazione della competenza dell'autorità nazionale³⁶. E ancora, sempre considerando la portata vincolante delle norme del regolamento, la decisione della Commissione di aprire il caso senza previa consultazione dell'autorità nazionale presso cui pendeva già il procedimento potrebbe ben essere sanzionata con l'annullamento, per mancato rispetto delle norme procedurali previste nel regolamento. Ma una stessa sorte non spetterebbe all'atto che violasse i criteri di distribuzione del lavoro stabiliti dalla Comunicazione. Ciò implica che un'impresa che operi nel mercato europeo e ponga in essere una condotta suscettibile di pregiudicare il commercio tra gli Stati non può che mettere in conto, per effetto dei meccanismi di funzionamento della rete, l'assoggettabilità alle discipline procedurali e al trattamento sanzionatorio presenti nella rete nel suo complesso, senza poter vantare – ad esempio in tema di sanzioni – il diritto a essere sanzionata dall'autorità “competente”³⁷. Essa, cioè, non può controllare le dinamiche interne alla rete nella

35 Così nel punto 83: «per quanto riguarda, inoltre, la comunicazione che, secondo la ricorrente, ripartirebbe equamente le competenze tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza e che sarebbe stata violata nella fattispecie, da un lato, occorre rilevare che al punto 4 essa indica che le consultazioni e gli scambi che avvengono nell'ambito della rete riguardano solo le autorità che agiscono nel pubblico interesse e che, secondo il punto 31, essa non conferisce alle imprese un diritto soggettivo a che il loro caso venga trattato da una determinata autorità. Pertanto, la ricorrente non è legittimata a sostenere che, ai sensi di questa comunicazione, il *Conseil de la concurrence* era l'unica autorità a poter trattare il caso in questione».

36 È stato rilevato in dottrina (M. MEROLA-D. WAELBROECK, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, cit., p. 308) che una diversa risposta è stata offerta dal Tribunale in una vicenda in materia di concentrazioni. In particolare, la controversia nasceva dall'impugnazione da parte di un'impresa lesa dall'operazione di concentrazione della decisione di rinvio adottata dalla Commissione ai sensi dell'art. 9 del regolamento 4064/89. Secondo tale disposizione, la Commissione può decidere di rinviare all'autorità nazionale competente l'esame di un'operazione di concentrazione quando non riscontri la sussistenza delle condizioni per un proprio intervento. Il Tribunale ha qui stabilito (caso T-119/02, *Philips Electronics*) che la decisione di spostare l'esame del caso dalla sede comunitaria a quella nazionale avrebbe un'incidenza diretta e individuale sull'impresa e dunque sarebbe impugnabile da quest'ultima, essendo suscettibile di chiudere definitivamente il procedimento comunitario, di rendere inapplicabile il regolamento sulle concentrazioni di dimensione sovranazionale e di escludere la possibilità per l'impresa ricorrente di avvalersi dei rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento comunitario (p. ti 283, 284, 285, 286). Tuttavia, l'analogia tra le due situazioni è parziale: nel caso esaminato dal Tribunale, la decisione di rinvio comportava, di fatto, la dequotazione della rilevanza comunitaria della fattispecie, e la conseguente applicazione della sola disciplina nazionale in luogo di quella comunitaria, mentre ciò non accade nella rete europea della concorrenza, dove tutte le autorità sono competenti ad applicare la medesima disciplina comunitaria. Allo stesso tempo, non v'è dubbio, per le considerazioni già svolte, che l'applicazione delle norme antitrust europee da parte di una o di un'altra Autorità può avere conseguenze rilevanti, poiché possono divergere le norme procedurali e la tipologia di sanzioni applicate. Dunque, alcuni passaggi della decisione esaminata, laddove riconoscono l'interesse individuale e diretto alla decisione, per le conseguenze che ne discendono in fatto di disciplina applicabile e di difese processuali potrebbero in parte estendersi alla rete eu-ropea della concorrenza.

37 Il punto è sottolineato anche da S. BRAMMER, *Concurrent Jurisdiction Under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation*, cit., 1414. Osserva D. WAELBROECK, “*Twelve feet all dangling down and six Necks exceeding long*”. *The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Fundamental Rights*, reperibile al sito <http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2002/200207CompWaelbroeck.pdf> che «in some Member States fines are viewed as being of a mere administrative nature, so that the guarantees provided for by Article 6 of the European Convention on Fundamental Rights do not apply», mentre «other Member States consider that fines have a criminal law character». Tuttavia, rispetto a tale disomogeneità, la Corte di Strasburgo

fase di allocazione del caso³⁸, né contestare le scelte che informalmente vi sono prese, né lamentare la mancata assegnazione del caso all'autorità nella posizione più idonea, seppure questo si traduca in un'assenza di certezza e prevedibilità delle misure sanzionatorie conseguenti alla propria condotta anticoncorrenziale³⁹.

6. FLUSSO DI INFORMAZIONI E COOPERAZIONE INVESTIGATIVA NELLA RETE TRA ESIGENZE DI EFFICIENZA E DIRITTI DELLE IMPRESE

L'assegnazione del caso a uno dei nodi della rete non significa che quest'ultimo procederà autonomamente all'attività istruttoria e investigativa preordinata all'adozione della decisione. Il regolamento prevede, infatti, che, attraverso la rete, si realizzi la raccolta e lo scambio delle informazioni funzionali alla trattazione del caso stabilendo, agli artt. 12 e 22, strumenti efficienti di cooperazione. L'art. 12, in particolare, regola la raccolta, lo scambio e l'utilizzazione delle informazioni (come mezzo di prova) nella rete e ne stabilisce la disciplina. In primo luogo, prevede che le autorità e la Commissione possono «scambiare e utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate»; in secondo luogo, stabilisce che il loro utilizzo sia ammesso «soltanto ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del trattato e riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state raccolte dall'autorità che le trasmette». Infine, nel terzo paragrafo, ne limita l'impiego come mezzo di prova quando siano in gioco sanzioni a persone fisiche⁴⁰. Meccanismi di cooperazione per le attività di indagine sono poi stabiliti all'art. 22, laddove si prevede che un'autorità garante nazionale può svolgere attività investigativa in nome e per conto dell'autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro o della Commissione, fermo restando che, in ogni caso, l'autorità esercita tali poteri conformemente alla propria disciplina nazionale (art. 22 par. 2). Naturalmente lo scambio di informazioni all'interno della rete non avviene solo in funzione istruttoria e probatoria: scambi di informazioni sono, come detto, funzionali a garantire un'adeguata allocazione del caso (si ricordi, ad esempio, l'obbligo dell'autorità procedente di comunicare alla rete l'apertura del procedimento in concomitanza con il compimento del primo atto di indagine) o a consentire l'avocazione del caso alla Commissione, laddove si prevede, ad esempio, la comunicazione della proposta di decisione elaborata da un'autorità nazionale. Tuttavia, in questo frangente la nostra attenzione va ai meccanismi di scambio e utilizzazione delle informazioni in funzione probatoria, essendo questa

ha stabilito che le sanzioni imposte da un'autorità nazionale per la violazione delle norme sulla concorrenza deve essere soggetta ad un pieno sindacato giurisdizionale in osservanza dell'art. 6 della Convenzione, intendendo con ciò un pieno sindacato delle questioni di fatto e di diritto che non si limiti a un controllo esterno di legalità. Sul punto cfr. G. DI FEDERICO, *The Impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: Enhancing procedural Guarantees Through Article 6 TEU*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 4, p. 805.

38 Osserva A.H. TÜRK, *Modernisation of EC Antitrust Enforcement*, cit., 234, che «the participation of affected individual undertakings in the allocation of such case is foreseen neither in the Regulation nor in the ECN Notice».

39 Sulle conseguenze che il funzionamento della rete ha in termini di transnazionalità delle decisioni assunte dalle autorità cfr. L. DE LUCIA, *Administrative Pluralism*, cit., 40, il quale sottolinea come l'efficacia transnazionale della sanzione abbia effetti sostanziali (rispetto alla parte interessata) ma anche organizzativi, nel senso che dovrebbe limitare il potere sanzionatorio delle altre amministrazioni della rete, in aderenza al principio del *ne bis in idem*.

40 Si stabilisce, in particolare, che il loro utilizzo come mezzo di prova quando il diritto dell'autorità che le trasmette prevede sanzioni di tipo analogo in caso di infrazioni degli artt. 81 e 82 del trattato o, in mancanza, quando le informazioni sono state raccolte rispettando lo stesso livello di tutela dei diritti di difesa delle persone fisiche di quello previste dalle norme procedurali nazionali previste per l'autorità che le riceve. Tuttavia, le informazioni non potranno, in questo secondo caso, essere utilizzate per imporre sanzioni detentive.

la prospettiva in cui la cooperazione informativa tra i nodi della rete porta all'adozione di decisioni sanzionatorie nei confronti delle imprese interessate⁴¹, e dunque è suscettibile di determinare conseguenze sfavorevoli dirette su di esse.

Principio generale che governa la materia, sia in riferimento alla raccolta di informazioni sia in ordine all'esercizio dei poteri di indagine, è che le attività in questione sono disciplinate dalle regole procedurali previste dai diritti nazionali, salvo le specifiche norme – sopra ricordate – direttamente stabilite dal regolamento n. 1/2003. Ciò ha una serie di implicazioni: innanzitutto, la disomogeneità dei diritti in cui operano le autorità garanti degli Stati determina la soggezione delle imprese interessate a diverse regole e garanzie procedurali al variare dell'autorità che compie gli atti istruttori, senza che di ciò le stesse imprese si possano dolere⁴²; in secondo luogo, mancando un diritto procedurale omogeneo, occorrerà accertare di volta in volta se le informazioni sono state raccolte in conformità o meno alle (specifiche) regole procedurali nazionali rilevanti; infine, occorre stabilire chi si fa garante della legittimità di tali informazioni e della loro raccolta corretta ai fini dell'ingresso e della circolazione nella rete.

Di qui alcuni problemi pratici che nel regolamento non trovano soluzione: che cosa succede se le imprese contestano il modo in cui sono state raccolte le informazioni? Di quali anticorpi è dotata la rete per evitare la circolazione di informazioni illegittimamente raccolte? E quali strumenti hanno le imprese che contestino l'acquisizione illegittima delle stesse per evitare che siano trasmesse agli altri nodi del network? Può un'autorità adottare una decisione sulla base di un'informazione raccolta da una diversa autorità con poteri che essa non avrebbe potuto esercitare? E, in caso di norme procedurali difformi, potrebbe aversi il caso contrario di un possibile utilizzo di informazioni illegittimamente raccolte da parte dell'autorità ricevente in ragione del fatto che il proprio diritto nazionale le riterrebbe valide⁴³? Quali conseguenze produce, infine, l'accertamento dell'illegittimità delle prove sulla conseguente decisione che nel frattempo sia stata adottata?

Secondo quanto si ricava dalle norme contenute nel regolamento (e nel par. 27 della Comunicazione), la raccolta delle informazioni deve essere, come detto, conforme alle norme procedurali nazionali: tuttavia, la loro eventuale illegittimità non ne esclude di per sé la circolazione nella rete, mancando filtri automatici e sicuri di controllo del flusso interistituzionale. Guardiane di tale conformità saranno, così, anzitutto le imprese coinvolte, nel loro stesso interesse, e l'authority che ne ha disposto la raccolta⁴⁴. Le prime devono poter contestare le modalità di raccolta delle informazioni dinanzi alle giurisdizioni nazionali e chiederne l'annullamento⁴⁵,

41 Un diverso approccio è seguito invece da D. REICHEL, *To What Extent Does the Cooperation within the European Competition Network protect the Rights of Undertakings?*, in *CMLRev.*, 2005, p. 745. Sui problemi legati alla circolazione della prova si veda altresì R. BONATTI, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1, p. 193.

42 M. MEROLA-D. WAELBROECK, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, cit., p. 314, i quali osservano come numerose divergenze tra le discipline nazionali siano rinvenibili sia con riguardo ai limiti dei poteri ispettivi, sia in ordine alle garanzie del *due process*. Sul punto cfr. anche I. VAN BAEL, *Problemi irrisolti nel diritto procedurale antitrust comunitario*, in *Conc. merc.*, 2010, p. 435.

43 Se lo domanda L. IDOT, *Pluralism normatif et droit communautaire. L'exemple des pouvoir d'investigation des autorités de concurrence*, in C. BAUDENBACHER et al. (eds.), *Liber Amicorum in honor of Bo Vesterdorf*, Bruxelles, 2007, p. 394.

44 M. MEROLA-D. WAELBROECK, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, cit., p. 314.

45 Ciò significa che il diritto nazionale deve prevedere un organismo di review con compiti di controllo sulla raccolta degli atti di indagine e sulle attività previste, ciò che peraltro non è sempre previsto. È il caso, per esempio, della Francia dove le misure investigative svolte ai sensi dell'art. 22 non sono autonomamente contestabili. Sul punto, cfr. E. DAVID, *Cooperation among national authorities in the European Competition Network*, in *Concurrences*, 2008, 4, p. 16.

mentre la seconda dovrebbe evitare lo scambio di informazioni che siano state raccolte illegittimamente. Il par. 27 della Comunicazione prevede tuttavia, in proposito, che «se la raccolta delle informazioni è stata o può ancora essere oggetto di contestazioni, l'autorità che trasmette le informazioni può informarne le autorità riceventi». Qui la necessità di un'efficiente conduzione del procedimento antitrust sembra prevalere su considerazioni legate ad esigenze di legalità e di giustizia sostanziale, poiché l'Autorità non solo non è tenuta a bloccare la trasmissione delle informazioni contestate nel proprio ordinamento, ma nemmeno è tenuta⁴⁶ ad informare l'autorità ricevente del processo di contestazione in atto in ambito nazionale. L'indicazione pare poco convincente, soprattutto se si considera un'altra previsione contenuta nel par. 4 della Comunicazione, la quale prevede che sia l'autorità competente ad adottare la decisione finale a rimanere «pienamente responsabile del corretto svolgimento dei procedimenti relativi ai casi da essa trattati».

In qualche modo, infatti, la responsabilità ultima dell'autorità decidente per l'intero procedimento – senza distinzioni per il caso in cui l'attività investigativa e istruttoria sia stata svolta da una diversa autorità – dovrebbe comportare che spetti (anche) ad essa il controllo di legalità degli atti preparatori della propria decisione, pure quando questo significa verificarne la conformità ad un diritto (quello dell'autorità di cui si è avvalsa in fase istruttoria) che non è il suo. Lo scambio delle informazioni nella rete non può, infatti, pregiudicare «i diritti o gli obblighi che spettano alle imprese ai sensi del diritto comunitario o nazionale» (ancora par. 4 della Comunicazione).

Difficile sembra un possibile intervento delle imprese volto ad ostacolare la trasmissione di informazioni illegittimamente raccolte: a tali fini, sarebbe infatti necessario che le imprese conoscessero la direzione “in uscita” degli atti istruttori rivolti nei loro confronti, ciò che – data l'informalità del processo – non pare probabile.

La salvaguardia delle garanzie procedurali delle parti interessate deve dunque contare principalmente sul doppio controllo istituzionale, da parte dell'autorità che compie le operazioni di raccolta delle informazioni (e investigative) e da parte dell'autorità ricevente, la quale ultima, per assicurare la correttezza e legalità del proprio procedimento decisorio, deve verificarne la conformità sia “interna” (rispetto all'ordinamento di provenienza) sia “comunitaria”, alla luce dell'art. 12 del reg. relativo alla identità di scopo e alle limitazioni circa la sanzionabilità delle persone fisiche⁴⁷. Naturalmente lo scambio e l'impiego di informazioni illegittime ridonda necessariamente nella illegittimità della decisione finale che su esse dovesse fondarsi, e dunque si riflette sul piano del successivo sindacato giurisdizionale.

7. LA TENUTA DELL'ESERCIZIO A RETE DELLA FUNZIONE DI ENFORCEMENT DINANZI AL GIUDICE

L'esercizio a rete della funzione di enforcement non può che tradursi in una corrispondente allocazione variabile della funzione di controllo giurisdizionale. È evi-

⁴⁶ Critico sul punto D. REICHEL, *To What Extent Does the Co-operation within the European Competition Network protect the Rights of Undertakings?*, cit., p. 751, il quale afferma che «one could argue that, in a Union founded on the rule of law it is a matter of course that only legally collected information can be object of an exchange of information within the ECN».

⁴⁷ Il *Commission's Staff Working Paper* (di accompagnamento alla Comunicazione della Commissione) parla in proposito di «double barrier approach». A ciò si aggiunge un'ulteriore garanzia, che concerne il diritto di contestazione delle imprese. Queste ultime, infatti, devono essere poste nella condizione di contestare l'attività svolta dall'amministrazione che compie le operazioni di raccolta e di investigazione secondo il diritto nazionale o in alternativa di farne valere l'ammissibilità come mezzi di prova dinanzi all'autorità ricevente.

dente, infatti, che vi sarà una simmetrica corrispondenza tra autorità nazionale competente ad adottare la decisione e giudice competente a esercitare il controllo su di essa.

Se – alla luce dei criteri sopra esaminati – la decisione è adottata dalla Commissione, il giudice competente a esercitare il sindacato sarà, dunque, il Tribunale e, in appello, la Corte di giustizia dell'Unione europea, che eserciteranno sulle decisioni un sindacato pieno. Se, invece, la decisione è emanata da un'autorità garante di uno Stato membro, saranno le Corti di quel medesimo Stato a essere competenti nel controllo di legalità dei suoi atti. Ciò significa che l'impresa che intenda contestare la decisione adottata nei suoi confronti dovrà esperire la relativa azione di annullamento dinanzi al giudice dell'autorità che ha deciso il caso, che non sarà necessariamente il proprio giudice «naturale». Così, riprendendo l'ipotesi immaginata in precedenza, l'impresa francese che sia colpita da una sanzione dell'autorità tedesca, non solo non potrà lamentare l'eventuale errata attribuzione del caso a tale autorità della rete, non solo non potrà dolersi del trattamento meno favorevole che da ciò ne discende, ma dovrà eventualmente attaccarne le decisioni dinanzi all'organismo interno che, secondo il diritto tedesco, sia competente a esercitare il controllo giurisdizionale. La struttura e le regole del giudizio, il grado di deferenza accordato alle decisioni amministrative e le norme procedurali saranno poi, com'è ovvio, quelle previste dalla disciplina nazionale⁴⁸.

La controversia potrà avere caratteri di sovranazionalità più o meno accentuati. Dinanzi al giudice competente potranno venire in rilievo solo censure di diritto interno, relative ad esempio a profili procedurali o sostanziali, oppure potranno porsi questioni interpretative o di validità del diritto comunitario, suscettibili di portare al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Il ricorso, ancora, potrebbe richiedere al giudice di conoscere anche una disciplina nazionale antitrust diversa dalla propria, nel caso, prospettato sopra, di una condotta anticoncorrenziale conseguenza di una legge interna contraria alle previsioni degli artt. 101 e 102 del Trattato.

Infine, la rete potrà produrre intrecci e intersezioni del tutto peculiari sul piano giurisdizionale in ragione dei meccanismi appena ricordati di circolazione della prova. Che cosa accade se, ad esempio, è impugnata una decisione lamentando l'illegittimità degli accertamenti istruttori compiuti da una diversa authority della rete? Cosa accade al procedimento in corso dinanzi ad un'autorità garante di uno Stato membro se un giudice di un diverso Stato annulla, nel frattempo, le misure investigative già recepite nella procedura sanzionatoria? Quali poteri di sindacato ha il giudice tedesco o comunitario rispetto agli atti investigativi svolti in Francia ma rilevanti ai fini della decisione di annullamento della sanzione impugnata?

Se la cooperazione investigativa o lo scambio di informazioni avviene tra Commissione e autorità nazionali, sappiamo che per l'operare dei principi stabiliti nei casi *Oleificio Borelli* e *Foto-frost*⁴⁹, esiste un preciso limite ad operare un controllo di legittimità sugli atti della diversa amministrazione (nazionale o comunitaria) intervenuta nella procedura. Lo stesso vale, poi, per i rapporti orizzontali tra giurisdizioni

48 A.H. TÜRK, *Modernisation of EC Antitrust Enforcement*, cit., p. 236: «The parallel enforcement of Articles 81 and 82 ECT increases the number of public authorities responsible for enforcing these provisions» e poiché ogni autorità è soggetta al controllo giurisdizionale delle Corti nazionali «the new regime will inevitably lead to a fragmentation of judicial review». Sul tipo di sindacato operato in materia di decisioni antitrust, cfr. D. LEHMKUHL, *On Government, Governance and Judicial Review: The Case of European Competition Policy*, in *Jnl Publ. Pol.*, 2008, 28, 1, p. 139.

49 Sentenza 22 ottobre 1987, in causa 314/85, *Fotofrost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, in *Raccolta*, 1987, 4199; Sentenza 3 dicembre 1992, in causa C-97/91, *Oleificio Borelli v. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, 6336.

zioni degli Stati membri, non potendosi prevedere, per l'operare dei principi sulla giurisdizione, la sindacabilità di decisioni prodotte in un ordinamento nazionale da parte di organi giurisdizionali di un diverso sistema.

Di qui, allora, tre possibilità. Nella prima, si potrebbe stabilire la necessaria contestazione degli atti investigativi e istruttori attraverso l'attivazione dei rimedi giurisdizionali interni, da istituirsi obbligatoriamente da parte degli Stati. Tale soluzione presenta l'inconveniente di condurre a un sistema di possibili preclusioni e a uno spezzettamento della vicenda procedimentale, che impone poi di risolvere la questione delle conseguenze prodotte dalle sentenze intervenute nel primo giudizio sul processo azionato contro la decisione finale.

Nella seconda, si potrebbe riconoscere che la ricezione delle informazioni e l'impiego degli esiti delle attività investigative compiute in nome e per conto dell'autorità che poi li utilizza determinino la diretta ed esclusiva imputabilità di quegli atti all'autorità ricevente ai fini del loro controllo giurisdizionale. Tale soluzione, tuttavia, appare problematica, anche in ragione delle potenziali conseguenze che si produrrebbero – ad esempio sotto il profilo risarcitorio – in capo all'amministrazione ricevente nel caso di attività investigativa e istruttoria illegittima e anche produttiva di danni.

Nella terza, ancora, si potrebbe prospettare un'applicazione "orizzontale" del meccanismo del rinvio pregiudiziale (di validità), tra le diverse Corti nazionali e la Corte di giustizia dell'UE: ciò consentirebbe di sospendere il processo pendente sulla decisione finale al fine di chiedere al giudice del sistema di provenienza delle prove un sindacato su queste ultime.

8. ALCUNE RIFLESSIONI CONCLUSIVE

In questo scritto si è tentato di mettere in luce problemi e implicazioni discendenti dall'esercizio a rete della funzione di enforcement delle norme antitrust, avendo riguardo ai diritti procedurali e processuali delle imprese. È alla luce di questi ultimi, infatti, che si dovrebbe e vorrebbe verificare, più in generale, la tenuta della struttura reticolare in termini di sua aderenza alla *rule of law* amministrativa⁵⁰.

L'indagine ha consentito la messa a fuoco di numerosi elementi significativi sia nell'ottica dello studio del modello di amministrazione decentrata, sia nella prospettiva delle implicazioni di tale modello per i destinatari dell'azione amministrativa a rete.

Sotto il primo profilo, va registrata la combinazione problematica di elementi di unitarietà (dati dalla disciplina del regolamento n. 1/2003 e dalla comune normativa antitrust applicata da tutti i nodi del network) e di frammentazione (i diversi diritti procedurali e processuali in cui vivono le autorità e la Commissione). Da tale compresenza derivano numerose tensioni: le imprese destinatarie dell'azione delle autorità della rete sono soggette, pur nel quadro uniforme fissato dalle norme del Trattato, a trattamenti disomogenei e assai diversificati secondo logiche e regole non prevedibili a priori, né in linea di massima contestabili. Tale incertezza appare particolarmente problematica quando si traduce nell'imprevedibilità delle sanzioni (anche di carattere penale) comminabili a fronte di certe condotte anti-concorrenziali.

Sul piano dei rapporti tra le discipline antitrust, l'art. 3 del regolamento afferma la

⁵⁰ Cfr. E. CHITI, *L'accountability*, cit., p. 29.

preminenza delle norme del Trattato sulle discipline nazionali: ciò, considerata la circolazione del caso nella rete, comporta un effetto ulteriore e cioè che norme di uno Stato membro possano rilevare nella trattazione di un caso ed essere applicate quale causa giustificativa dinanzi ad una qualunque autorità della rete, pure di ordinamento diverso da quello in cui è stata emanata la disciplina.

In numerosi dei suoi meccanismi di funzionamento, inoltre, la rete è opaca: gli accordi informali che precedono l'allocazione dei casi e lo scambio e la trasmissione delle informazioni sono funzionali alla gestione efficiente dei procedimenti antitrust, ma sono invisibili alle imprese. Queste ultime non sanno nulla di ciò che avviene fino a quando il procedimento non si fissa dinanzi all'autorità che tratterà il caso.

La distribuzione dei casi nella rete è «affare interno», riservato alle autorità, e non produce in capo alle imprese alcun diritto azionabile, anche quando l'individuazione di una o di un'altra autorità ha conseguenze rilevanti dal punto di vista della posizione dell'impresa, ad eccezione delle regole di competenza stabilite nel regolamento sull'allocazione dei casi tra Commissione e autorità nazionali.

Lo scambio di informazioni tra i nodi del network, strumento nevralgico per il funzionamento efficiente della rete, avviene senza che le imprese interessate dalle informazioni e destinatarie degli accertamenti siano edotte della direzione di scambio, né possano in qualche modo bloccare il flusso di dati raccolti. Ancora una volta, ciò dipende dalle autorità della rete. L'intreccio degli atti istruttori (compiuti alla luce di determinate regole) e decisori non è scevro da complicate implicazioni processuali, in ragione della insindacabilità incrociata degli atti frutto della cooperazione istruttoria e investigativa.

È evidente che esigenze di efficienza nell'allocazione e nella trattazione del caso sono alla base dell'informalità e della ridotta controllabilità dei meccanismi di funzionamento e di coordinamento della rete quali sono oggi previsti; così come ragioni di celerità ed economicità impongono confini mobili e flessibili tra i nodi nazionali della rete, in un'ottica di sostanziale interscambiabilità della loro azione. Tuttavia, proprio tale sistema di competenze parallele genera talune criticità, sul piano della legalità e della giustiziabilità delle decisioni, nella misura in cui ogni autorità partecipante al network risulta immersa in un sistema di norme procedurali e sostanziali (anche sensibilmente) disomogenee, che rendono niente affatto indifferente, per i soggetti interessati, l'allocazione del caso tra i nodi della rete e il regime giuridico al medesimo applicabile.

La via di superamento di tale tensione, allora, pare duplice: da un lato, più che puntare su un irrigidimento della rete o su una maggiore formalizzazione dei suoi meccanismi di coordinamento, suscettibili di tradursi in potenziali inefficienze, va ulteriormente rafforzato il grado di omogeneizzazione delle norme procedurali e dei regimi sanzionatori previsti dai diritti nazionali antitrust. Dall'altro, occorre mettere a punto soluzioni adeguate, anche in termini di raccordo tra le giurisdizioni nazionali, per garantire la giustiziabilità delle decisioni che sono frutto dell'azione congiunta di più autorità operanti nella rete⁵¹.

51 A oggi, tuttavia, il funzionamento della rete non sembra costituire, negli aspetti qui evidenziati, e per quel che abbiamo potuto verificare, l'oggetto di un contenzioso specifico dinanzi ai giudici nazionali, cosicché, al di là della rilevanza teorica dei problemi evidenziati, non è dato rinvenire una corrispondente ricaduta pratica nel contenzioso dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

Regolazione finanziaria ed externalità del contratto: i contratti rivolti ai terzi

di Paolo Giudici

ABSTRACT

It is widely shared, especially among Italian lawyers, the view that financial regulation interferes with contract law in order to correct asymmetric information. This article shows, instead, that financial regulation interferes with a large part of the contracts used in financial markets in order to govern third-party effects of those contracts. The article analyzes some of the contracts where those third-party effects are present and how regulation tackles the problem of contract extension. The article shows that there are new contracts where the problem arises, e.g. the market maker or the liquidity provider contract. Accordingly, the article offers a completely different perspective on a significant part of the interaction between financial regulation and contract law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fallimenti del mercato e contratto. – 3. (Segue). Problemi di azione collettiva, ambiguità del contratto, regolazione. – 4. Il contratto di collocamento. – 5. Il contratto di revisione. – 6. Il contratto di rating. – 7. Gli analisti finanziari. – 8. Contratti con cui si promettono prestazioni anche nell'interesse degli investitori: il contratto tra il market-maker e l'emittente o il mercato. – 9. Il contratto di quotazione. – 10. La disciplina dell'informazione societaria come un contratto tra l'emittente, i primi sottoscrittori e le future generazioni di investitori. – 11. Osservazioni conclusive.

1. INTRODUZIONE

La dottrina civilistica è ormai perfettamente consapevole che esistono ampie aree di sovrapposizione tra la tradizionale disciplina dei contratti e la regolazione economica¹. Le ragioni di questa sovrapposizione sono di solito analizzate per settori o aree disciplinari e usualmente scandite intorno al tema della protezione della parte debole². Nel diritto dei mercati finanziari l'interferenza tra disciplina del contratto e regolazione è particolarmente significativa. Anche in questo settore l'analisi della dottrina si concentra prevalentemente sulla necessità di protezione della parte debole: l'osservazione ricorrente è che nel mercato finanziario esiste una forte asimmetria informativa tra il lato dell'offerta di prodotti finanziari e il lato della domanda, soprattutto quando sul lato della domanda stanno investitori *retail* e piccole imprese; una gran parte della regolazione, dunque, sarebbe diretta a colmare questa asimmetria informativa³.

¹ Per tutti E. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 471 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto, suoi effetti reali e obbligatori*, 2013, p. 5 ss.

² Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, p. 515; E. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19; V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 1975.

³ A. PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 10 ss.; F. SARTORI,

La spiegazione che si offre al profondo intervento della regolazione sulla materia finanziaria e che si concentra sul topos dell'asimmetria informativa ignora altri fenomeni che sono, invece, di grande rilevanza per una corretta comprensione della disciplina. Le asimmetrie informative, infatti, sono tradizionalmente gestite, nel mercato finanziario, attraverso l'intervento di "intermediari", cui l'impresa che emette strumenti finanziari (l'emittente) dà incarico di "certificare" determinate informazioni per assicurare i potenziali investitori e indurli a sottoscrivere o acquistare quegli strumenti. Il contratto tra l'emittente e l'intermediario è un contratto che si rivolge anche od esclusivamente ai terzi investitori. Tra gli esempi di questi contratti, di cui la regolazione finanziaria si occupa in maniera più o meno intensa, troviamo il contratto tra l'emittente e il consorzio di collocamento, il contratto (tra tutti, decisamente il più complesso e, per questo, il più regolamentato) con il revisore contabile, quello con l'agenzia di rating. Sono, in altre parole, i contratti tra l'emittente e quelli che, nella terminologia dell'analisi economica del diritto, sono definiti *gatekeepers*, in quanto la loro cooperazione è necessaria all'emittente per accedere al mercato finanziario⁴. Oltre a quel termine, peraltro, si utilizza anche il sintagma "intermediari reputazionali", che già descrive, in qualche misura, la ragione per cui i terzi possono, almeno teoricamente, fare affidamento sui contenuti di un contratto di cui non fanno parte: la reputazione dell'intermediario prescelto⁵.

L'impiego dei contratti con destinazione ai terzi⁶ o, secondo altra terminologia possibile, rivolti ai terzi, non si esaurisce, tuttavia, nell'ambito della soluzione dei problemi di asimmetria informativa. Nel mercato finanziario questo genere di contratti si trova anche in altri contesti e, in particolare, per assicurare gli investitori circa la futura possibilità di liquidare il proprio investimento. Si pensi, per esempio, ai contratti tra l'emittente e il *liquidity provider* o il *market maker*, tra l'emittente e il gestore del mercato, tra il gestore del mercato e il *market maker*. Anche questi contratti sono stipulati con lo sguardo rivolto agli investitori, che però non ne sono parte e a cui il contratto, in apparenza, non attribuisce diritti.

Non mi risulta che questi contratti, che caratterizzano ampie parti dell'operatività e della disciplina dei mercati finanziari, siano mai stati analizzati da una prospettiva generale. Certamente il rapporto di questi contratti con la regolazione dei mercati finanziari è sfuggito a qualsiasi tipo di indagine, sia nella letteratura internazionale, sia in quella italiana. Quando un'analisi delle relazioni contrattuali è stata condotta, essa ha riguardato solo le singole figure; manca, in altre parole, una visione di sistema sui contratti rivolti ai terzi nei mercati finanziari⁷.

Informazione economica e responsabilità civile, Cedam, Padova, 2011, p. 41 ss.

4 Lo studio dei *gatekeepers*, peraltro, non s'incentra tanto sull'interrelazione tra regolazione e contratto, quanto sulle forme che la regolazione deve avere e sulle responsabilità (verso chi e di che natura) che i *gatekeepers* devono affrontare: R.H. KRAAKMAN, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, in *J. Law Econ. & Org.*, 2, 1986, p. 53; S.J. CHOI, *Market Lessons for Gatekeepers*, in *Nw. U.L. Rev.*, 92, 1998, p. 916; J.C. COFFEE JR., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006; A. HAMDANI, *Gatekeeper Liability*, in *S. Cal. L. Rev.*, 77, 2003, p. 53; P.B. OH, *Gatekeeping*, in *Iowa J. Corp. L.*, 29, 2004, p. 735; A.F. TUCH, *Multiple Gatekeepers*, in *Virg. L. Rev.*, 96, 2010, p. 1583. In Italia, v. G. FERRARINI-P. GIUDICI, *I revisori e la teoria dei gatekeepers*, in *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 115; P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 317 ss.

5 V. la letteratura citata alla nota precedente.

6 Così E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 201 ss.

7 Come anticipato alla precedente nota 4, non mancano studi sul fenomeno in generale, ma sono condotti da prospettiva molto diverso rispetto a quella contrattuale.

Da un punto di vista di analisi economica e di teoria della regolazione, il caso dei contratti rivolti ai terzi è un caso di esternalità del contratto e, anzi, di contratto che volutamente genera beni pubblici. Il valore positivo di questi beni ricade, in ultima analisi, sull'emittente o, se diverso, sul soggetto che comunque paga un corrispettivo perché informazioni o servizi siano resi ai terzi. Il tema, dunque, è se vi siano fallimenti del mercato tali da imporre l'intervento della regolazione su tali contratti, in termini di definizione della prestazione resa in forza del contratto e di diritti attribuibili ai terzi. Da un punto di vista di diritto civile, invece, il tema può essere declinato come una questione di effetti del contratto (art. 1372 c.c.). I contratti rivolti ai terzi non sono contratti a favore di terzi nel senso tradizionale del concetto, perché quei contratti non prevedono effetti giuridici in capo ai terzi, che non acquistano diritti (o quantomeno, non acquistano tutti i diritti, tra cui quello alla prestazione) per effetto diretto della stipulazione⁸. Ma la loro struttura è indissolubilmente legata alla presenza dei terzi, tanto è vero che in alcune situazioni l'emittente può addirittura non avere interesse al corretto adempimento della prestazione dedotta in contratto⁹. Il caso di un contratto in cui il creditore può non avere alcun interesse alla corretta esecuzione della prestazione da parte del debitore – perché la prestazione è destinata soltanto a creare fiducia dei terzi in favore dell'emittente, senza che i terzi possano vantare diritti nei confronti delle parti – è certamente meritevole di approfondimenti.

In questo studio, che è uno studio di teoria della regolazione, intendo dunque analizzare le strategie attraverso cui la disciplina dei mercati finanziari interviene su questi contratti, mettendo in evidenza che una delle funzioni o delle conseguenze della regolazione dei mercati finanziari è proprio quella di estendere il perimetro degli effetti giuridici del contratto¹⁰. Il lavoro è strutturato in due parti. Nella prima, che occupa due paragrafi tra loro strettamente connessi, analizzo la relazione esistente tra teoria della regolazione e contratto, perché si tratta di una relazione i cui termini sono talvolta equivocati in letteratura o ridotti, come enunciavo all'inizio di questo scritto, al problema della protezione della controparte debole, che è invece del tutto estraneo all'oggetto di questo studio. Nella seconda parte, cui sono dedicati i successivi paragrafi, analizzo i diversi rapporti contrattuali, le risposte che si sono offerte al problema degli effetti nei confronti dei terzi, i modi in cui la regolazione ha affrontato quel problema. Seguono le conclusioni, in cui cerco di sintetizzare i risultati raggiunti.

2. FALLIMENTI DEL MERCATO E CONTRATTO

I rapporti tra regolazione e contratto sono oggetto di forti pregiudizi. Le norme sui contratti sono norme di diritto privato e nella nostra tradizione giuridica spesso si rifiuta l'idea che il diritto privato possa avere a che fare con la regolazione¹¹. Con il

⁸ Sui contratti a favore di terzo M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 109 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 530 ss.

⁹ Per esempi v. *infra*.

¹⁰ La questione trattata evoca anche la materia della responsabilità da contatto sociale, che pure copre, seppure con un impianto argomentativo diverso, il tema delle esternalità del contratto: per una recente analisi, A. ZACCARIA, "Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakts" (*La resistibile ascesa del "contratto sociale"*), in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77, dove si trova un'analisi critica della giurisprudenza della Cassazione in tema di responsabilità da contatto sociale.

¹¹ In altri paesi europei la dicotomia è peraltro anche maggiore: il tema è ampiamente analizzato, in tema di disciplina dei mercati finanziari, nel libro AA.VV., *Liability of Asset Managers*, D. BUSCH-D. DEMOTT (a cura di), Oxford (UK), 2012, *passim*.

termine «regolazione» la nostra tradizione indica l'intervento pubblico nei mercati, attraverso il controllo dell'ingresso delle imprese nel mercato (autorizzazioni), il controllo delle loro attività economiche, eventualmente il controllo della loro uscita dai mercati¹². Questa tradizione riflette una concezione degli ordinamenti in cui diritto pubblico e diritto privato sono fortemente compartimentati. Secondo questa concezione, il diritto dei contratti si occupa solo di rapporti tra privati. Esso interviene su questi rapporti per riconoscere (o disconoscere) effetti giuridici a certi comportamenti e per facilitare il raggiungimento di accordi vincolanti. Il principio portante è quello dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.): le parti sono libere di articolare i propri rapporti patrimoniali come credono, anche concludendo contratti che non appartengono a tipi aventi una disciplina particolare, con il solo limite della realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2, c.c.).

Il principio dell'autonomia contrattuale è fondato, in economia, sul primo teorema dell'economia del benessere. In un'economia perfettamente concorrenziale, gli scambi determinano la pareto-efficienza del sistema. Il libero (anche nelle articolazioni negoziali) scambio, dunque, produce la migliore allocazione delle risorse all'interno della società: è la mano invisibile di Adam Smith. Il supporto al principio dell'autonomia contrattuale è offerto anche dal teorema di Coase. Assenti i costi di transazione, due parti razionali libere di contrattare tra loro troveranno la distribuzione delle relative ricchezze che massimizza il proprio benessere e, quindi, il benessere sociale. Qualsiasi restrizione alla libertà contrattuale limita la possibilità di raggiungere questo risultato¹³.

Secondo la visione tradizionale, le eccezioni al principio dell'autonomia contrattuale sono dunque limiti collocati alla periferia del diritto privato. In particolare, le norme imperative sono prevalentemente viste come norme di protezione di parti deboli e si esprimono tendenzialmente nella forma della nullità e dell'integrazione cogente del contratto¹⁴. Anche il contratto imposto giace in un'area assolutamente residuale (art. 2597 c.c.). Dopo un lungo discredito da parte degli economisti, le norme imperative di protezione, prima viste come espressioni di puro paternalismo, hanno ora trovato una qualche giustificazione economica alla luce della *behavioral economics*¹⁵, mentre la disciplina del contratto imposto si è sostanzialmente allargata rispetto al passato sotto l'influenza dell'intervento antitrust e, in particolar modo, della disciplina sull'abuso di posizione dominante.

3. (SEGUE). PROBLEMI DI AZIONE COLLETTIVA, AMBIGUITÀ DEL CONTRATTO, REGOLAZIONE

Gli economisti giustificano la regolazione in presenza di fallimenti del mercato con argomenti ormai entrati nel bagaglio culturale dei giuristi. Tra i fallimenti del mercato vi sono, oltre al potere di mercato, le esternalità del consumo o della pro-

¹² Per tutti M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995.

¹³ Questi temi sono illustrati in qualsiasi testo di analisi economica del contratto. Cfr. B.E. HERMALIN-A.W. KATZ-R. CRASWELL, *The Law & Economics of Contracts*, in A.M. POLINSKY (a cura di), *The Handbook of Law & Economics*, Amsterdam-Boston, 2007, p. 34; R. COOTER-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. PARDOLESI-T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 2006; L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003.

¹⁴ E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 473.

¹⁵ V. per tutti C. R. SUNSTEIN, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, in *Yale L.J.*, 122, p. 1826; C. R. SUNSTEIN-R. H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not An Oxymoron*, in *U. Chi. L. Rev.*, 70, 2003, p. 1159.

duzione, che si distinguono in negative e positive¹⁶. Le esternalità negative sono i costi che chi consuma o produce un bene o un servizio impone ai terzi o all'intera collettività, senza subirli (senza «internalizzarli», con il neologismo di uso comune nel linguaggio degli economisti)¹⁷. Le esternalità positive sono invece i benefici che chi produce o consuma il bene offre ai terzi o all'intera collettività¹⁸. Vi sono poi i beni pubblici, come la difesa o la sicurezza interna¹⁹, che hanno caratteristiche ulteriori rispetto alle semplici esternalità, quali la non rivalità e la non esclusività nel consumo, che ne giustifica generalmente una trattazione separata, come un'autonoma forma di fallimento del mercato²⁰. Altre esternalità sono quelle dettate dagli effetti dei comportamenti presenti sulle generazioni successive: si pensi, per esempio, ai temi relativi alla protezione dell'ambiente e delle specie animali in pericolo di estinzione o, nella materia che ci occupa, alle generazioni di azionisti che si succedono nella partecipazione in una società²¹. In presenza di esternalità non sempre è possibile trovare un accordo contrattuale che soddisfi il teorema di Coase, per cui può essere necessario l'intervento della regolazione.

I problemi generati dalle esternalità, come del resto i problemi generati dal potere di mercato, sono problemi di azione collettiva. Dietro i fallimenti del mercato si cela, all'essenza, un problema di negoziazione efficiente, causato dai «costi di transazione», descrivibili come «search and information costs, bargaining and decision costs, policing and enforcement costs»²². I costi di transazione sono un elemento del mondo in cui viviamo. Quando peraltro i diritti della personalità, i diritti reali²³ e gli impegni contrattuali sono efficacemente tutelati, normalmente gli scambi avvengono, le esternalità sono «internalizzate», il potere di mercato è ridotto o annullato, le asimmetrie informative gestite e i comportamenti irrazionali non assumono dimensione collettiva. In queste situazioni il diritto privato si può semplicemente preoccupare di ridurre quanto più possibile i costi di transazione a favore di un più scorrevole funzionamento delle negoziazioni e, quindi, del mercato. Le norme suppletive che compongono gran parte del diritto dei contratti hanno questa funzione²⁴. I fallimenti del mercato emergono invece quando i costi di transazione sono insuperabili a causa del numero dei contratti che si dovrebbe-

16 Tratta estesamente il tema delle esternalità, probabilmente per la prima volta in termini di moderna analisi economica nella nostra letteratura giuridica, U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 9 ss.

17 H.R. VARIAN, *Intermediate Microeconomics*, W.W. Norton & Company, New York-Londra, 2003, p. 603.

18 H.R. VARIAN, *Intermediate Microeconomics*, cit., p. 603. Quando il vantaggio è ottenuto agendo opportunisticamente si ha un'azione di *free-riding*; il fenomeno, per esempio, contraddistingue tutta la regolazione dei contratti di distribuzione commerciale: il classico in letteratura è L.G. TELSER, *Why Producers Want Fair Trade?*, in *J. L. & Econ.*, 3, 1960, p. 86.

19 Molti testi menzionano i beni pubblici tra i casi di fallimento di mercato, distinguendoli dalle esternalità: cfr. R. COOTER-T. ULEN, *Law and Economics*, Boston-San Francisco, 2004, pp. 46-47; J.E. STIGLITZ, *Economics of the Public Sector*, New York, 2000, pp. 79-80. In effetti, i beni pubblici rappresentano un caso limite del problema relativo alla internalizzazione delle esternalità positive: sulla relazione cfr. H.R.VARIAN, *Intermediate Microeconomics*, cit., p. 643.

20 Cfr. L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, cit., p. 36.

21 *Infra*, § 10.

22 Così C.J. DAHLMAN, *The Problem of Externality*, in *J. L. & Econ.*, 22, 1979, p. 141, a p. 148, con un passo citato come un'eccellente definizione del concetto dallo stesso padre dell'analisi dei costi di transazione: R.H. COASE, *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago, 1988, p. 6. L'articolo con cui si è avviato lo studio dell'impatto dei costi di transazione sulla regolazione è ID., *The Problem of Social Cost*, in *J. L. & Econ.*, 3, 1960, p. 1.

23 Gli economisti parlano di «diritti di proprietà», sineddoche dal significato spesso vago, che normalmente allude anche a quello che nel nostro ordinamento sono i diritti assoluti.

24 E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 458; I. AYRES-R. GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, in *Yale L.J.*, 99, 1989, p. 87.

ro stipulare o della rapidità con cui le negoziazioni dovrebbero avvenire²⁵, quando il contratto dovrebbe essere intergenerazionale²⁶ o quando vi è una non chiara definizione del contenuto dei diritti²⁷.

Nel mercato finanziario vi sono numerose situazioni in cui i costi di transazione che conducono al fallimento di mercato dipendono da problemi di azione collettiva. Peraltro, vi sono anche molte situazioni in cui il problema di azione collettiva è esacerbato da ambiguità relative all'attribuzione dei diritti, che spesso dipendono da ambiguità dei contratti, ambiguità che molto spesso hanno natura strategica²⁸. In questi casi, come cercherò di dimostrare per il caso dei contratti rivolti ai terzi in uso nel mercato finanziario, la regolazione interviene e interferisce, in vari possibili modi, con la disciplina del contratto e con il principio di autonomia²⁹. Avvio l'analisi con il contratto di collocamento.

4. IL CONTRATTO DI COLLOCAMENTO

Le società che emettono valori mobiliari non hanno un canale distributivo per il collocamento dei titoli presso gli investitori e hanno, quindi, la necessità di rivolgersi ad intermediari finanziari specializzati. La storia della materia mostra che sul mercato si è progressivamente affermato un modello. L'emittente incarica un intermediario, che opera da capofila, svolge una *due diligence* sull'emittente e prende parte alla redazione del prospetto, organizza il consorzio o i consorzi di intermediari che partecipano al collocamento³⁰.

La regolazione considera il collocamento di strumenti finanziari un servizio d'investimento e lo sottopone alla relativa disciplina. Tuttavia, il contratto tra l'emittente e gli intermediari non è oggetto di norme specifiche e, dunque, la regolazione in apparenza se ne disinteressa. Il capofila partecipa con l'emittente alla redazione del prospetto informativo, che è un documento di cui, invece, la regolazione si è impossessata. Infatti, chi intende sollecitare l'investimento attraverso un'offer-

25 Due esempi possono rendere più chiaro il passaggio. Il primo, classico della letteratura in materia, riguarda la circolazione automobilistica, un fenomeno che ha potentemente condizionato l'evoluzione dei sistemi di responsabilità civile moderni (cfr. S. ISSACHAROFF-J.F. WITT, *The Inevitability of Aggregate Settlements: An Institutional Account of American Tort Law*, in *Vand. L. Rev.*, 57, 2004, p. 1571). L'automobilista e il pedone non possono contrattare in anticipo le loro reciproche relazioni: non è infatti possibile immaginare che tutti i potenziali automobilisti possano contrattare con tutti i potenziali pedoni per regolamentare in anticipo i rischi dei rispettivi comportamenti. In questo caso è il numero delle transazioni a rendere impossibile una disciplina contrattuale dei rapporti. Il secondo esempio, altrettanto classico, è quello dell'espropriazione. Non è possibile immaginare che per il compimento di una grande opera pubblica lo stato negozi con tutti i proprietari dei suoli su cui deve sorgere l'opera, perché inevitabilmente si verificherebbero problemi di comportamento strategico, dettati soprattutto dal fatto che la negoziazione non potrebbe essere istantanea: l'ultimo proprietario invitato a cedere il suolo si troverebbe infatti con un enorme potere contrattuale, atteso che il suo dissenso renderebbe vano l'intero processo di negoziazione multipla. La letteratura che analizza il rapporto tra *property rules* e *liability rules* abbonda di questi e altri esempi: v. per tutti G. CALABRESI-A.D. MELAMED, *One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 85, 1972, p. 1106 ss. in particolare; R.A. EPSTEIN, *A Clear View of The Cathedral: The Dominance of Property Rules*, in *Yale L.J.*, 106, 1997, p. 2091.

26 *Infra*, § 0.

27 C.M. ROSE, *The Shadow of The Cathedral*, in *Yale L.J.*, 106, 1997, pp. 2175 e 2197 s. in particolare.

28 V. *infra*, nota 39.

29 La mia analisi non intende affermare che in tutti quei casi l'intervento della regolazione è corretto. Per esempio, il recente intervento regolatorio sulle agenzie di rating è probabilmente un cattivo esempio di regolazione e di intervento sui contratti. Quello che intendo mostrare è che la regolazione interagisce con la disciplina dei contratti e con i meccanismi della responsabilità civile più di quanto non si pensi, giungendo al punto di impossessarsi di contratti in cui non vi è una chiara definizione del contenuto dei diritti o in cui vi sono irrisolvibili problemi di azione collettiva.

30 Questo modello si affermò nel mercato americano e fu poi adottato anche in Europa; v. la letteratura citata nelle successive note 36 ss.

ta pubblica deve predisporre un prospetto (art. 3, direttiva 2003/71/CE; art. 94 TUF)³¹. I contenuti del prospetto sono fissati dalla legge, a livello europeo, secondo schemi predeterminati dalla regolazione di settore³². La disciplina di settore prevede la responsabilità per le inesatte informazioni contenute nel prospetto (art. 6 direttiva 71/2003/CE) e la presenza di un responsabile del collocamento, che vigila sull'intera procedura di offerta al pubblico [art. 93-bis, comma 1, lett. e); art. 94, comma 9, TUF].

Le ragioni per cui la regolazione finanziaria si interessa così meticolosamente del prospetto e, più in generale, degli obblighi di informazione degli emittenti sono oggetto di analisi approfondite. Vi sono ragioni di riduzione dei problemi di azione collettiva degli investitori³³, di standardizzazione³⁴, di contenimento delle esternalità positive generate dalla diffusione di informazioni³⁵. Non vanno però dimenticate ragioni ulteriori, che toccano più direttamente i temi del contratto e della responsabilità civile. L'analisi storica mostra che il contratto tra l'emittente e il capofila (il c.d. «originator»)³⁶ ed il suo consorzio nulla diceva circa i diritti degli investitori. L'*originator* svolgeva la propria *due diligence* e impegnava la propria reputazione³⁷; la società emetteva gli strumenti finanziari che erano sottoscritti da un sindacato organizzato dallo stesso originator, che li collocava dichiarando che le informazioni provenivano dall'emittente, che le stesse gli parevano ragionevoli e che però il sindacato non si assumeva responsabilità per la relativa esattezza³⁸. L'investitore comprava dai collocatori e si trovava così in una situazione ambigua circa la responsabilità per le informazioni contenute nel prospetto, che provenivano da una parte con cui non era *in privity*³⁹.

L'ambiguità fu definitivamente affrontata, anche se in tema di revisori contabili, in un caso tra i più celebri della storia giudiziaria della materia, *Ultramares*, in cui il giudice Cardozo negava tutela ad una banca che aveva fatto affidamento sui contenuti di un giudizio espresso da una società di revisione, sulla base del principio

31 Sul prospetto, nella nostra moderna letteratura giuridica, l'opera capostipite è G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto. Informazione societaria e tutela degli investitori*, Giuffrè, Milano, 1986.

32 Si tratta del regolamento (CE) n. 809/2004, modificato dal regolamento delegato (UE) n. 486/2012.

33 P. GIUDICI, *La responsabilità*, cit., p. 27 ss.

34 L. ZINGALES, *The Future of Securities Regulation*, in *J. Acc. Research*, 47, 2009, p. 391.

35 J.C. COFFEE JR., *Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System*, in *Virg. L. Rev.*, 70, 1984, p. 717.

36 W.O. DOUGLAS-G.E. BATES, *Some Effects of the Securities Act Upon Investment Banking*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1, 1933, p. 285 ss.

37 C.D. RAMIREZ, *Did J.P. Morgan's Men Add Liquidity? Corporate Investment, Cash Flow, and Financial Structure at the Turn of the Twentieth Century*, in *J. Fin.*, 50, 1995, p. 661.

38 G.E. BARNETT, *The Securities Act of 1933 and the British Company Act*, in *Harv. Bus. Rev.*, 13, 1934, p. 1, 13. Purtroppo non esistono, a quanto mi consta, studi precisi sui contenuti dei contratti di collocamento e dei prospetti pre-regolazione finanziaria.

39 Secondo P.P. GOURRICH, *Investment Banking Methods Prior to and Since the Securities Act of 1933*, in *Law & Contemp. Prob.*, 4, 1937, pp. 44, 52, l'ambiguità colpiva anche i membri del sindacato, che in alcune occasioni facevano essi stessi affidamento su informazioni non adeguatamente verificate. Questa situazione di ambiguità può richiamare analoghe situazioni studiate nella letteratura sui contratti incompleti: P. AGHION-R. HOLDEN, *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm: What Have We Learned over the Past 25 Years?*, in *J. Econ. Persp.*, 25, 2011, p. 181; I. AYRES-R. GERTNER, *Filling Gaps*, cit.; E.A. POSNER, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, in *Yale L.J.*, 112, 2003, p. 829; J. TIROLE, *Cognition and Incomplete Contracts*, in *American Economic Review*, 99, 2009, p. 265; R.E. SCOTT-G.G. TRIANTIS, *Anticipating Litigation in Contract Design*, in *Yale L.J.*, 115, 2006, p. 814. Non mi risulta, peraltro, che le questioni qui trattate siano mai state analizzate specificamente. Si tratta di questioni diverse da quelle trattate da A.W.A. BOOT-S.I. GRFENBAUM-A.V. THAKOR, *Reputation and discretion in financial contracting*, in *American Economic Review*, 83, 1993, p. 1165, che riguardano negozi privi di effetti giuridici come le comfort letters. Una teoria è però abbozzata in P. GIUDICI, *Auditors' Multi-Layered Liability Regime*, in *EBOR*, 13, 2012, p. 501.

del *privity of contract*: la banca non aveva una relazione contrattuale con il revisore e non l'avevo pagato; quindi quest'ultimo non era responsabile del fatto che la banca avesse fatto incauto affidamento sulle sue opinioni relative al bilancio del soggetto affidato.⁴⁰ La decisione era trasponibile in molti differenti scenari del mercato finanziario, tra cui, appunto, quello del rapporto tra l'investitore e le informazioni contenute in un prospetto predisposto da soggetti (l'emittente e l'*originator*, i diversi esperti che potevano rilasciare ulteriori dichiarazioni riversate nel prospetto) con cui poteva non avere relazioni contrattuali di alcun tipo, in una situazione generale in cui era comunque chiaro che il prospetto era a lui rivolto⁴¹.

Il legislatore americano ritenne che questa soluzione non fosse adeguata al mercato finanziario con riguardo alla posizione dei membri del consorzio di collocamento e introdusse una disciplina specifica della responsabilità di quegli intermediari⁴². Il problema del *privity*, dunque, non veniva risolto estendendo la responsabilità ai promoters dell'iniziativa, tra cui poteva ricomprendersi la capofila, ma andando a toccare la posizione di tutti i membri del consorzio di collocamento⁴³. La disciplina della materia sarebbe divenuta il modello di riferimento in tutti gli ordinamenti, dove in forma più o meno stringente si poneva il problema di come trattare la responsabilità da prospetto.

Ho scritto che la regolazione finanziaria in apparenza non s'interessa del contratto di collocamento. A ben vedere, però, la regolazione indica i contenuti del prospetto, ossia le informazioni che l'emittente e coloro che partecipano alla redazione del prospetto, sotto il coordinamento del responsabile del collocamento (il capofila), devono fornire al mercato; e pone la responsabilità di quei soggetti. Il risultato è chiaro: la regolazione finanziaria fissa indirettamente i contenuti della *due diligence* che deve essere svolta dal responsabile del coordinamento. Essa non detta regole tecniche per svolgerla, ma indica quali informazioni devono essere diffuse a seguito di quel processo e che responsabilità ne deriva. Gli investitori che beneficiano di questo intervento non sono parti del contratto in senso tecnico,

40 Corte d'Appello di New York, *Ultramares Corporation v. George A. Touche et al.*, 6 gennaio 1931, 255 N.Y. 170. Il caso *Ultramares* e il conseguente tema della responsabilità da informazione inesatta ha dato luogo ad una sterminata letteratura giuristica in tema di "pure economic loss": cfr. ex multis J.W. BISHOP, *Economic Loss: A Reply to Professor Rizzo*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 1982, p. 207; W. BISHOP, *Economic Loss in Tort*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 2, 1982, p. 1; M. BUSSANI-V. PALMER-F. PARISI, *Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement*, in *Am. J. Comp. L.*, 51, 2003, p. 113; B. CHAPMAN, *Limited Auditors' Liability: Economic Analysis and the Theory of Tort Law*, in *C.B.L.J.*, 20, 1992, p. 180; G. DARI MATTIACCI, *The Economics of Pure Economic Loss and the Internalisation of Multiple Externalities*, in W.H. VAN BOOM-H. KOZIOL-C.A. WITTING (a cura di), *Pure Economic Loss*, Springer, Wien-New York, 2004, p. 166; G. DARI MATTIACCI-H.-B. SCHÄFER, *The Core of Pure Economic Loss*, in *Int. Rev. Law Econ.*, 27, 2007, p. 1; V.P. GOLDBERG, *Recovery for Pure Economic Loss in Tort: Another Look at Robins Dry Dock v. Flint*, in *J. Leg. Stud.*, 20, 1991, p. 249; V.P. GOLDBERG, *Recovery for Economic Loss following the Exxon "Valdex" Oil Spill*, in *J. Leg. Stud.*, 23, 1994, p. 1; F. PARISI, *Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine*, in M. BUSSANI-V.P. VERNON (a cura di), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2003, p. 74; F. PARISI-V. PALMER-M. BUSSANI, *The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss*, in 2005, p. 1; M.J. RIZZO, *The Economic Loss Problem. A Comment on Bishop*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 2, 1982, p. 197; M.J. RIZZO, *A Theory of Economic Loss in the Law of Tort*, in *J. Legal Stud.*, 11, 1982, p. 281; G.T. SCHWARTZ, *American tort law and the (supposed) economic loss rule*, in M. BUSSANI-V.P. VERNON (a cura di), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2003, p. 94.

41 Il tema del *privity* è toccata da tutti gli articoli che all'epoca commentarono la nuova disciplina federale. V. per tutti H. SHULMAN, *Civil Liability and the Securities Act*, in *Yale L.J.*, 43, 1933, p. 227.

42 M.P. DOOLEY, *The Effects of Civil Liability on the Investment Banking and the New Issues Market*, in *Va. L. Rev.*, 58, 1972, p. 776.

43 Tutta la letteratura segnala questa fondamentale differenza tra la disciplina inglese, che costituisce il primo esempio di regolazione della materia, e la successiva disciplina federale americana: cfr. per tutti M.P. DOOLEY, *The Effects of Civil Liability on the Investment Banking and the New Issues Market*, in *Va. L. Rev.*, 58, 1972, p. 776; W. DOUGLAS-F.BATES, *The Federal Securities Act of 1933*, in *Yale L.J.*, 43, 1933, p. 171.

perché non possono pretendere l'adempimento⁴⁴; ma ne beneficiano, in quanto la regolazione indica quali informazioni vanno ragionevolmente verificate e dispone la conseguente responsabilità in caso di inesattezza.

Questa prospettiva di analisi è lontana da come il tema è stato declinato in Italia. Quando la questione fu portata dalla dottrina in Italia⁴⁵, l'esperienza americana fu presa come un modello di tutela cui fare riferimento⁴⁶. Il tema fu affrontato (semplifico la descrizione) muovendo da due clausole generali: l'art. 1337 c.c. in materia di responsabilità precontrattuale e l'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità aquiliana, visto in particolare dalla prospettiva dell'art. 2395 c.c.⁴⁷. Alla luce della prima norma, gli ausiliari delle emissioni erano considerati soggetti che partecipavano ad una trattativa tra un emittente e gli investitori e come tali si rendevano responsabili per le informazioni contenute nel prospetto informativo, il documento sulla base del quale si svolgeva la trattativa⁴⁸. Alla luce della seconda, le informazioni inesatte fornite agli investitori erano considerata fonte di un danno ingiusto, come le informazioni inesatte fornite dagli amministratori di società ai sensi dell'art. 2395 c.c. Le informazioni inesatte erano fonte di responsabilità per la particolare "qualità" del soggetto che forniva le informazioni, nonostante l'assenza di qualsiasi rapporto contrattuale diretto con il singolo investitore; si ammetteva, però, un ampio impiego di presunzioni e altre tecniche volte a spostare una parte degli oneri probatori dall'investitore all'impresa emittente o al *gatekeeper*, cioè a chi era più vicino alla prova⁴⁹. Ma vi era anche chi percorreva sentieri argomentativi diversi, ricostruendo la responsabilità da informazione non veritiera come una responsabilità di status che dà luogo a un particolare tipo di responsabilità contrattuale: quella dell'obbligazione senza prestazione⁵⁰.

La discussione italiana, attraverso questi percorsi, oltrepassava d'un balzo il problema degli effetti del contratto e si focalizzava sulla mera produzione delle informazioni su cui gli investitori facevano affidamento. Tuttavia, è ovvio che l'intermediario partecipava alla trattativa e si presentava con un particolare *status* in quanto aveva partecipato alla redazione del prospetto insieme all'emittente, in forza di un contratto che lo legava a quel soggetto e che gli dava accesso alle

44 Sul punto, vedi l'approfondito studio sul tema, in materia di revisori contabili, condotto da E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 201 ss.

45 G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in P. ALVISI-P. BALZARINI-G. CARCANO (a cura di), *L'informazione societaria*, Milano, 1982, p. 3; G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, cit.

46 G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, cit., p. 37 ss.; M. VENTORUZZO, *La responsabilità da prospetto negli Stati Uniti d'America tra regole del mercato e mercato delle regole*, Egea, Milano, 2003, passim.

47 In realtà un ruolo importante giocò anche l'art. 2339 c.c. Per un'analisi più estesa, P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., p. 221 ss., ove ampi riferimenti alla letteratura italiana.

48 G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, cit., p. 49 ss.

49 Secondo alcuni autori, la tutela aquiliana si sarebbe dovuta applicare ai casi in cui non fosse individuabile una trattativa individuale: G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, cit., p. 141 ss. Secondo altri autori, invece, si sarebbe dovuta applicare a tutti i casi: cfr. G. ALPA, *La responsabilità civile*, in G. ALPA (a cura di), *Trattato di diritto civile*, IV, Giuffrè, Milano, 1999, p. 760; ID., *Circolazione di valori mobiliari e responsabilità civile degli intermediari*, in *Corr. giur.*, 1987, p. 1200; PG. JAEGER, *Appunti sulla responsabilità da prospetto*, in *Quadrim.*, 1986, p. 287; G. CATTANEO, *Recensione a G. Ferrarini, La responsabilità da prospetto*, in *Quadrim.*, 1986, p. 429; S. BRUNO, *L'azione di risarcimento per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario*, Jovene, Napoli, 2000, p. 107 ss.

50 Secondo un'ulteriore ricostruzione, in forza della quale il soggetto qualificato dal particolare status professionale «è tenuto verso i terzi alla perizia e diligenza previste dall'art. 1176 c.c., anche se non è obbligato a nessuna prestazione nei confronti di colui che ha chiesto l'informazione»: C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 496 in particolare; seguono questa ricostruzione D. REGOLI, *Offerte pubbliche di acquisto e comunicato agli azionisti*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 193 ss.; A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di responsabilità civile degli analisti finanziari*, in *AGE*, 1, 2002, p. 209, pp. 226-228 in particolare.

informazioni affinché il consorzio potesse poi rivolgere quelle informazioni, tramite il prospetto, agli investitori. La dottrina italiana dell'epoca non si concentrò mai su tale contratto, perché tutta l'attenzione era sulle informazioni che erano fornite e sulla partecipazione ad una fase di trattativa che induceva l'investitore a contrarre. Ma tutto nasceva dal contratto di collocamento; e non è un caso, dunque, che poi si cercasse di condurre proprio nell'ambito della responsabilità contrattuale quella nascente dalle inesattezze del prospetto, attraverso la responsabilità precontrattuale, qualificata come ipotesi – appunto – di responsabilità contrattuale⁵¹.

Ci si può chiedere a cosa serva, oggi, analizzare nuovamente il percorso argomentativo al tempo condotto. L'esistenza di una responsabilità da prospetto alla fine era sostanzialmente indiscussa in Italia⁵² e, comunque, oggi la materia è oggetto di specifiche previsioni legislative. Solo soggetti determinati possono svolgere l'attività di collocamento⁵³; essi sono espressamente responsabili per le dichiarazioni che rendono nel prospetto (art. 94, comma 8 TUF); occorre un intermediario responsabile del collocamento, che ha il compito di sovrintendere alla redazione del prospetto e che risponde dei suoi contenuti (vedi art. 94, comma 9, TUF)⁵⁴. Il lettore potrebbe dunque essere indotto a pensare che l'indagine qui condotta intenda rivitalizzare una strada mai percorsa, quando la meta è stata raggiunta e si può guardare oltre⁵⁵.

A me pare che l'indagine sui percorsi possa illustrare meglio le direzioni da prendere per il futuro e svelare la natura della responsabilità. È possibile, infatti, che molto casi in cui ha prevalso il modulo argomentativo della responsabilità extracontrattuale siano invece riflessi di una responsabilità diversa, che nasce dal contratto rivolto ai terzi. Ma per svelarlo appropriatamente occorre procedere oltre, analizzando un contratto in cui l'intervento della regolazione è molto più forte.

5. IL CONTRATTO DI REVISIONE

Il contratto di revisione ha dei caratteri che lo rendono ancora più peculiare del contratto di collocamento. In quest'ultimo, gli intermediario (in particolare, il capofila) assumono un ruolo di "certificatori di informazioni" nei confronti degli investitori con la *due diligence*, senza peraltro che il contratto attribuisca diritti specifici agli investitori (come visto, ci ha poi pensato la regolazione). La classe dei soggetti cui le informazioni sono rivolte, comunque, è chiara: si tratta degli investitori cui sono destinati gli strumenti finanziari.

51 Esempio, da questo punto di vista, G. FERRARINI, *Investment banking, prospetti falsi e culpa in contrahendo*, in *Giur. comm.*, I, 1988, p. 585. La ricostruzione in termini di responsabilità contrattuale si fondava su L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1956, p. 360; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 115 ss. La Cassazione non ha peraltro seguito questa impostazione, considerando la responsabilità da prospetto un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale: Cass. 11 giugno 2010, n. 14056, in *Guida al diritto*, 2010, 29, p. 35.

52 Come dimostra la decisione della Cassazione citata nella nota precedente.

53 Il collocamento è un servizio d'investimento e quindi può solo essere effettuato da intermediari autorizzati: art. 18 TUF.

54 Sulla nuova disciplina, P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., p. 225 ss.; S. BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto verso il pubblico*, in *Banca, borsa*, I, 2008, p. 758; F. SARTORI, *L'informazione economica*, cit., p. 233.

55 Questa, del resto, era l'impostazione che avevo dato in un precedente scritto in tema di azione di classe, in cui seguivo la tesi della responsabilità extracontrattuale tracciata dalla Cassazione, prendendo atto di una posizione che ormai si era consolidata, per stabilire se l'azione di classe fosse applicabile agli investitori traditi: P. GIUDICI, *L'azione di classe e la responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, in *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 191. L'ulteriore analisi della materia mi spinge però a rivedere quella posizione, pur nella consapevolezza che a livello giurisprudenziale l'impostazione appare ormai data.

Il contratto di revisione è invece molto più complesso. Si tratta di un contratto che nasce perché gli azionisti hanno bisogno di controllare l'operato degli amministratori. Il controllo si attua attraverso la verifica delle scritture contabili e dei bilanci. Un tempo gli azionisti avevano dei propri comitati interni (di qui l'evoluzione che ha portato, in Italia, al collegio sindacale), ma poi si è avuto l'affidamento a professionisti esterni: i revisori dei conti⁵⁶. I revisori dei conti, tuttavia, servivano anche in fase di emissione, perché potevano certificare le informazioni contabili riportate nei prospetti, fornendo rassicurazioni agli investitori e assolvendo, dunque, una funzione analoga a quella degli intermediari parti del consorzio di collocamento⁵⁷. Inoltre, i giudizi sui bilanci e sul l'informazione finanziaria in genere potevano servire anche agli investitori del mercato secondario, che su di essi potevano fare affidamento per le proprie scelte di investimento⁵⁸. Ne è nato un rapporto contrattuale che nei fatti assolve tre diverse funzioni, non sempre coerenti tra loro: (a) *corporate governance* interna, come controllo degli azionisti sugli amministratori; (b) ausiliario delle emissioni, come certificatore di informazioni prodotte proprio dagli amministratori, nell'interesse della società ma a beneficio degli investitori del mercato primario; (c) fornitore di informazioni affidabili sul mercato secondario, per i futuri azionisti e gli altri futuri investitori⁵⁹.

La predisposizione di un contratto che soddisfi interessi tanto diversi non è facile. Il primo problema è chi sceglie il revisore contabile e, soprattutto, chi negozia i contenuti del contratto di revisione, comprensivo delle clausole di responsabilità. Il secondo problema è se i termini del contratto possano o meno essere cambiati "in corsa", visto che interessati al contratto sono generazioni di azionisti e generazioni di investitori. Il terzo problema, che discende dai primi due, è l'estensione della responsabilità del revisore contabile al di là dei casi previsti dal contratto⁶⁰. La regolazione ha affrontato i problemi posti da questo contratto impossessandone quasi completamente. La disciplina della revisione contabile esterna non è usualmente presentata come qualcosa che comprende anche la disciplina di un contratto standardizzato; eppure è agevole verificare che proprio di questo si tratta. La società quotata deve avere un revisore legale esterno, con la quale quindi è tenuta a stipulare un contratto. La scelta del revisore è disciplinata dalla legge. I contenuti del contratto sono fortemente normati, perché la legge indica i contenuti dell'attività di revisione e, ovviamente, questi contenuti sono riversati nel contratto, come obbligazioni del revisore. I motivi di revoca, di recesso, di risoluzione consensuale sono disciplinati dalla regolazione e le clausole difformi non sono tollerate (art. 13, d.lgs. n. 39/2010; regolamento MEF 28 dicembre 2012, n. 261 concernente i casi e le modalità di revoca, dimissioni e risoluzione consensuale dell'incarico di revisione legale). La legge addirittura indica la durata minima e massima del contratto (art. 17, d.lgs. n. 39/2010 per gli enti di interesse pubblico, tra cui le società italiane emittenti valori mobiliari ammessi alla negoziazione

56 Sulla storia della revisione contabile, R.J. WATTS-J.L. ZIMMERMAN, *Agency Problems, Auditing, and the Theory of the Firm*, in *J. L. & Econ.*, 26, 1983, p. 613.

57 S.M. O'CONNOR, *Be Careful What You Wish For: How Accountants and Congress Created the Problem of Auditor Independence*, in *B.C. L. Rev.*, 45, 2004, p. 741.

58 È il problema che ha sollevato più discussioni in Italia: M. BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Giuffrè, Milano, 1985; E. BARCELLONA, *La responsabilità da informazioni inesatte*, cit., *passim*; G.M. BUTA, *La responsabilità della società di revisione per danni prodotti a terzi da un erroneo giudizio sul bilancio: il caso Parmalat*, in *Riv. dir. soc.*, 1, 2010, p. 115; G. PRESTI, *La responsabilità dei revisori*, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1, 2007, p. 160.

59 Sul tema, molto più ampiamente, P. GIUDICI, *Auditors' Multi-Layered Liability Regime*, cit., *passim*.

60 V. sempre P. GIUDICI, *Auditors' Multi-Layered Liability Regime*, cit., p. 522.

su mercati regolamentati europei: art. 16, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 39/2010) e interferisce con il contratto di società con riguardo alle regole che presidiano alla conclusione del contratto di revisione: la proposta deve provenire dall'organo di controllo; gli aggiustamenti di prezzo devono essere predeterminati dall'assemblea, in modo da ridurre il ruolo gestionale del consiglio di amministrazione (art. 13, comma 1, d.lgs. n. 39/2010).

Sulla portata degli effetti verso i terzi del contratto la discussione è stata sempre aperta: il caso *Ultramares*, del resto, riguardava proprio un contratto di revisione contabile; di conseguenza, le legislazioni si sono profondamente divise. In Italia la legge dispone anche che questo contratto ha effetti nei confronti dei terzi e, perciò, degli investitori. La legge lo stabilisce ormai espressamente, laddove disciplina la responsabilità della società di revisione nei confronti dei soci e dei terzi (art. 15); ma la responsabilità della società di revisione verso i terzi viene riconosciuta da quando la materia è stata oggetto di disciplina nel nostro paese⁶². Eccoci dunque, nuovamente, di fronte a un contratto che va oltre le parti che lo hanno concluso. La società di revisione è obbligata nei confronti della società ma risponde, in caso di inadempimento, anche nei confronti di soggetti esterni al contratto; le prestazioni che la società di revisione deve svolgere, i modi in cui deve svolgerle e gli altri dettagli del contratto sono specificati dalla regolazione, nei fatti svuotando la negoziazione tra l'emittente e il revisore legale di particolare significato.

Si sono scritte centinaia di pagine per capire se questa responsabilità abbia natura extracontrattuale o contrattuale⁶³. La ricostruzione che sto svolgendo in queste pagine supporta l'argomentazione di chi, pure se con un metodo del tutto differente, ha argomentato per la natura contrattuale della responsabilità invocando dottrine di matrice germanica che ipotizzano l'esistenza di contratti a favore di terzo con effetti solamente interni, in cui i terzi non hanno diritto alla prestazione ma hanno diritto al risarcimento del danno⁶⁴. Si tratta, infatti, di un'argomentazione coerente con l'intervento della regolazione e con gli assetti che ne derivano.

6. IL CONTRATTO DI RATING

In tutti i settori del commercio esistono intermediari che valutano i prodotti (nel nostro caso, i prodotti finanziari) e formulano dei giudizi, solitamente sinteticamente espressi con codici alfanumerici. Si va dalle stelle (delle guide di ristoranti e delle riviste di musica o fotografia) ai punteggi espressi in frazioni o in colori. Nel settore dei strumenti finanziari di debito il giudizio si chiama rating e l'evoluzione ha portato gli emittenti ad ingaggiare imprese specializzate nella valutazione della loro solidità finanziaria, oltretutto del loro rischio di insolvenza (agenzie di rating), al fine di fornire informazioni agli investitori che, essendo dispersi e quindi affrontando irrisolvibili problemi di azione collettiva, non riescono ad incaricare e pagare in proprio l'agenzia di rating⁶⁵. Pure in questo campo, dunque, ha prevalso

61 ID., *op. cit.*, p. 531 ss.

62 Per tutti BUSSOLETTI, *La società di revisione*, *passim*.

63 Sul tema, da ultimo, soprattutto le monografie di G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, *cit.*, *passim*; E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione*, *cit.*, *passim*, entrambe nel senso della responsabilità contrattuale.

64 E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione*, *cit.*, p. 235 ss. in particolare.

65 F. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies*, in *Wash. U.L.Q.*, 77, 1999, p. 619; F. PARTNOY, *How and Why Credit Rating Agencies Are Not Like Other Gatekeepers*, in Y. FUCHITA-R.E. LITAN (a cura di), *Financial Gatekeepers: Can They Protect Investors?*, Washington,

lo «issuer pays model».

Anche il contratto tra l'emittente e l'agenzia di rating non prevede diritti a favore degli investitori. Tuttavia, rispetto al collocamento e alla revisione qui vi sono due complicazioni aggiuntive. In primo luogo, almeno negli Stati Uniti, le agenzie di rating si sono sempre difese dalle azioni di responsabilità affermando che le proprie valutazioni sono pure opinioni (equivalenti, in qualche misura, a quelle dei giornalisti). Coerentemente, esse hanno sempre cura di inserire, nei propri report, clausole espresse di esclusione della responsabilità nei confronti dei terzi⁶⁶. Per differenziarsi, tuttavia, le agenzie di rating usano anche diffondere opinioni su soggetti con cui non hanno stipulato alcun contratto di rating: si tratta dei rating «unsolicited», che hanno alcune precise funzioni economiche⁶⁷ e una funzione giuridica, ossia dare supporto all'argomento dell'attività giornalistica⁶⁸. In secondo luogo, e coerentemente con la tesi della mera opinione giornalistica, nei propri report l'agenzia di rating espressamente svaluta il valore delle proprie dichiarazioni, degradandole a mere opinioni nonostante la *due diligence* da essa svolta sull'emittente e dichiarando espressamente di non assumersi alcun tipo di responsabilità nei confronti dei terzi. Il contesto, qui, non è ambiguo: nel contratto tra l'emittente e l'agenzia di rating è sostanzialmente pacifico che quest'ultima non intende assumersi alcun tipo di responsabilità; e l'agenzia di rating, a differenza degli intermediari che partecipano al consorzio di collocamento, non promuove la vendita degli strumenti finanziari.

Il risultato è il seguente. L'emittente stipula il contratto affinché l'agenzia, con il proprio rating, renda in forma facile informazioni sull'emittente stesso a favore degli investitori. Se l'agenzia di rating diffonde informazioni eccessivamente pessimistiche, l'emittente è danneggiato, perché non riesce a raccogliere finanziamenti ai tassi cui avrebbe potuto altrimenti accedere; se invece l'agenzia è eccessivamente ottimista, l'emittente è beneficiato, perché riesce a raccogliere capitale a condizioni più favorevoli, ma ad essere danneggiati sono gli investitori. Pertanto abbiamo un contratto in cui, in certe situazioni, la parte inadempiente non deve temere l'azione della propria controparte, perché il suo inadempimento non le ha cagionato alcun danno, avendo invece danneggiato soggetti terzi di cui il contratto si interessa ma non protegge⁶⁹. In una situazione di questo genere l'unico disincentivo che l'agenzia di rating ha all'eccesso di ottimismo è di carattere reputazionale. Siamo su un terreno molto vicino a quello delle promesse prive di vincolatività giuridica.

Probabilmente è la regolazione stessa ad aver fatto eccessivo affidamento sulle

2006, p. 59; F. PARTNOY, *Rethinking Regulation of Credit Rating Agencies: An Institutional Investor Perspective*, in *Council of Institutional Investors*, April 2009; A. PERRONE, *Le agenzie di rating*, in P. BALZARINI-G. CARCANO-M. VENTORUZZO (a cura di), *La società per azioni oggi*, **, Milano, 2007, p. 1023; G. PRESTI, *Le agenzie di rating: dalla protezione alla regolazione*, in C.N.D.P.E.D.S., *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, Milano, 2009, p. 75; L.J. WHITE, *The Credit Rating Agencies*, in *J. Econ. Persp.*, 24, 2010, p. 211; P. MONTALENTI, *Le agenzie di rating*, in *Giur. comm.*, I, 2013, p. 511.

66 Ovviamente anche i revisori affermano (correttamente, peraltro) che le proprie valutazioni sono opinioni, non attestazioni di veridicità assoluta. Le ragioni per cui ai revisori probabilmente non viene consentito di introdurre clausole di limitazione della responsabilità sono ampiamente analizzate in P. GIUDICI, *Auditors' Multi-Layered Liability Regime*, cit., p. 543 ss. in particolare.

67 V. *infra*, nota 74.

68 Per i casi giudiziari americani v. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 413-415.

69 Cfr. A. FUSARO, *Rating finanziario e responsabilità nei confronti dell'emittente*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 181; P. GIUDICI, *L'agenzia di rating danneggia l'emittente con i propri rating eccessivamente favorevoli?*, in *Soc.*, 12, 2011, p. 1451.

agenzie di rating: le agenzie di rating hanno così acquistato un ruolo che, con tutta probabilità, non avrebbero altrimenti avuto⁷⁰. La regolazione ora cerca di correggere i propri errori, ovviamente aumentando il livello del proprio intervento. In Europa è stata perciò introdotta una disciplina speciale che impone dei controlli pubblici in capo alle agenzie di rating e ora si è giunti, addirittura, ad una disciplina europea della responsabilità civile delle agenzie di rating. Tale disciplina, nei fatti, sottrae al contratto tra emittente e agenzia di rating l'individuazione delle prestazioni che devono essere rese dall'agenzia di rating, determinando minutamente quello che l'agenzia può e non può fare e soprattutto, dalla prospettiva che qui interessa, le responsabilità dell'agenzia stessa. Infatti, l'art. 35-*bis* regolamento (CE) n. 1060/2009, introdotto dal regolamento (UE) n. 462/2013 del 21 maggio 2013, stabilisce che se un'agenzia di rating del credito ha commesso intenzionalmente o per colpa grave una delle violazioni di cui all'allegato III che ha inciso sul rating del credito, l'investitore o l'emittente possono chiedere all'agenzia di rating il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della violazione.

La regolazione, dunque, ha sovvertito il rapporto contrattuale, attribuendo il diritto al risarcimento del danno all'investitore terzo e all'emittente (evidentemente, a quest'ultimo anche nel caso che l'emittente non abbia una relazione contrattuale con l'agenzia di rating, ossia nell'ipotesi di rating non sollecitati)⁷¹. Tuttavia, la limitazione preventiva della responsabilità civile da parte dell'agenzia di rating è ammessa, anche se a determinate condizioni⁷². Non mi pare che si siano mai trovate risposte esaurienti per spiegare la compatibilità di clausole unilaterali di esclusione o limitazione della responsabilità con la disciplina della responsabilità extracontrattuale⁷³. Il *disclaimer* e la clausola di limitazione della responsabilità sono assimilabili ad una forma di contrattazione diretta tra l'agenzia di rating e i terzi a cui i report sono rivolti in forza del contratto con l'emittente ed è questo che li rende ammissibili (ma resta da capire, allora, perché la regolazione non li giudichi ammissibili anche per la società di revisione e per il responsabile del collocamento).

Rimane il problema degli «unsolicited ratings». L'art. 35-*bis* non distingue l'esistenza della responsabilità a seconda che il rating nasca da un contratto con l'emittente

70 Cfr. i lavori di Partnoy citati alla precedente nota 65.

71 Il sovvertimento, peraltro, è meno radicale di quanto appaia. Un investitore può chiedere il risarcimento dei danni qualora provi di aver ragionevolmente riposto affidamento, in conformità dell'articolo 5-*bis*, paragrafo 1, o in ogni caso con la dovuta diligenza, su un rating del credito per assumere la decisione di investire, detenere o cedere uno strumento finanziario oggetto del rating del credito. Il problema dell'affidamento, tuttavia, è davvero un guazzabuglio. In primo luogo, l'agenzia di rating deve emettere il rating «stabilendo che il rating rappresenta il parere dell'agenzia di rating del credito ed è opportuno farvi affidamento entro certi limiti» (art. 8, comma 2, regolamento). Quindi, il regolamento vuole comunicare agli investitori che non si deve fare un affidamento pieno sul rating. In secondo luogo, il richiamato art. 5-*bis*, che è rivolto alla specifica fascia di investitori professionali prevista dall'art. 4, comma 1, regolamento, dispone che quei soggetti «effettuano la loro valutazione del rischio di credito e non si affidano esclusivamente o meccanicamente ai rating del credito per la valutazione del merito di credito di un'entità o di uno strumento finanziario». Pertanto, qualsiasi investitore, per poter agire in responsabilità, in forza del richiamo operato dall'art. 35-*bis*, deve dimostrare di aver fatto un affidamento «entro certi limiti» e «non esclusivo». Ma a questo punto, ovviamente, si pone la domanda di come un simile affidamento parziale possa essere considerato causa del danno subito dall'investitore. In altri termini, per agire in responsabilità l'investitore dovrà dimostrare di non aver fatto affidamento pieno sul rating, ossia che il rating non è ragione esclusiva della sua determinazione ad investire nel titolo: la qual cosa, per un'azione di risarcimento dei danni, è quanto meno piuttosto curiosa. Già a questo livello di analisi, pertanto, vi sarebbe da dubitare che l'intervento sia stato davvero effettivo.

72 Queste condizioni sono dettate dall'art. 35-*bis*, comma 3, regolamento. La limitazione deve essere: a) ragionevole e proporzionata; b) consentita dal diritto nazionale applicabile.

73 Infatti chi in Italia si è occupato della materia, anche se a proposito degli analisti finanziari, ha proposto soluzioni chiaramente calate nel contesto della responsabilità contrattuale: A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 228 ss.

tente o meno. Ciò può apparire come una falsificazione di tutto quanto si è sinora scritto: se la regolazione interviene in una situazione in cui non c'è un contratto con l'emittente o altro soggetto, contratto rivolto ai terzi, allora non è tale contratto l'elemento che attira la regolazione stessa, bensì la particolare natura del soggetto che diffonde le informazioni. Mi pare, tuttavia, che la falsificazione sia solo apparente. Le agenzie di rating americane hanno usato i rating non commissionati a conferma del loro ruolo assimilabile a quello dei giornalisti e anche per rafforzare la propria reputazione, potendo con questi ratings più liberamente mostrare il proprio volto rigoroso. Questo uso, allo stesso tempo, spaventa gli emittenti, che dunque sono indotti più facilmente a richiedere i servizi dell'agenzia di rating⁷⁴. I rating non sollecitati, dunque, sono sistemi di protezione da responsabilità e, soprattutto, strumenti di procacciamento di contratti. Essi esistono, si potrebbe dire, proprio per confondere le acque. Ed in effetti, essi hanno davvero un po' confuso le acque: non hanno salvato le agenzie di rating dalla responsabilità (seppure in termini moderati e probabilmente inefficaci)⁷⁵; ma hanno contribuito a far ricostruire quella responsabilità come un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale da informazione inesatta, fornita da un soggetto sottoposto a controlli regolamentari. Con il risultato che, mentre nella responsabilità da prospetto sono l'intermediario responsabile e chi ha fornito le informazioni inesatte a dover fornire la prova di aver correttamente effettuato la *due diligence* (art. 98, commi 8 e 9, TUF) e, sostanzialmente, lo stesso vale per il revisore contabile, visto il prevalere della natura contrattuale della sua responsabilità verso gli investitori⁷⁶, per l'agenzia di rating vale una regola diversa: spetta all'investitore (o all'emittente) fornire elementi informativi precisi e dettagliati che indichino che l'agenzia di rating del credito ha violato il regolamento e che la violazione ha avuto un impatto sul rating emesso (art. 35-bis, comma 2, regolamento)⁷⁷. In un contesto come quello italiano, senza meccanismi di discovery processuale e senza l'accesso ai documenti acquisiti dalla Consob, un simile regime rende non effettiva la tutela degli investitori⁷⁸.

7. GLI ANALISTI FINANZIARI

Ci si può allora domandare se la falsificazione possa giungere da un'area simile, cioè quella relativa alla regolazione degli analisti finanziari "sell-side", ossia gli analisti che distribuiscono raccomandazioni sul mercato. Ma anche in questo

74 P. FULGHERI-G. STROBL-H. XIA, *The Economics of Solicited and Unsolicited Credit Ratings*, in *Review of Financial Economics*, 2013, in corso di pubblicazione; P. BOLTON-X. FREIXAS-J. SHAPIRO, *The Credit Ratings Game*, in *Journal of Finance*, 67, 2012, p. 85.

75 *Supra*, nota 71.

76 *Supra*, nota 63.

77 In tal modo le agenzie di rating godono di un apparente beneficio con riguardo alla responsabilità verso l'emittente, che viene strappata al suo contesto propriamente contrattuale. Il regolamento, infatti, afferma un principio che era ovvio nel contesto contrattuale, ossia che anche l'emittente può chiedere il risarcimento del danno, qualora provi che esso stesso o i propri strumenti finanziari sono oggetto del rating del credito e che la violazione non è stata causata da informazioni inesatte o fuorvianti fornite dall'emittente all'agenzia di rating del credito, direttamente o tramite informazioni pubblicamente accessibili. Tuttavia, la forza degli *unsolicited ratings* si è portata dentro il contesto extracontrattuale anche la responsabilità di natura contrattuale, imponendo – in apparenza – che sia sempre l'emittente a fornire la prova (diabolica, trattandosi di informazioni nella sfera di controllo dell'agenzia) che la propria controparte ha violato il regolamento europeo. Un simile favore fatto alle agenzie di rating si può tuttavia attenuare in via interpretativa, perché è chiaro che il pensiero era agli *unsolicited ratings*, non ai *solicited*: nei quali il rapporto contrattuale prevale e riprendono vite le regole generali in materia di inadempimento del contratto e prova del danno.

78 Su questi temi, G. FERRARINI-P. GIUDICI, *Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, in J. ARMOUR-J.A. MCCAHERY (a cura di), *After Enron*, Oxford-Portland, 2006, p. 159.

caso, dietro tale regolazione si nascondono contratti rivolti anche ai terzi. La figura professionale nacque nel sistema americano in un'epoca in cui i negozianti operavano in regime di prezzi concordati e, quindi, in assenza di possibilità di concorrenza sui prezzi, si facevano concorrenza attraverso l'offerta di servizi accessori, quali, appunto, l'offerta di raccomandazioni di acquisto o vendita diffuse in termini generalizzati da analisti specializzati, raccomandazioni che prima venivano diffuse alla clientela e poi al mercato. In epoca successiva, la presenza degli analisti divenne un fondamentale supporto per l'attività di *origination* da parte delle banche d'affari, che assicuravano la copertura (implicitamente: favorevole) dei propri analisti agli emittenti che a loro si fossero rivolte. Si venne così a creare una situazione in cui il contratto di collocamento, rivolto anche agli investitori (nei termini che si sono illustrati, nella misura in cui prevede una *due diligence* del capofila, che poi partecipa alla redazione del prospetto), poteva prevedere, espressamente o implicitamente, delle attività di analisi (favorevole) sul titolo rivolte agli investitori, destinate però a non essere riconosciute come collegate al collocamento e, quindi, ad apparire indipendenti⁷⁹. Anche in questo caso, pertanto, è intervenuta la regolazione, fondamentale per eliminare le ambiguità create da un contratto rivolto (anche) ai terzi che nascondeva una parte delle prestazioni rese ai terzi, per fare in modo che esse apparissero indipendenti.

La disciplina degli analisti finanziari detta una serie di regole che devono essere osservate, ma non contiene norme espresse sulla responsabilità dell'intermediario presso cui l'analista opera e della persona fisica che svolge l'attività (v. artt. 69 ss. Reg. emittenti). Si può arrivare a quella responsabilità tramite l'applicazione dei principi generali in tema di responsabilità extracontrattuale da informazione inesatta⁸⁰. Tuttavia, è ancora una volta chiaro che la regolazione nasce da un contratto rivolto ai terzi, quello di collocamento, che nascondeva un aspetto importante della propria struttura, ossia che la positiva valutazione del capofila e di tutti i membri del consorzio circa le qualità dell'emittente e dei suoi strumenti finanziari era supportata da soggetti solo in apparenza indipendenti, ma in realtà legati a vario titolo agli affari della parte *investment banking* dell'intermediario.

8. CONTRATTI CON CUI SI PROMETTONO PRESTAZIONI ANCHE NELL'INTERESSE DEGLI INVESTITORI: IL CONTRATTO TRA IL MARKET-MAKER E L'EMITTENTE O IL MERCATO

Sin qui si sono visti contratti e discipline già contaminati dalla regolazione e riguardanti la diffusione di un bene pubblico come l'informazione. Vorrei portare un altro esempio di contratto in cui si prevedono prestazioni a favore della propria controparte ma, in realtà, anche a favore degli investitori, cui però il contratto non attribuisce diritti di alcun tipo. Nel mercato finanziario stanno diventando sempre più comuni i contratti attraverso cui un intermediario assume l'obbligo di operare da market maker, su un titolo o su un gruppo più o meno ampio di titoli, nei confronti del gestore di un mercato o di un sistema multilaterale di negoziazione⁸¹.

⁷⁹ Su tutti questi temi v. J. FISCH-H. SALE, *The Securities Analyst as Agent: Rethinking the Regulation of Analysts*, in *Iowa L. Rev.*, 88, p. 1035, ove si rinviengono ulteriori riferimenti.

⁸⁰ A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di responsabilità civile degli analisti finanziari*, cit., p. 209; P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., p. 400 ss.

⁸¹ La legge descrive l'attività del market maker come quella propria del soggetto che «si propone sui mercati regolamentati e sui sistemi multilaterali di negoziazione, su base continua, come disposto a negoziare in contropartita diretta acquistando e vendendo strumenti finanziari ai prezzi da esso definiti». Il TUF considera tale attività

La funzione economica del market maker è quella di garantire sempre un certo margine di liquidità al mercato. Il contratto può anche intercorrere con l'emittente, che può avere un interesse proprio a garantire una certa liquidità al mercato del proprio titolo tramite la presenza di un intermediario che operi da market maker, o che può semplicemente dare esecuzione ad un impegno preso con il gestore del mercato, che può desiderare la presenza, su certi strumenti finanziari, di soggetti che garantiscano quella liquidità («liquidity providers»). L'impegno del market maker o del liquidity provider non si sostanzia mai in una promessa al pubblico.

Il contratto stipulato tra il market maker e il gestore del mercato (o l'emittente) suscita il solito problema relativo all'estensione dei suoi effetti, anche se in forma ancora diversa rispetto ai contratti in precedenza analizzati. Mentre l'inadempimento del collocatore e dell'agenzia di rating (in merito alla qualità della *due diligence*) può paradossalmente giovare all'emittente, che riesce a piazzare valori mobiliare a prezzi più vantaggiosi rispetto a quanto gli sarebbe invece stato possibile, il market maker tendenzialmente danneggia da un punto di vista reputazionale il mercato e, quindi, si espone concretamente ad una sua azione di risarcimento dei danni. Peraltro il market maker danneggia anche gli investitori che, facendo affidamento sulla sua presenza, non siano riusciti a liquidare tempestivamente (o ad assumere tempestivamente) le proprie posizioni. Negli Stati Uniti la crisi finanziaria ha condotto a una situazione in cui, nel giro di pochi giorni, nel febbraio 2008, tutti i principali operatori che garantivano la liquidità del mercato delle «auction rate securities» hanno smesso di acquistare i titoli in questione, di cui si stavano riempiendo (a causa dell'ondata di vendite) in maniera sempre più preoccupante. Il mercato è così letteralmente scomparso⁸². Molte della cause che sono seguite hanno allegato che, nella promozione del mercato, i principali intermediari che vi operavano avevano rilasciato informazioni ambigue circa il loro sostegno al mercato.

Anche per il contratto del market maker verso il mercato, pertanto, si ripropone il quesito circa l'estensione degli obblighi e della responsabilità. Il problema si può porre nel caso di inerzia del gestore del mercato. Ci si deve chiedere se un investitore possa aver titolo per far valere un'azione di responsabilità civile; e non avrei molti dubbi a ritenere che, in Italia, si potrebbe giungere ad affermare una responsabilità del market maker verso gli investitori usando il solito modulo, che è un po' un grimaldello per tutto questo genere di situazioni, della responsabilità extracontrattuale. Mi pare evidente che, anche in questo caso, la responsabilità origina dal contratto, che è un contratto rivolto agli investitori ma ambiguo nei confronti dei diritti degli investitori. Anche su questo contratto, pertanto, potrebbe calare un giorno la scure della regolamentazione, che potrebbe impossessarsene.

9. IL CONTRATTO DI QUOTAZIONE

Se vi è un contratto regolamentato, nel diritto dei mercati finanziari, questo è il contratto di quotazione⁸³. Anche qui, come per il caso del contratto con il revisore

come un servizio di negoziazione in conto proprio. Tuttavia, il market maker non dà corso a ordini di clienti, ma si propone come controparte, sia per acquisti sia per vendite.

82 T. BRENDAN, *If It's Broken, Sometimes It Can't Be Fixed: Why the Auction Rate Securities Market Was Faulty from Its Inception and How Broker-Dealers Caused Its Downfall*, in *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 4, 2009-2010, p. 297; J.J. MCCONNELL-A. SARETTO, *Auction failures and the market for auction rate securities. The 2007-8 financial crisis: Lessons from corporate finance*, in *J. Fin. Econ.*, 97, 2010, p. 451.

83 G. FERRARINI, *Ammissione alla quotazione e ammissione alle negoziazioni: significato e utilità di una distinzione*

legale, i problemi di azione collettiva sono acuiti da problemi intergenerazionali. La gestione dei mercati finanziari è stata organizzata secondo due moduli prevalenti. Il primo, che ha avuto successo soprattutto in Inghilterra e negli Stati Uniti, è quello delle borse gestite da imprese-mercato, normalmente nella forma di consorzi tra intermediari. Il secondo modello è quello della borsa pubblica, che è stato prevalente in Europa continentale e in Italia sino alla fine del Novecento. Oggi, a seguito del movimento di liberalizzazione e ri-regolazione della materia, nel nostro ordinamento vige un sistema misto, in cui i mercati regolamentati sono gestiti da imprese private sottoposte a intensi controlli pubblici.

In un mercato libero l'emittente interessato a vedere i propri valori mobiliari negoziati su un mercato dovrebbe stipulare un contratto (contratto di quotazione) con la società di gestione del mercato, in forza del quale si impegna a garantire certi *standards* qualitativi fissati dalla stessa società di gestione. Quest'impegno servirebbe a rendere credibile l'emittente nei confronti degli investitori. In un mercato perfettamente concorrenziale probabilmente la società di gestione avrebbe i giusti incentivi per fissare contrattualmente i requisiti più adatti, sostanzialmente sostituendosi agli investitori stessi e, perciò, risolvendo un loro problema di azione collettiva. In un mercato non concorrenziale, invece, la società di gestione potrebbe non fare le scelte più efficienti. Ciò non danneggerebbe soltanto lei, ma tutto il sistema economico, visto che il mercato finanziario è un efficiente sistema per la selezione degli investimenti delle imprese che vi operano e per il loro finanziamento. Il contratto tra la società di gestione e l'emittente può allora creare anche delle esternalità negative che si riverberano sull'economia di un intero paese. Di qui, soprattutto negli ordinamenti in cui la concorrenza tra borse è minore, il forte controllo della regolamentazione sul contratto di quotazione. Dal punto di vista del contratto rivolto ai terzi, la mancanza di adeguati incentivi in capo al gestore del mercato rischia di creare affidamenti poi traditi in capo agli investitori; e si porrebbe il solito problema dell'estensione del contratto di quotazione e dei diritti degli investitori nei confronti dell'emittente che si fosse reso inadempiente nei confronti del gestore del mercato.

In questo contesto, pertanto, sul contratto cala la regolazione, che se ne impossessa radicalmente. Analizziamo brevemente la disciplina italiana. Con il contratto di quotazione⁸⁴ l'emittente si impegna a rispettare il regolamento del mercato e la società di gestione del mercato ad organizzare il mercato del titolo e a mettere a disposizione le relative strutture. Il regolamento del mercato è redatto in conformità a criteri generali individuati dalla Consob (art. 62, comma 1-ter, TUF), che lo verifica ai fini dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività di esercizio dei mercati regolamentati (art. 63, comma 1, lett. b), TUF). Il regolamento in particolare contiene sia i requisiti di ammissione alle negoziazioni, sia la sospensione ed esclusione di strumenti finanziari, che sono decisi dalla società di gestione. La Consob può però impedire tali decisioni, quando le consideri lesive degli interessi pubblici (art.

ne in Banca, borsa, I, 2002, p. 583; G. FERRARINI, *L'ammissione a quotazione: natura, funzione, responsabilità e «self-listing»*, in *AGE*, 2002, p. 11; M. NOTARI, *Contratto e regolamentazione nella quotazione in borsa*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 143; M. DE MARI, *Il contratto di quotazione*, in G. GITTI-M. MAUGER-M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. II. Banca, mercati, società*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 403.

⁸⁴ Il testo unico fa riferimento agli emittenti quotati come «i soggetti italiani o esteri che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati italiani» (art. 1, comma 1, lett. w, TUF). Quindi, il termine quotazione è riferito ai mercati regolamentati in genere: G. FERRARINI, *Ammissione alla quotazione e ammissione alle negoziazioni: significato e utilità di una distinzione*, cit., p. 585.

64, comma 1-bis, TUF); e l'esecuzione di alcune di esse è sospesa sino al decorere del termine di cinque giorni (comma 1, lett. c).

Naturalmente attraverso la quotazione l'emittente assume anche tutta una serie di obblighi che sono legati al fatto di essere una società quotata. Oltre a quelli di informazione di cui si dirà nel successivo paragrafo, vi sono tutti quelli di carattere organizzativo («corporate governance») imposti dalla legge⁸⁵. Dunque, sui requisiti degli emittenti molto spesso interviene direttamente il legislatore, modificando la disciplina delle società quotate. Attraverso il contratto di quotazione l'emittente entra in un regime che è governato in parte da un contratto soggetto a controlli pubblici, in parte dalla legge, che nei fatti ne modifica correntemente i termini⁸⁶. Il discorso, così, ci porta alla disciplina dell'informazione societaria, che può essere concettualizzato alla stregua di un contratto intergenerazionale.

10. LA DISCIPLINA DELL'INFORMAZIONE SOCIETARIA COME UN CONTRATTO TRA L'EMITTENTE, I PRIMI SOTTOSCRITTORI E LE FUTURE GENERAZIONI DI INVESTITORI

Quando gli emittenti offrono al pubblico dei prodotti finanziari, intendono generalmente promuovere un mercato secondario su quei prodotti, per poterne consentire la liquidabilità da parte dei primi sottoscrittori e, perciò, renderli più appetibili. Per questa ragione l'offerta al pubblico si accompagna quasi sempre alla richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato. La facile liquidabilità è un valore importante per un investimento e la presenza di un mercato secondario la rende, almeno teoricamente, possibile.

Si è detto che i primi sottoscrittori di uno strumento finanziario hanno un problema di azione collettiva perché, essendo numerosi e dispersi, non hanno modo di organizzare una propria *due diligence* per valutare le informazioni fornite dall'emittente. Questo problema diventa ancora più grave per coloro che dovranno acquistare dai primi sottoscrittori, non solo perché saranno anch'essi numerosi e dispersi (questa volta, anche temporalmente), ma soprattutto perché l'emittente potrebbe non avere più incentivi a fornire informazioni su di sé: una volta acquisiti gli apporti dei primi sottoscrittori, un emittente che non avesse più intenzione di utilizzare il mercato dei capitali per finanziare le proprie attività potrebbe smettere di fornire volontariamente informazioni al mercato. Questo è un problema per i primi sottoscrittori, che intendono investire in un valore mobiliare destinato ad avere un mercato secondario per avere una ragionevole certezza di poter liquidare la propria posizione. Di conseguenza, il problema ricade sull'emittente, che ha il problema di rendere credibili i propri impegni nei confronti dei propri finanziatori.

Lo strumento classico per rendere credibili i propri impegni è il contratto. Se potesse esistere un contratto tra l'offerente sul mercato primario e i primi sottoscrittori, questi ultimi chiederebbero all'offerente di consentire agli successivi acquirenti una *due diligence review* sull'emittente, per poterne meglio valutare il valore o, comunque, di continuare a fornire credibili informazioni su di sé al mercato, quasi come ad immaginare un costante aggiornamento del prospetto, per garantire ai primi sottoscrittori e poi in sequenza a tutte le successive generazioni di investitori la possibilità di trovare acquirenti e liquidare l'investimento. L'emittente avrebbe

⁸⁵ Il tema è trattato da M. DE MARI, *La quotazione di azioni nei mercati regolamentati: profili negoziali e rilievo organizzativo*, Torino, 2004, *passim*.

⁸⁶ V.V. ACHARYA-P. VOLPIN, *Corporate Governance Externalities*, in *Rev. Fin.*, 14, 2010, p. 1.

interesse ad un simile contratto, visto che costituirebbe la condizione necessaria per poter accedere a un grande bacino di fornitori di capitale. Tuttavia un simile contratto non è concretamente stipulabile: esso sarebbe a beneficio di terzi indeterminati e sarebbe costantemente a rischio di recesso da parte dell'emittente, avendo durata potenzialmente indeterminata. D'altro canto, neppure una società di gestione del mercato potrebbe offrire garanzie sufficienti alle diverse generazioni di investitori, per le ragioni che si sono dette nel paragrafo precedente.

La regolazione interviene per sostituire questo contratto "impossibile": l'emittente è per legge obbligato a rilasciare informazioni che abbiano impatto sul valore del titolo e comunque informazioni periodiche, che fanno le veci della due diligence review, come le faceva il prospetto. La disciplina dell'informazioni obbligatoria svolge perciò le funzioni di un contratto troppo difficile da stipulare tra chi vende, chi compra e l'emittente: l'emittente è come se fosse impegnato in perpetuo (o almeno, sino a quando rimane quotato) a fornire informazioni su di sé a beneficio delle future generazioni di acquirenti. In tal modo gli impegni dell'emittente diventano credibili.

Questa concettualizzazione aiuta l'interprete, perché dimostra che la disciplina della responsabilità da prospetto non va trattata come una disciplina speciale, ma generale del mercato finanziario: si applica anche all'informazione sul mercato secondario, seguendo le stesse regole anche in termini di oneri probatori⁸⁷. È una responsabilità legale che ha natura contrattuale.

11. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

La regolazione dei mercati finanziari è prevalentemente giustificata, nella parte che coinvolge i rapporti tra gli emittenti, i *gatekeepers* e gli investitori come un meccanismo normativo volto a ridurre le asimmetrie informative. In questo studio, invece, ho cercato di dimostrare che una larga parte della disciplina dei mercati finanziari afferente quei rapporti non riguarda tanto il problema dell'asimmetria informativa, quanto il problema degli effetti di una nutrita serie di contratti che coinvolgono l'emittente e il *gatekeeper* (contratto di collocamento, contratto di revisione, contratto con l'agenzia di rating), l'emittente e il gestore del mercato (contratto di quotazione), il gestore del mercato o del sistema di negoziazione e le varie possibili forme di market maker (contratto di market maker). Questi contratti sono rivolti ai terzi, nel senso che le prestazioni che essi prevedono vanno in tutto (contratto con l'agenzia di rating; contratto con il market maker) o in parte (contratto di collocamento) a beneficio degli investitori. Questi contratti sollevano dei problemi di cui la regolazione si occupa. La loro funzione è di generare servizi (informazioni o prezzi e liquidità, a seconda dei casi) a beneficio di terzi (gli investitori), risolvendo un problema di azione collettiva di quegli stessi terzi, che non riescono ad organizzarsi per stipulare direttamente un contratto con chi deve fornire i relativi servizi. Tuttavia, questi contratti nascono spesso in maniera ambigua o s'infrangono di fronte a problemi intergenerazionali. Essi si rivolgono ai terzi ma non gli offrono espressamente dei diritti. Noi oggi non percepiamo più questo fenomeno per i contratti che sono ormai oggetto di consolidata regolazione (il

⁸⁷ P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, cit., p. 276 ss. Vi è tuttavia il problema dell'estensione della responsabilità, vista la differenza tra il mercato primario e quello secondario. Il tema è complesso e la letteratura sterminata: si rinvia pertanto a quanto trattato in P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, cit., p. 243 ss.

contratto di collocamento, in tutta la parte che riguarda il prospetto; il contratto di revisione), proprio perché è stata la regolazione a sciogliere l'ambiguità e imporre l'attribuzione di diritti specifici ai terzi. Ma abbiamo di fronte agli occhi contratti che sono stati oggetto di regolazione solo di recente (il contratto tra l'emittente e l'agenzia di rating) o, ed è ovviamente il caso di maggior interesse ai fini del presente articolo, contratti che non sono ancora stati oggetto di compiuta regolazione e in cui il problema si pone: è il caso del contratto con il market maker o il liquidity provider.

La regolazione, quando interviene, tende ad identificare le prestazioni che devono essere rese nel contratto rivolto ai terzi e disciplinare la responsabilità verso quei terzi. In tal modo, la regolazione fissa l'oggetto del contratto e ne estende il perimetro, attribuendo diritti ai terzi che fanno affidamento sui servizi a loro rivolti, senza peraltro renderli parti del contratto. L'analisi supporta, quanto meno a livello teorico e in linea di principio, un trattamento dei casi di responsabilità civile che emergono dalla disciplina dei mercati finanziari secondo lo schema della responsabilità contrattuale e giustifica, pertanto, le soluzioni interpretative che a quello schema si rifanno. Si tratta di soluzioni che la dottrina civilistica ha peraltro già prospettato, come si è visto nelle precedenti pagine, seppure con argomenti di diversa natura: attraverso il richiamo alla responsabilità precontrattuale, come strumento per arrivare ad un trattamento equivalente a quello della responsabilità contrattuale; attraverso la costruzione delle obbligazioni senza prestazione; attraverso la figura della stipulazione a beneficio di terzi indeterminati e con efficacia interna (costruzione che è quella più vicina alla prospettiva di analisi economica che si è qui condotta); o addirittura, attraverso il richiamo ad un regime di responsabilità extracontrattuale ma con impiego di presunzioni e altri meccanismi argomentativi volti a spostare sull'emittente o il *gatekeeper* una parte degli oneri probatori, secondo logiche più tipiche, appunto, del contesto contrattuale.

Naturalmente vi sono dei casi in cui non è possibile rispettare questo approccio, perché la regolazione stessa è intervenuta in termini che vanno esplicitamente nella direzione della responsabilità extracontrattuale, com'è il caso della recente disciplina della responsabilità civile delle agenzie di rating. Vi è peraltro da domandarsi – ma la questione apre un'area di ricerca completamente nuova – che senso abbia, oggi, il regime differenziato per i due tipi di responsabilità, quanto meno in questo settore di disciplina, e se non vi sia spazio per la costruzione di un regime uniforme di responsabilità nei casi che traggono origine da contratti rivolti ai terzi. L'indagine aiuterebbe anche a comprendere meglio se esiste una ragione per cui in alcuni casi la responsabilità può essere limitata tramite *disclaimers* (è il caso dell'agenzia di rating e degli analisti finanziari), mentre in altri casi la legge non tollera una simile limitazione (responsabilità da prospetto e responsabilità del revisore in primo luogo). Lo studio aiuterebbe anche nella soluzione dei casi nuovi in cui la regolazione non è ancora esplicitamente intervenuta.

La Roadmap 2050 e la governance europea dell'Energia

di Filippo Donati

ABSTRACT

It is well known that the European Union energy policy has achieved great results, opening the energy markets to competition and promoting energy security and effective action against climate changes. New ambitious climate and energy targets have been introduced by the climate and energy package (the “20-20-20” strategy) and by the Roadmap 2050. The attainment of these targets requires a strong coordination of national energy policies. The current legislative framework in the EU, however, allows the coexistence of 28 national energy policies not sufficiently coordinated with each other. To this respect, it is not clear if and how the entry into force of the Treaty of Lisbon might facilitate further developments of the European Energy Policy. In this respect, the new art. 194 TFEU does not appear to be a step forward. This provision allows the Parliament and the Council to establish the measures necessary to achieve the aims mentioned by the Treaty as pertaining to the energy policy. However, it also grants each Member State the right to determine the conditions for exploiting its energy resources, its choice between different energy sources and the general structure of its energy supply.

In addition, the distribution of powers to regulate the energy market shows a two-tier system based on independent bodies (the national regulatory authorities and ACER), whose powers have been enlarged by the “third energy package”, and the Commission, which continues to play a central role in the system. A clearer distinction between the tasks assigned to independent regulatory authorities and those attributed to the Commission appears to be necessary.

This article describes the institutional model adopted by the EU for the governance of the energy sector, and aims to verify if such a model can be considered as appropriate to ensuring the attainment of the objectives that the EU has set for the foreseeable future.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La liberalizzazione del mercato dell'energia. – 3. Il secondo pacchetto energia. – 4. Il terzo pacchetto energia. – 5. La politica energetica europea dopo il Trattato di Lisbona. – 6. Considerazioni conclusive.

1. PREMESSA

Dalla fase di prima liberalizzazione ad oggi, l'Unione europea ha sviluppato una propria incisiva azione volta a conseguire tre obiettivi di fondo: la competitività, cioè la creazione di un mercato unico concorrenziale, la sostenibilità, cioè uno sviluppo capace di ridurre le emissioni dei gas serra responsabili dei cambiamenti climatici, e la sicurezza degli approvvigionamenti, necessaria in un sistema anco-

ra oggi caratterizzato da un'eccessiva dipendenza dalle importazioni di energia¹. Per conseguire tali obiettivi, il legislatore dell'Unione ha basato la politica energetica europea su due tipi di misure: quelle volte alla realizzazione del mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale, e quelle dirette a migliorare l'efficienza energetica e a promuovere l'utilizzazione di fonti di energia rinnovabili.

Sotto il primo profilo, il Consiglio europeo ha stabilito il termine del 2014 per il completamento del mercato interno dell'energia². Sotto il secondo profilo l'Unione europea, con l'approvazione del cosiddetto «pacchetto clima-energia», conosciuto anche come strategia «20-20-20», ha previsto entro il 2020 il taglio delle emissioni di gas serra del 20%, la riduzione del consumo di energia del 20% e il raggiungimento di una quota del 20% del consumo energetico totale europeo generato da fonti rinnovabili³. Il 15 dicembre 2011, inoltre, la Commissione europea ha pubblicato la «tabella di marcia per l'energia 2050», la cosiddetta «Roadmap 2050», con la quale ha fissato l'obiettivo, da raggiungere entro il 2050, della riduzione delle emissioni di carbonio dell'80% rispetto ai livelli del 1990⁴.

La realizzazione di un così ambizioso programma richiede evidentemente un forte coordinamento delle politiche energetiche nazionali. L'Agenzia Internazionale per l'Energia, nel rapporto sulla politica energetica dell'Unione europea pubblicato nel 2008⁵, ha però evidenziato la forte resistenza degli Stati membri a rinunciare alla sovranità sulle scelte fondamentali in materia di politica energetica e, in particolare, sulle decisioni strategiche in materia di approvvigionamento. In effetti neppure il Trattato di Lisbona, che pure ha finalmente riconosciuto all'Unione una competenza in materia di energia, è riuscito a limitare il margine di autonomia che gli Stati membri ancora rivendicano in questo campo.

Si pone quindi la domanda se l'attuale modello europeo di *governance* dell'energia sia adeguato a garantire la realizzazione degli obiettivi che l'Unione si è posta per il prossimo futuro.

Per cercare di offrire una risposta a tale interrogativo, è opportuno richiamare l'evoluzione della politica energetica europea.

2. LA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO DELL'ENERGIA

Nella sua formulazione originaria, il Trattato istitutivo della Comunità economica europea non prevedeva alcuna competenza in materia di energia.

Nel 1957 il gas naturale non era ancora considerato come una risorsa energetica di importanza primaria. Per il petrolio, invece, è sempre stata ritenuta sufficiente l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di libero scambio delle merci. In effetti, mentre il trasporto e la distribuzione del gas naturale e dell'energia elettrica sono effettuati a mezzo di complesse infrastrutture a rete, gli altri idrocarburi possono essere trasportati e distribuiti agli utilizzatori finali in molti modi e, sono tale profilo, sono equiparabili alle altre merci. Quanto all'elettricità, le reti del tempo

1 Cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo e al Parlamento europeo, «Una politica energetica per l'Europa», Bruxelles, 10 gennaio 2007, COM(2007) 1 definitivo.

2 Cfr. le conclusioni del Consiglio europeo del 4 febbraio 2011, EUCO 2/1/11 REV 1.

3 Cfr. la direttiva 2009/28/CE, che ha fissato obiettivi nazionali obbligatori per la quota di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia (per l'Italia il 17%) in modo da garantire che, nel 2020, una media del 20% del consumo di energia dell'UE provenga da fonti rinnovabili (il 10% per il settore dei trasporti).

4 Cfr. al riguardo M. WOESDOERFER, *Energy Roadmap 2050*, in J. GLANCHANT-N. AHNER-A. DE HAUTECLOCQUE (ed.), *EU Energy Law & Policy. Yearbook 2012*, Deventer-Leuven, 2013, p. 21 ss.

5 IEA ENERGY POLICIES REVIEW, *The European Union*, Paris, 2008, 27.

non erano strutturate in maniera tale da garantire un consistente flusso transfrontaliero di energia. Gli Stati fondatori, pertanto, ritenevano che le specifiche esigenze correlate al fabbisogno energetico della Comunità fossero adeguatamente soddisfatte dal Trattato istitutivo della Comunità del carbone e dell'acciaio (CECA) del 1951 e dal Trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia atomica (Euratom) del 1957⁶.

La mancata previsione di una competenza comunitaria in materia di energia, tuttavia, non ha impedito agli organi europei l'avvio di processo di liberalizzazione del settore, mediante il ricorso alla base legale offerta da altre disposizioni del Trattato, in particolare quelle in materia di concorrenza e di ravvicinamento delle legislazioni⁷.

Com'è noto il settore dell'energia, come quello delle telecomunicazioni, nella maggior parte degli Stati europei è stato per lungo tempo oggetto di monopolio statale e interamente soggetto alle discipline nazionali (salvo i settori rientranti nell'ambito di applicazione dei trattati CECA e EURATOM). La crisi petrolifera del 1973 evidenziò tuttavia il problema della dipendenza della Comunità dall'estero per il fabbisogno di energia, e la conseguente esigenza di una politica energetica comunitaria. In questa situazione il Consiglio adottò una serie di risoluzioni volte ad evidenziare la necessità di una azione comunitaria anche in questo campo⁸. Si trattava tuttavia di atti programmatici, a contenuto non vincolante, volti ad individuare obiettivi comuni e azioni programmatiche il cui rispetto, in assenza di strumenti giuridici di coordinamento o di concertazione, era rimesso alle scelte autonome di ciascuno Stato membro.

Dalla fine degli anni '80 si cominciò a discutere sull'opportunità di avviare un processo di liberalizzazione anche per l'energia, sulla scorta di quanto stava accadendo nel campo delle telecomunicazioni. L'avvio di tale processo non fu tuttavia agevole, sia per l'opposizione della maggior parte degli Stati membri a rinunciare ai propri monopoli (con l'eccezione di Inghilterra e Irlanda), sia per l'esistenza di alcuni ostacoli giuridici presenti nello stesso sistema comunitario⁹.

A tal riguardo è stato sempre riconosciuto che anche il settore dell'energia rientra nell'ambito di applicazione delle libertà sancite dai Trattati¹⁰ e, in particolare,

6 Cfr. al riguardo L. HANCHER-F.M. SALERNO, *Energy Policy After Lisbon*, in A. BIONDI-P. EECKHOUT-S. RIPLEY (ed.), *EU After Lisbon*, Oxford, 2012, 368.

7 Per un'analisi dell'evoluzione della politica energetica della Comunità cfr., tra gli altri, da ultimo M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011, 4 ss.; F. DONATI, *Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*, in A. PREDIERI-M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, p. 11 ss.; N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo II, Milano, 2007, p. 1007 ss.; G. ROSSI, *Il settore dell'energia nel contesto europeo. Problemi giuridici e istituzionali*, in D. VELO (a cura di), *La cooperazione rafforzata e l'Unione economica: la politica europea dell'energia*, Milano, 2007, p. 138 ss.; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S.CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, Tomo V, Milano, 2003, p. 2189 ss.; M. POLITI, *Energia nel diritto comunitario*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. VI, Torino, 1991.

8 Cfr. in particolare la Risoluzione del Consiglio del 17 settembre 1974, concernente una nuova strategia per la politica energetica della Comunità. Sulle iniziative della Comunità in materia di politica energetica fino agli anni '80 cfr. A. ALBONETTI, *La politica energetica*, in E. PENNACCHI-NI-R. MONACO-L. FERRARI BRAVO-S. PUGLISI, *Manuale di diritto comunitario*, II, Torino, 1984, p. 736 ss.

9 Sulla disciplina europea in materia di energia prima dell'adozione del "primo pacchetto" cfr., fra gli altri, F. CAPOTORTI, *Normativa comunitaria ed energia elettrica*, in *Mercato europeo e diritto dell'energia. Atti del convegno di studi tenuto a Maratea dal 12 al 15 ottobre 1989*, Milano, 1990, p. 33 ss.; L. MEZZETTI, *L'energia e l'Europa: prospettive per il mercato interno del 1992*, in *Rass. giur. en. el.*, 1988, p. 865 ss.

10 L'energia è considerata come merce nell'ambito della nomenclatura doganale comunitaria ed è sempre stata equiparata ad una merce dagli organi comunitari ai fini dell'applicazione delle norme dei Trattati: cfr. Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Racc.*, 1964, 1127, dove è stato riconosciuto che l'energia elettrica può rientrare nel campo di applicazione dell'art. 37 del Trattato.

alle regole comunitarie sulla circolazione delle merci e sulla concorrenza¹¹. Si è peraltro discusso se ed in quale misura le particolari caratteristiche del mercato dell'energia potessero giustificare la deroga all'applicazione della regola prevista dall'art. 106 par. 2 del TFUE (ex art. 86 TCE), secondo il quale le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale sono sottoposte alle norme del Trattato, ed in particolare alle regole della concorrenza, «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata». La Corte di giustizia, contrariamente a quanto ritenuto dalla Commissione¹², a partire dalla sentenza *Almelo* ha adottato un atteggiamento molto cauto, favorevole ad un'ampia applicazione, nel campo dell'energia, della deroga all'applicazione delle norme in materia di concorrenza consentita dalla richiamata norma¹³. Questa impostazione, confermata da alcune decisioni successive¹⁴, indica una tendenza della Corte di Giustizia ad accordare, in questa fase, una preminenza alle esigenze del servizio pubblico rispetto a quelle della concorrenza¹⁵, in sintonia con il riconoscimento, ad opera del Trattato di Amsterdam, dell'«importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione»¹⁶.

Una prima parziale apertura del mercato è stata tuttavia effettuata con l'adozione delle direttive «*common rail*»: la direttiva del Consiglio n. 90/547/CEE del 29 ottobre 1990, concernente il transito di energia elettrica sulle grandi reti, e la direttiva del Consiglio n. 91/296/CEE del 31 maggio 1991, concernente il transito di gas naturale sulle grandi reti. Le direttive riguardano però unicamente gli scambi di energia tra i grandi operatori di rete, lasciando quindi precluso l'accesso alle reti di trasporto e di distribuzione da parte di altri soggetti per la fornitura di energia ai consumatori finali. Effetti sostanzialmente limitati ha avuto anche la direttiva 90/377/CEE del 29 giugno 1990, sulla trasparenza dei prezzi dell'energia elettrica e del gas ai consumatori finali dell'industria.

Maggiore importanza ha avuto il Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht

11 Cfr., fra gli altri, C.D. EHLERMANN, *Role of the European Commission as Regards National Energy Policies*, in *Journal of Energy and Natural Resources* 12 (1994), 346; F. MCGOWAN, *The European Electricity Industry and EC Regulatory Reform*, in J. HAYWARD (ed.), *Industrial Enterprise and European Integration*, Oxford, 1995, p. 145 ss.; A. LOLLI, *Riserva d'impresa e diritto comunitario. I monopoli elettrici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 108 ss.; E. PFRANG, *Towards Liberalisation of the European Electricity Market*, Frankfurt am Main, 1999, p. 24 ss.

12 Cfr. la decisione della Commissione n. 91/50/CEE del 16 gennaio 1991, *Ijsselcentrale*, in G.U. L 28, 32.

13 Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo c Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.*, I-1477. Questa decisione ha segnato un'inversione di tendenza rispetto alla precedente giurisprudenza, in cui la Corte di Giustizia si era attenuta ad un'interpretazione maggiormente rigorosa dell'art. 86 par. 2 TCE e come tale più in sintonia con l'impostazione accolta dalla Commissione. Per un esame della giurisprudenza comunitaria in materia cfr. G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2 del Trattato CE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 719 ss. Sull'impatto della sentenza *Almelo* con riguardo alla politica energetica comunitaria cfr. W. DURACH, *Die einföhrung kompetitiven Strukturen auf der Energiemärkten. Die Bedeutung des Europäischen Wettbewerbsrechts für die Liberalisierung der Energiemärkte unter Berücksichtigung der Erfahrungen in Großbritannien*, Frankfurt am Main, 1996, p. 284 ss.; P.J. SLOT, *Competition and Public Service Obligations: The Example of the Energy Sector*, in L. GROMLEY (ed.), *Current and Future Perspective on EC-Competition Law*, London, 1997, p. 527 ss.; L. HANCHER, *Die Almelo Entscheidung des Europäischen Gerichtshof: Hintergrund, Bewertung, mögliche Auswirkungen*, in *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 1995, p. 68 ss.

14 Cfr. Corte di Giustizia, 23 ottobre 1997, causa C-157/94 (Paesi Bassi), in *Racc.*, I-5768; causa C-158/94 (Italia), *ivi*, I-5789; causa C-159/94 (Francia), *ivi*, I-5815; causa 160/94 (Spagna), *ivi*, I-5853. Su queste decisioni cfr. V. S OTTILI, *Il mercato dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 927 ss.

15 Cfr. V. SOTTILI, *Il mercato dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 933; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 402.

16 Sul nuovo art. 16 TCE cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 527 ss.

il 7 febbraio 1992 e entrato in vigore il 1° novembre 1993, che ha previsto una competenza comunitaria relativa all'«incentivazione delle creazione e dello sviluppo di reti transeuropee»¹⁷, definendo gli obiettivi e gli strumenti della politica comunitaria in questo campo¹⁸.

Il Trattato sull'Unione europea ha inoltre espressamente attribuito alla Comunità il potere di adottare «misure in tema di energia»¹⁹. La mancanza di una espressa base giuridica, tuttavia, non impediva una politica comunitaria in questo campo, dal momento che i prodotti energetici ed i servizi ad essi relativi rientrano nell'ambito di applicazione dei Trattati. Anche in materia energetica, pertanto, la Comunità disponeva di poteri volti ad assicurare la piena attuazione del mercato interno e lo sviluppo della concorrenza.

La politica energetica comunitaria, però, ha sempre preso in considerazione anche altre esigenze di interesse pubblico, e in particolare quelle connesse alla salvaguardia dell'ambiente e alla sicurezza dell'approvvigionamento dell'Unione²⁰. In effetti la compresenza di molteplici interessi pubblici di cui tenere conto, ha finito per attribuire alla politica energetica europea un carattere «trasversale»; la liberalizzazione del mercato è stata quindi perseguita in maniera graduale e in modo tale da assicurare un bilanciamento dei vari interessi in gioco²¹. La Corte di giustizia ha del resto riconosciuto che il perseguimento delle finalità di tutela dell'ambiente e di sicurezza nell'approvvigionamento può giustificare misure (europee o nazionali) potenzialmente limitative dei principi della concorrenza²².

La vera svolta nell'azione comunitaria per l'introduzione di una effettiva concorrenza nel settore dell'energia si è avuta soltanto con l'approvazione, dopo un lungo e travagliato iter²³, della direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1992, che ha previsto una limitata liberalizzazione della distribuzione di energia ai grandi utenti, e ha riconosciuto il principio della libertà di accesso alla rete di trasmissione, in modo da favorire l'avvio della concorrenza nei settori della generazione e della distribuzione.

La diversità del mercato dell'energia elettrica rispetto a quello del gas naturale ha spinto gli organi europei a dettare per essi una disciplina che, pur presentando per molti aspetti analogie, contiene significative differenze collegate soprattutto al fatto che l'approvvigionamento del gas dipende in larga parte da fornitori esterni all'Unione Europea (mentre la produzione di energia elettrica è in genere localizzata almeno in buona parte nei singoli Stati membri) e da contratti pluriennali di acquisto con la formula internazionale del “take-or-pay” (la quale generalmente impone il pagamento di larga parte della fornitura anche in caso di mancato ritiro)²⁴. Questa disciplina è contenuta nella direttiva 98/30/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 recante «norme comuni per il mercato interno

17 Art. 3, lett. o), TCE.

18 Cfr. gli artt. 154-157 TCE (oggi artt. 170-172 TFUE). In argomento cfr., tra gli altri, A. PREDIERI, *Gli orientamenti sulle reti transeuropee*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1997, p. 576 ss.; F. DONATI-P. MILAZZO, *Commento agli artt. 170-172 TCE*, in *Trattati dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2013, p. 1545 ss.

19 Art. 3, lett. u), TCE.

20 Cfr. gli artt. 191 e 192 TFUE (ex artt. 174 e 175 TCE).

21 Cfr. N. AICARDI, *Energia*, cit., p. 1012.

22 Cfr. tra le altre, sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/97, *PreussenElektra*.

23 Per una esposizione delle principali tappe che, a partire dalla proposta originaria presentata dalla Commissione nel 1992, hanno condotto all'approvazione delle direttive cfr. E. PFRANG, *op. cit.*, p. 62 ss., ed ivi, p. 65 ss., un dettagliato resoconto delle discussioni circa la base legale più appropriata per tale direttiva.

24 Cfr. sul punto G. ZAVATTONI, *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alla rete*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, p. 759 ss.

del gas naturale», che ha avviato la liberalizzazione nel settore relativo al trasporto, distribuzione, fornitura e stoccaggio di gas naturale.

Il primo «pacchetto normativo»²⁵ lasciava tuttavia larghi margini di attuazione agli Stati membri con riguardo, ad esempio, al tipo di accesso alle reti trasmissive, alla separazione richiesta alle imprese verticalmente integrate tra attività di trasmissione, generazione e distribuzione, alla previsione di autorità nazionali di regolazione e alle garanzie di indipendenza delle stesse, ecc. Di qui una serie di iniziative spontanee, volte a favorire un maggior coordinamento tra le varie autorità nazionali chiamate ad attuare la disciplina comunitaria.

Una prima forma di coordinamento venne promossa dalla Commissione europea, attraverso la creazione del «Forum europeo di regolazione dell'elettricità» che si riunì per la prima volta a Firenze nel 1998 (il cosiddetto Forum di Firenze), e del «Forum europeo di regolazione del gas», che si riunì a Madrid l'anno successivo (il cosiddetto Foro di Madrid). Queste iniziative erano volte a favorire lo scambio reciproco di informazioni e la discussione dei problemi collegati all'attuazione delle direttive comunitarie ed alla realizzazione di un mercato unico dell'energia e del gas. I Fora, che ancora oggi si riuniscono due volte l'anno rispettivamente a Firenze e a Madrid, sono aperti alla partecipazione di molti soggetti, tra cui la Commissione, gli Stati membri, le autorità nazionali di regolazione, i rappresentanti delle imprese e degli utenti, gli esperti del settore. Essi costituiscono un'occasione di riflessione e di confronto, ma incontrano decisivi limiti nel carattere troppo ampio ed eterogeneo della loro partecipazione e nell'assenza di strumenti formali di regolazione.

Una seconda forma di coordinamento venne realizzata spontaneamente da dieci regolatori europei²⁶ attraverso la creazione nel 2000 del CEER (Consiglio dei regolatori europei dell'energia). Il CEER, pur in mancanza di poteri effettivi e di stabili strutture di supporto, ha favorito uno scambio di informazioni tra le autorità di regolazione degli Stati membri, l'elaborazione di posizioni comuni su importanti temi e una attuazione più omogenea nei vari contesti nazionali della disciplina comunitaria di riferimento.

3. IL SECONDO PACCHETTO ENERGIA

Nonostante queste iniziative, la mancanza di un quadro normativo uniforme in tutti gli Stati membri impediva l'effettiva realizzazione di un vero mercato interno dell'energia.

Nel 2003 è entrato in vigore il secondo pacchetto di norme comunitarie in materia di energia²⁷, che ha rappresentato un importante passo avanti verso la creazione del mercato interno dell'energia elettrica e del gas. Le nuove direttive hanno portato a conclusione il processo di liberalizzazione avviato dalle direttive precedenti,

25 Su cui cfr., tra gli altri, S. CASSESE, *La disciplina del mercato dell'elettricità*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, p. 753 ss.; A. ZAVATTONI, *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alla rete*, cit., p. 762 ss.; A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, Bari, 2000; F. CACCIA DOMINIONI, *Recenti sviluppi dell'azione normativa dell'UE in materia energetica*, in *Rass. giur. en. el.*, 2000, p. 369 ss.; A. COLAVECCHIO, *I mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari*, in *Rass. giur. en. el.*, 2001, p. 481 ss.; G. CAIA-N. AICARDI, *Energia*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, II, Milano, 1997, p. 675 ss.

26 Le autorità regolatrici dell'energia elettrica e del gas di Belgio, Finlandia, Irlanda, Italia, Olanda, Spagna, Portogallo, Norvegia, Regno Unito e Svezia.

27 Il secondo pacchetto comprende la direttiva 2003/54/CE (direttiva elettricità) e la direttiva 2003/55/CE (direttiva gas), oltre al regolamento CE n. 1228/2003, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica.

imponendo agli Stati membri l'obbligo di consentire entro la fine del 2007 a tutti gli utenti, inclusi quelli residenziali, piena libertà di scelta del fornitore²⁸. È stata inoltre liberalizzata la produzione di energia, prevedendo che la costruzione di nuovi impianti non è più soggetta a forme di programmazione pubblica ma solo ad un controllo preventivo volto a verificare il rispetto di requisiti oggettivi stabiliti dagli Stati membri in applicazione del diritto comunitario. Altre misure hanno riguardato, tra l'altro, l'imposizione agli operatori verticalmente integrati dell'obbligo di separare maggiormente le attività inerenti alla gestione della rete di trasporto rispetto alla generazione e alla distribuzione di energia e l'introduzione di misure volte a consentire l'accesso alle reti di trasporto su basi non discriminatorie.

In linea con la precedente politica energetica europea, anche le seconde direttive hanno cercato di bilanciare l'obiettivo della liberalizzazione del mercato energetico con la necessità di tutelare interessi pubblici concorrenti, tra cui la riduzione della dipendenza energetica dall'estero e la tutela dell'ambiente²⁹. Le nuove direttive, infatti, mirano a realizzare un mercato non solo «concorrenziale» ma anche «sicuro e sostenibile dal punto di vista ambientale»³⁰. In questa prospettiva si colloca ad esempio la direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che ha istituito il sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra³¹.

Il "secondo pacchetto" ha attribuito alle autorità nazionali di regolazione un ruolo centrale per la realizzazione del mercato interno dell'energia, demandando ad esse incisivi poteri volti ad assicurare la corretta realizzazione dei principi introdotti dalla disciplina comunitaria³².

Il rafforzamento del ruolo e dei poteri delle autorità nazionali di regolazione rendeva tuttavia necessario trovare efficaci strumenti di raccordo e coordinamento tra le stesse, al fine di garantire l'uniformità nell'esercizio delle funzioni regolatorie all'interno dell'Unione. A tal fine la Commissione, nel 2003, ha istituito l'ERGEG (European Regulators Group for electricity and gas – Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità)³³. Compito dell'ER-GEG è quello di agevolare la consultazione, il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali di regolamentazione e tra queste e la Commissione, allo scopo di consolidare il mercato interno e garantire la coerente applicazione, in tutti gli Stati membri, della nuova disciplina comunitaria nel settore dell'energia e del gas.

28 Con specifico riguardo al settore elettrico, è stato previsto l'obbligo di garantire a tutti i clienti il diritto di usufruire del cosiddetto servizio universale: cfr. al riguardo, tra gli altri, G.F. CARTEI, *Servizio universale*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 1057 ss., ed ivi ampii richiami di letteratura.

29 In applicazione dei principi in materia ambientale, ad esempio, la Corte di giustizia ha ritenuto che, pur in mancanza di una espressa disposizione al riguardo nel diritto derivato, i progetti transfrontalieri per la realizzazione di infrastrutture energetiche debbano essere sottoposti a valutazione d'impatto ambientale (sentenza 10 dicembre 2009, causa C-205/08, *Umweltanwalt von Kaernten*).

30 Cfr. l'art. 3 (1) delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE.

31 Occorre peraltro ricordare che l'Unione aveva già da tempo avviato iniziative per la promozione delle energie rinnovabili e l'innovazione tecnologica, mediante l'approvazione della direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001, sulla promozione della produzione di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili, cui fece seguito la direttiva 2004/8/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, sulla promozione della cogenerazione.

32 Cfr. art. 23 della direttiva 2003/54/CE e l'art. 25 della direttiva 2003/55/CE.

33 Decisione della Commissione dell'11 novembre 2003 che istituisce il gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità (2003/796/CE), in GUCE 14 novembre 2003, L 296/34. L'ER-GEG è composto da un rappresentante di ciascuna autorità nazionale di regolazione. La Commissione fa parte dell'ERGEG, partecipa alle sue riunioni e provvede al segretariato.

4. IL TERZO PACCHETTO ENERGIA

Nel luglio 2009, poco prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stato approvato il terzo pacchetto in materia di energia³⁴, volto a completare la realizzazione di un mercato concorrenziale dell'energia elettrica e del gas. Esso è stato adottato in forza dell'art. 114 TFUE (ex art. 95 TCE), sul ravvicinamento delle legislazioni che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

Questo nuovo intervento ha sottratto ulteriori competenze agli organi politici nazionali ed ha cercato di realizzare un inedito modello di "governance" europea dell'energia, incentrato sulla cooperazione tra regolatori nazionali, Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER)³⁵ e la Commissione europea.

In particolare, il terzo pacchetto ha affidato alle autorità nazionali di regolazione il compito di garantire la corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione su tutto il territorio europeo. A tal fine le nuove direttive hanno individuato espressamente gli obiettivi generali che le autorità nazionali di regolazione sono chiamate a perseguire³⁶ e ne hanno esteso le competenze³⁷, affidando alle stesse anche il potere di irrogare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive alle imprese elettriche che non ottemperano agli obblighi ad esse imposti sulla base della normativa applicabile³⁸. Inoltre le nuove direttive hanno imposto agli Stati membri l'obbligo di assicurare l'indipendenza delle autorità di regolazione non solo dalle imprese regolate, ma anche dal potere politico³⁹. A tal riguardo le autorità nazionali, nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione, non possono sollecitare né accettare istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati e devono essere messe in condizione di poter prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico⁴⁰. È infatti evidente che, ove le Autorità nazionali di regolazione fossero dipendenti dagli organi politici nazionali e tenute pertanto a seguire gli indirizzi fissati da questi, risulterebbe impossibile garantire la necessaria uniformità nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Al fine di garantire un maggiore coordinamento delle funzioni di regolazione svolte dalle autorità nazionali, queste sono chiamate ad operare in stretta cooperazione con la Commissione, con la neo-istituita ACER e con le autorità degli altri Stati membri⁴¹.

L'ACER è un organismo dell'Unione, dotato di personalità giuridica con una propria organizzazione, un proprio personale e autonome forme di finanziamento. Tra

34 Il terzo pacchetto comprende due direttive (la direttiva 2009/72/CE sul mercato interno dell'energia elettrica e la 2009/73/CE, sul mercato interno del gas), e tre regolamenti (il regolamento n. 713/2009, che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, e i regolamenti n. 714/2009 e n. 715/2009 in materia di accesso alle infrastrutture di trasmissione e trasporto dell'energia elettrica e del gas).

35 Regolamento (CE) n. 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia.

36 Cfr. l'art. 36 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 40 direttiva 2009/73/CE.

37 Cfr. l'art. 37 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41 direttiva 2009/73/CE.

38 Cfr. l'art. 37(4)(d) della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41(3)(d) della direttiva 2009/73/CE.

39 Cfr. l'art. 35 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 39 direttiva 2009/73/CE.

40 L'indipendenza garantita alle autorità di regolazione dell'energia appare superiore rispetto a quella riconosciuta alle autorità nazionali di regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche, per le quali l'indipendenza riconosciuta dall'art. 3, comma 3 bis, direttiva 2002/21/CE (come modificata dalla direttiva 2009/140/CE) «non osta alla supervisione a norma del diritto costituzionale nazionale».

41 Cfr. al riguardo gli artt. 34 ss. della direttiva 2009/72/CE e gli artt. 39 ss. della direttiva 2009/73/CE.

i propri organi⁴², un ruolo centrale è attribuito al Comitato dei regolatori, composto dai rappresentanti delle autorità nazionali di regolazione e da un rappresentante, senza diritto di voto, della Commissione. Il Comitato dei regolatori, che delibera a maggioranza dei due terzi dei presenti⁴³, approva i pareri, le raccomandazioni e le decisioni dell'Agenzia⁴⁴.

L'ACER ha prevalentemente poteri consultivi, che esercita attraverso pareri e raccomandazioni ai gestori dei sistemi di trasmissione, alle autorità nazionali di regolazione ed alle istituzioni europee. Può adottare decisioni individuali su singoli aspetti tecnici relativi a infrastrutture transfrontaliere, attenendosi agli orientamenti eventualmente adottati dalla Commissione al riguardo⁴⁵. L'ACER può inoltre essere chiamata ad esprimere un parere circa la conformità della decisione di una autorità nazionale e, in caso di persistente inadempienza, far scattare una procedura d'infrazione da parte della Commissione. Sotto tale profilo l'ACER diviene uno strumento per garantire l'attuazione uniforme in tutti gli Stati membri degli orientamenti stabiliti dalla Commissione.

Sarebbe però errato considerare l'ACER come un mero braccio operativo della Commissione. Si tratta, infatti, di un organismo indipendente, istituito al fine di assicurare l'uniformità delle funzioni di regolazione svolte dalle autorità nazionali⁴⁶, che rappresenta senz'altro un decisivo salto di qualità rispetto al Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità istituito nel 2003⁴⁷. Istituzione dell'ACER potrebbe quindi essere considerata un passaggio verso la creazione di un unico regolatore europeo dell'energia. Certo è che il modello attuale di governance europea è caratterizzato dalla presenza di molti regolatori (le autorità nazionali, l'ACER e la Commissione), chiamati a cooperare tra di loro per il buon funzionamento del sistema.

Ciò vale, ad esempio, con riguardo all'aspetto cruciale relativo alla separazione delle attività di trasporto dalle attività di generazione e distribuzione. Il legislatore europeo, com'è noto, ha ritenuto che una separazione strutturale delle attività di trasmissione dell'energia da quelle di produzione e fornitura fosse un elemento chiave per consentire lo sviluppo in Europa di un mercato interno effettivamente integrato e concorrenziale⁴⁸. A tal fine le nuove direttive, nella loro versione originaria, attribuivano agli Stati membri la possibilità di scegliere tra l'opzione della separazione proprietaria (*ownership unbundling*) dei sistemi di trasmissione⁴⁹ e il modello del gestore di sistema indipendente (ISO), in cui l'impresa integrata

42 Sono organi dell'ACER, oltre al Comitato dei regolatori, il Consiglio di amministrazione, il Direttore e la Commissione ricorsi. Il primo, composto di 9 membri (di cui 5 nominati dal Consiglio, 2 dal Parlamento europeo e 2 dalla Commissione), adotta il programma di lavoro dell'Agenzia. Il secondo, nominato dal Consiglio di amministrazione previo parere favorevole del Comitato dei regolatori, predispone il progetto del programma di lavoro e ne cura l'attuazione; oltre a preparare i lavori del Consiglio di amministrazione e a partecipare, senza diritto di voto, ai lavori di quest'ultimo, esso predispone inoltre i pareri, le raccomandazioni e le decisioni e, una volta ottenuto il parere favorevole del Comitato dei regolatori, provvede all'adozione e alla relativa pubblicazione. La Commissione ricorsi (composta da sei membri scelti tra funzionari delle autorità nazionali di regolamentazione) decide sui ricorsi avverso le decisioni dell'ACER.

43 Art. 14 (3) del regolamento n. 713/2009/CE.

44 Cfr. l'art. 15 del regolamento n. 713/2009/CE.

45 Art. 8 (4), del regolamento n. 713/2009/CE.

46 Art. 1, comma 2, regolamento n. 713/2009/CE.

47 Decisione della Commissione dell'11 novembre 2003 che istituisce il gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità (2003/796/CE), in GUCE 14 novembre 2003, L 296/34.

48 Cfr. I. BERNAERTS, *The internal energy market: practical priorities for the Commission*, in J. GLANCHANT-N. AHNER-A. DE HAUTELOCQUE (ed.), *EU Energy Law & Policy. Yearbook 2012*, cit., p. 37 ss.

49 Art. 9 delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

mantiene la proprietà della rete di trasporto ma ne affida la gestione a un soggetto terzo⁵⁰. Nel corso del procedimento legislativo venne poi aggiunto un ulteriore modello, quello del gestore di trasmissione indipendente (ITO)⁵¹. In questo terzo modello, l'impresa integrata può mantenere la proprietà della rete di trasporto e affidarne la gestione a una propria divisione aziendale, purché garantisca l'indipendenza decisionale e funzionale di tale divisione. In tal caso deve essere costituito un organo di sorveglianza sull'operato del management della divisione cui è affidata la gestione della rete⁵², e sono inoltre previste apposite norme a tutela dei terzi che hanno accesso all'infrastruttura, tra cui la predisposizione di un piano decennale di investimenti approvato, previa consultazione pubblica, dall'autorità di regolazione, che vigila poi sulla sua attuazione. Il controllo sul buon funzionamento di questo sistema è affidato sia alle autorità nazionali di regolazione, sia all'ACER sia infine alla Commissione.

Il gestore della rete di trasporto deve infatti ottenere una certificazione rilasciata dall'autorità nazionale di regolazione, chiamata a verificare l'effettiva indipendenza nella gestione delle reti, sulla base di una procedura amministrativa che vede il coinvolgimento della Commissione⁵³. La Commissione ha due mesi di tempo per esaminare la decisione dell'autorità nazionale e può, se lo ritiene opportuno, chiedere un parere all'ACER; in tal caso il periodo di due mesi è prorogato di altri due mesi⁵⁴. Nonostante che il parere della Commissione non abbia carattere vincolante, le autorità nazionali lo devono tenere nella massima considerazione. Per evitare che le reti europee di trasporto dell'energia siano controllate da imprese verticalmente integrate appartenenti a paesi al di fuori dell'Unione, le regole in materia di separazione si applicano anche alle imprese di Stati terzi che controllano reti europee di trasmissione dell'energia, che sono tenute ad ottenere un'apposita certificazione, rilasciata dalla competente autorità nazionale di regolazione d'intesa con la Commissione⁵⁵.

Alle autorità nazionali di regolamentazione sono infine affidate incisive competenze con riguardo alle scelte gestionali e pianificatorie della rete di trasporto, tra cui il compito di approvare il programma di adempimenti per garantire una gestione non discriminatoria dell'accesso alle reti⁵⁶, il piano decennale di sviluppo delle reti predisposto dal gestore, e di verificare l'attuazione dello stesso⁵⁷.

In sostanza, anche se agli Stati membri spetta il potere di scelta tra le tre diverse opzioni disponibili, le nuove direttive hanno sottratto agli organi politici nazionali le scelte fondamentali con riguardo all'organizzazione e al funzionamento della rete di trasporto dell'energia, stabilendo una serie di principi la cui attuazione è rimessa ai regolatori nazionali, all'ACER e alla Commissione.

Sempre allo scopo di promuovere il completamento del mercato interno dell'energia, il terzo pacchetto ha inteso favorire la creazione di codici di rete uniformi. L'esistenza a livello nazionale di differenti codici di rete ha infatti costituito per

50 Cfr. art. 13 della direttiva 2009/72/CE e art. 14 della direttiva 2009/73/CE.

51 Cfr. artt. 9(9) e 17 ss. della direttiva 2009/72/CE e artt. 9(9) e 17 ss. della direttiva 2009/73/CE.

52 Cfr. art. 20 delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

53 Cfr. in particolare l'art. 10 delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

54 Cfr. l'art. 3 del regolamento (CE) n.714/2009, richiamato dall'art. 10 delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

55 Cfr. l'art. 11 delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

56 Cfr. art. 21 delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE e l'art. 3 dei regolamenti (CE) 714/2009 e 715/2009.

57 Cfr. art. 22 delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

molto tempo un ostacolo allo sviluppo degli scambi transfrontalieri dell'energia elettrica e del gas. Per tale motivo il terzo pacchetto comprende due regolamenti che hanno introdotto una procedura per lo sviluppo di codici di rete europei⁵⁸, alla quale partecipano la Commissione, l'ACER e le reti europee dei gestori dei sistemi di trasmissione (REGST) istituite nel campo dell'energia elettrica e del gas⁵⁹. Le REGST e l'ACER definiscono nel dettaglio regole e codici tecnici di accesso alla rete e garantiscono il coordinamento della gestione della rete attraverso lo scambio di informazioni operative e lo sviluppo di norme e procedure comuni di sicurezza e di emergenza. All'occorrenza i codici possono essere resi vincolanti tramite decisione di comitologia.

È opportuno infine ricordare che il terzo pacchetto ha delegato alla Commissione il potere di adottare regolamenti di attuazione delle direttive e dei regolamenti nonché di modificare i relativi allegati, secondo la procedura di comitologia. A fronte dell'attribuzione alla Commissione di forti poteri normativi e di indirizzo, all'ACER sono stati affidati prevalentemente poteri consultivi e di coordinamento tra le autorità nazionali. La Commissione, pertanto, mantiene ancora un ruolo centrale nella definizione e nell'attuazione della politica energetica europea.

5. LA POLITICA ENERGETICA EUROPEA DOPO IL TRATTATO DI LISBONA

Il Trattato di Lisbona ha incluso l'energia nel catalogo delle materie in cui l'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri⁶⁰. All'energia è dedicato un apposito Titolo⁶¹ composto da un singolo articolo – art. 194 TFUE⁶² – che individua i quattro principali obiettivi della politica dell'Unione in questo campo: garantire il corretto funzionamento del mercato interno, garantire la sicurezza dell'approvvigionamento, promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica, lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili e, infine, promuovere l'interconnessione delle reti energetiche. Le misure volte alla realizzazione di tali obiettivi sono adottate secondo la procedura legislativa ordinaria; quando però si tratta di misure aventi natura fiscale, è richiesta una procedura speciale con il voto unanime del Consiglio.

Il Trattato di Lisbona, se da una parte ha introdotto una chiara base giuridica per la politica energetica dell'Unione, dall'altra parte non sembra tuttavia incidere sulla pretesa degli Stati membri a definire autonomamente aspetti cruciali di tale politica, come quelli relativi alla struttura e alla sicurezza degli approvvigionamenti. L'art. 194, comma 2, TFUE, infatti, stabilisce che gli atti dell'Unione non possono incidere «*sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, fatto salvo l'articolo 192, paragrafo 2,*

58 Regolamento (CE) n. 714/2009 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il regolamento (CE) n. 1228/2003 e Regolamento (CE) n. 715/2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il regolamento (CE) n. 1775/2005, modificato dalla decisione della Commissione 2010/685/UE a decorrere dal 3 marzo 2011.

59 Cfr. l'art. 5 dei regolamenti (CE) 714/2009 e 715/2009.

60 Art. 4, comma 2 (i) TFUE.

61 Titolo XXI della parte III del TFUE.

62 Al riguardo cfr. M. MARLETTA, Art. 194 TFUE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1650 ss.; ID., *Il Trattato di Lisbona e l'energia*, in N. PARISI-M. FUMAGALLI-MERAVIGLIA-A. SANTINI-D. RINOLDI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 393 ss.

lettera c)». Nonostante le difficoltà interpretative che nascono dalla formulazione dell'art. 194 TFUE⁶³, sembra che ogni intervento ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 194, comma 2, TFUE richieda l'unanimità dei voti all'interno del Consiglio, con la conseguenza che ogni Stato membro può esercitare un decisivo potere di veto al riguardo.

La realizzazione degli obiettivi dell'Unione in materia di politica energetica richiede però un effettivo coordinamento delle singole politiche nazionali⁶⁴. In questa prospettiva il cosiddetto pacchetto clima-ambiente⁶⁵, approvato poco prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha previsto ad esempio che ciascuno Stato membro debba approvare un piano nazionale per la realizzazione delle misure volte a realizzare la riduzione dei gas a effetto serra e ha affidato alla Commissione un potere di controllo sui singoli piani energetici nazionali⁶⁶. Manca però un effettivo coordinamento ex ante delle scelte di politica energetica nazionale. Così è potuto accadere che, mentre la Germania decideva l'abbandono del nucleare, l'Inghilterra ha imboccato una strada opposta e ha deciso di procedere alla costruzione di nuove centrali.

Il Trattato di Lisbona, inoltre, non ha attribuito all'Unione una competenza esterna in materia di energia, a differenza di quanto ha previsto in altri campi come ad esempio in materia di ambiente⁶⁷ o di reti transeuropee⁶⁸ o di ricerca e sviluppo tecnologico⁶⁹. Ciò non esclude che, pur nel silenzio dell'art. 194 TFUE, l'Unione disponga ad altro titolo di una competenza internazionale anche in questo campo⁷⁰. Resta però il fatto che, fino ad oggi, gli Stati membri hanno concluso autonomi accordi per l'approvvigionamento delle fonti energetiche necessarie al proprio fabbisogno. A tal riguardo gli Stati non sono neppure tenuti ad informare la Commissione sugli accordi conclusi con paesi terzi. In un contesto caratterizzato da una forte dipendenza energetica dell'Unione, con un tasso di importazione che sfiora l'80% per il petrolio e supera il 60% per il gas, è però evidente che le scelte dei singoli Stati finiscono per avere un impatto significativo sull'approvvigionamento di energia dell'Unione nel suo complesso. Anche sotto questo profilo non vi è dubbio che gli obiettivi della politica energetica dell'Unione richiedono un maggior coordinamento fra gli Stati membri⁷¹.

63 Cfr. al riguardo A. JOHNSTON-E.VAN DER MAREL, *Ad lucem? Interpreting the New EU Energy Provision, and in particular the Meaning of Article 194(2) TFUE*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2013, p. 181 ss. L'A. osserva che l'art. 194 TFUE ha solo parzialmente raggiunto lo scopo di promuovere la politica energetica europea. La volontà allo stesso tempo di proteggere un gruppo di interessi nazionali ha condotto, con la riserva contenuta nel comma 2 dell'art. 194 TFUE, a rendere incerto l'impatto della disposizione.

64 Cfr. M. MARLETTA, *Art. 194 TFUE*, cit., p. 1654.

65 Fanno parte del pacchetto clima-ambiente la direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, la decisione 406/2009/CE, concernente gli sforzi degli Stati membri per ridurre le emissioni dei gas a effetto serra al fine di adempiere agli impegni della Comunità in materia di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2020, la direttiva 2009/29/CE, che ha modificato il sistema comunitario per lo scambio di quote di emissione di gas a effetto serra (ETS), al fine di favorire le riduzioni delle emissioni di tali gas all'insegna dell'efficacia dei costi e dell'efficienza economica, e la direttiva 2009/31/CE, relativa allo stoccaggio geologico di biossido di carbonio.

66 Cfr. la direttiva 2009/29/CE, art. 4.

67 Cfr. art. 191, comma 4, TFUE.

68 Cfr. art. 171, comma 3, TFUE.

69 Cfr. art. 180, lett. B), TFUE.

70 Cfr. M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, cit., p. 299 ss., dove si svolge un'analisi dell'azione esterna svolta dall'Unione europea in questo campo.

71 Cfr. al riguardo la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 7 settembre 2011 sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico e la cooperazione internazionale, intitolata: «La politica energetica dell'UE: un impegno con i partner».

Il Trattato di Lisbona, infine, non ha inciso sull'assetto regolatorio in materia di energia. Il potere di regolazione del mercato appare oggi sostanzialmente suddiviso tra le singole autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione, mentre all'ACER spettano prevalentemente poteri consultivi e di coordinamento. Appare però singolare che, mentre le direttive di settore impongono agli Stati membri di rafforzare l'autonomia e l'indipendenza dei regolatori nazionali dagli organi di indirizzo politico⁷², a livello europeo le funzioni di regolamentazione sono prevalentemente affidate alla Commissione. Se è vero che il sistema europeo presuppone e garantisce l'indipendenza della Commissione⁷³, resta il fatto che tale organo è legato da un rapporto fiduciario al Parlamento europeo⁷⁴. È difficile quindi ammettere che la Commissione abbia i requisiti di indipendenza richiesti invece ai regolatori nazionali.

Ad oggi la creazione di un'autorità europea di regolazione continua a trovare un forte ostacolo nei principi stabiliti dalla Corte di giustizia (la cosiddetta dottrina Meroni)⁷⁵, spesso richiamati dalla Commissione e dal Consiglio, evidentemente non disposti a perdere il controllo su aree di particolare rilievo economico e politico. Secondo questa dottrina, eventuali deleghe dalla Commissione ad organismi autonomi possono avere ad oggetto soltanto poteri di esecuzione ben definiti, il cui esercizio sia sottoposto al pieno controllo dell'autorità delegante, al fine di salvaguardare il principio dell'equilibrio istituzionale che discende dall'art. 7 TCE. In questa prospettiva la Commissione, fin dal Libro bianco sulla *governance* europea⁷⁶, ha escluso la possibilità di attribuire ad agenzie europee il potere di adottare misure generali di regolazione o comunque atti che richiedono una ponderazione tra interessi pubblici o valutazioni economiche complesse. La Commissione, in particolare, ha escluso la possibilità che venga istituita un'autorità europea di regolazione dell'energia, senza una modifica dei Trattati⁷⁷.

Non vi è dubbio che l'istituzione dell'ACER sembra costituire un passo verso la creazione di una autorità europea di regolazione, ma tale istituzione rimane dotata essenzialmente di compiti propositivi e consultivi. Sotto questo profilo il Trattato di Lisbona non ha colto l'occasione per permettere la creazione di un vero regolatore europeo. Si deve peraltro segnalare che la Corte di giustizia, pur in assenza di una modifica del diritto primario dell'Unione, di recente sembra avere attenuato la rigidità della "dottrina Meroni" e lasciato aperta la possibilità per una delegazione di poteri di regolazione ad un'autorità indipendente⁷⁸.

al di là delle nostre frontiere» [COM(2011) 539 def.].

72 Le direttive del 2009 hanno imposto agli Stati membri di provvedere affinché, nell'espletamento delle competenze ad esse conferite dalle medesime o dalla normativa connessa, le autorità di regolamentazione «non sollecitino né accettino istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici. Tale requisito lascia imprejudicati ... gli orientamenti di politica generale elaborati dal governo, non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione» indicati dalle direttive (cfr. gli artt. 35, par. 5, della direttiva 2009/72/CE e 39 della direttiva 2009/73/CE). In argomento cfr. le considerazioni di E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in questa *Rivista*.

73 Cfr. l'art. 245 TFUE e l'art. 17 TUE.

74 Cfr. l'art. 17, commi 7 e 8, TUE.

75 Corte di Giustizia, sentenze 13 giugno 1958, causa 9/56, Meroni c. Alta Autorità, in *Racc.*, 1958, 11, e 13 giugno 1958, causa 10/56, Meroni c. Alta Autorità, in *Racc.*, 1958, 51.

76 COM(2001) 428 Definitivo/2.

77 Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, COM(2007) 530 definitivo.

78 Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 gennaio 2014, causa C-270/12, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Parlamento europeo.

6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Non vi è dubbio che l'intervento dell'Unione europea ha determinato una profonda trasformazione nel settore dell'energia, realizzando importanti risultati che sono oggi sotto gli occhi di tutti. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha posto le basi per un ulteriore sviluppo della politica energetica europea.

L'Unione europea non si è fermata agli interventi del 2009. Recentemente sono state introdotte, ad esempio, nuove misure volte a favorire lo sviluppo e l'interoperabilità delle reti energetiche trans-europee. La mancanza di adeguati collegamenti transfrontalieri rappresenta infatti un ostacolo al buon funzionamento del sistema energetico europeo. La crisi dell'inverno del 2009, quando numerosi paesi europei si trovarono ad affrontare un problema di approvvigionamento di gas, fu causata non dalla mancanza di gas sul mercato, ma dall'assenza di un'adeguata rete per il trasporto dello stesso. I programmi stabiliti dall'Unione in materia di riduzione delle emissioni, del resto, rendono necessario l'approntamento di una infrastruttura che possa consentire l'immissione del 20% di energia da fonti rinnovabili nel 2020 e di una misura ancora maggiore entro il 2050⁷⁹. In questa prospettiva è stato quindi approvato il nuovo regolamento sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche trans-europee⁸⁰, che disciplina l'individuazione di progetti di interesse generale, introduce un *iter* autorizzatorio accelerato e prevede la possibilità di ottenere aiuti finanziari da parte dell'Unione per favorire la realizzazione dei progetti selezionati.

Nonostante questi progressi, però, l'attuale modello europeo di *governance* dell'energia non sembra ancora adeguato a garantire la realizzazione degli obiettivi che l'Unione si è posta per il prossimo futuro. In primo luogo la distribuzione dei poteri di regolazione del mercato evidenzia un sistema dualistico, nel quale ai poteri riconosciuti a organi indipendenti (le autorità nazionali di regolazione e l'ACER) si affiancano le competenze della Commissione, che continua a rivestire un ruolo centrale nel sistema. Occorrerebbe invece una più netta distinzione tra i compiti di indirizzo politico e quelli di regolazione del mercato, posto che il corretto funzionamento del mercato interno sembra richiedere l'attribuzione delle funzioni di regolazione a autorità indipendenti⁸¹. Inoltre occorre superare un quadro normativo che oggi permette la coesistenza tra 28 politiche energetiche nazionali non sufficientemente coordinate tra di loro. Sotto questo profilo l'art. 194 TFUE non rappresenta un passo avanti, perché sembra impedire l'adozione di misure che possano incidere sul diritto degli Stati membri di decidere autonomamente in ordine alla struttura e alla sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

La recente pubblicazione della *roadmap* 2050 può dunque costituire un'op-portunità per avviare un dibattito sulla riforma del diritto primario europeo in materia di energia.

79 Cfr. al riguardo C. SIKOW-MAGNY, *The Energy Infrastructure Package*, in J. GLANCHANT-N. AHNER-A. DE HAUTECLIQUE (ed.), *EU Energy Law & Policy. Yearbook 2012*, cit., p. 27 ss.

80 Regolamento (UE) n. 347/2013 del parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2013 sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche trans-europee e che abroga la decisione n. 1364/2006/CE e che modifica i regolamenti (CE) n. 713/2009, (CE) n. 714/2009 e (CE) n. 715/2009.

81 In argomento cfr. i rilievi di E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, cit., il quale evidenzia la necessità di un regolatore pienamente autonomo da interessi «privati» e da interessi «pubblici» al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato.

Regolazione indipendente e politica energetica nazionale

di Eugenio Bruti Liberati

ABSTRACT

In recent years, legislation and practice concerning services of general economic interest, at both national and european level, have shown a tendency towards the valorisation of independent regulation but also, at the same time, a new affirmation of the guidance and planning role pertaining to political and governmental institutions. Such developments, partially contradictory, call for a systematic and in-depth assessment of the institutional governance models that Member States should take into consideration when regulating SIEG markets.

The purpose of this essay is to perform such analysis, with special attention to the relations between the Government and Regulatory Authorities and particular (albeit not exclusive) reference to the sector of energy, whereby the mentioned developments became particularly evident after the approval of the act containing the so-called "National Energy Strategy".

SOMMARIO: 1. I mercati liberalizzati dei servizi di interesse economico generale e la questione della *governance* pubblica. – 2. La Strategia Energetica Nazionale e i pericoli di un ritorno al passato. – 3. La questione del riparto delle funzioni e la regola della competenza generale delle autorità nazionali di regolamentazione. – 3.1. La nozione di regolamentazione (o regolazione) e i suoi incerti confini. Scelte politiche, discrezionalità, regolazione finalistica, programmazione. – 3.2. L'attuazione della SEN. – 4. L'indipendenza dei regolatori indipendenti e gli atti governativi di indirizzo. – 5. Conclusioni: la *governance* dell'energia e quella degli altri SIEG.

1. I MERCATI LIBERALIZZATI DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE E LA QUESTIONE DELLA GOVERNANCE PUBBLICA

Il tema della *governance* pubblica dei mercati dei servizi di interesse economico generale è stato oggetto in questi anni di attenta considerazione da parte della dottrina giuridica, economica e politologica. Particolare interesse ha, com'è ben noto, suscitato la questione del ruolo delle autorità indipendenti di regolazione, da molti considerate elemento essenziale delle politiche di liberalizzazione di quei mercati ma non sempre adeguatamente valorizzate dalle discipline positive concretamente introdotte per i diversi settori¹.

L'Autore ringrazia molto Laura Ammannati, Sabino Cassese, Marcello Clarich, Erminio Ferrari e Giuseppe Pericu per avere letto e commentato una prima versione del lavoro.

¹ Sulla regolazione indipendente e sui nessi tra la stessa e le politiche di liberalizzazione la letteratura è notoriamente assai ampia. Nella dottrina giuridica italiana si vedano, tra gli altri, A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 647 ss.; A. PREDIERI, *L'eromper delle*

Gli anni più recenti hanno recato riguardo a tale tema novità significative, nella legislazione e nella prassi europee e in quelle nazionali: novità che vanno nel senso del rafforzamento e della diffusione ulteriori del modello della regolazione indipendente ma anche in quello, apparentemente contraddittorio, della decisa riaffermazione del ruolo degli organi politici e di governo.

L'istituzione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti², l'attribuzione all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni delle funzioni di regolazione dei servizi postali e all'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas di quelle concernenti i servizi idrici³ hanno segnato in Italia la «rinascita della regolazione per autorità indipendenti»⁴; e a tali scelte nazionali si sono anche affiancate, in sede europea, disposizioni che con riferimento ad energia elettrica, gas naturale, comunicazioni elettroniche e trasporti hanno da un lato finalmente garantito l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione anche rispetto ai governi nazionali (e non più solo, come in passato, rispetto alle imprese regolate), dall'altro individuato un'area di competenze ad esse riservate⁵.

A fronte di tali sviluppi vi è stato peraltro, nello stesso recente lasso di tempo, l'esplicita affermazione (o, meglio, riaffermazione) del ruolo di programmazione e di indirizzo degli organi di governo nazionali, che ha avuto la sua più chiara e formale manifestazione nel settore dell'energia, con l'approvazione del documento recante la c.d. Strategia Energetica Nazionale (di seguito anche SEN)⁶; e vi è stata anche la scelta in sede referendaria, con il pieno avallo della Corte costituzionale,

autorità amministrative indipendenti, Firenze, 1997; G. Mor-bidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999; S. LABRIOLA, (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi di transizione del diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; S. CAS-SESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 265 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; M. CERA-G. PRESTI-M. RESCIGNO (a cura di), *Autorità indipendenti. Evoluzione della specie e lotta per la sopravvivenza*, in *Analisi giur. econ.*, 2/2002; G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, in part. p. 97 ss.; G. GRASSO, *Le autorità indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Cedam, Padova, 2009; M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010; F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DO-NATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 52 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, *ibidem*, p. 75 ss.. Nella letteratura politologica v., tra gli altri, A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 61 ss. e 273 ss.; J. JORDANA-D. LEVI FAUR (eds.), *The politics of regulation. Institutions and Regulatory reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004; J. BLACK-M. LODGE-M. HATCHER (eds.), *Regulatory Innovation. A comparative analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005; D. COEN-A. HERITIER (eds.), *Refining Regulatory Regimes: Utilities in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006.

2 Avvenuta con l'art. 36 della legge 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. «cresci Italia»), che ha modificato l'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. «salva Italia»). Su tale disciplina, e anche per una ricostruzione della più ampia vicenda che ha condotto all'istituzione dell'Autorità, v. in dottrina A. TONETTI, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale dir. amm.*, 6/2012, p. 589 ss.. V. anche A. BOITANI, *Un'Autorità di regolazione dei trasporti?*, in *L'industria*, 2000, p. 826 ss.; M. SEBASTIANI, *Le autorità indipendenti e l'autorità di regolazione dei trasporti*, Astrid on-line, 2007.

3 V. al riguardo, per i servizi postali, l'art. 21 del citato d.l. n. 201/2011, convertito con la legge n. 214/2011, e il relativo allegato; per i servizi idrici, il comma 19 del medesimo art. 21.

4 In tal senso G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 3/2012, p. 229.

5 Per l'energia elettrica v. gli artt. 35-37 della direttiva 2009/72/CE del 13 luglio 2009; per il gas naturale v. gli artt. 39-41 della direttiva 2009/73/CE del 9 luglio 2009; per le comunicazioni elettroniche v. anzitutto gli artt. 3 e 8 della direttiva 2002/21/CE, come modificati dalla direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009; per i trasporti v., in particolare, gli artt. 55-56 della direttiva n. 2012/34/UE del 21 novembre 2012 (in materia di trasporto ferroviario).

6 V. il decreto del Ministro dello Sviluppo Economico e del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 8 marzo 2013.

a favore della possibilità di mantenere gestioni integralmente pubbliche, al di fuori di meccanismi di concorrenza nel mercato o per il mercato, dei servizi di interesse economico generale di ambito locale⁷.

Tali altre novità – relative se si guarda al dato propriamente normativo⁸, ma di grande importanza rispetto alle prassi precedenti e ancor più ai modelli interpretativi diffusi presso la nostra dottrina – hanno ovviamente rilievo sul piano delle discipline sostanziali dei mercati, giacché implicano un restringimento – è da vedere quanto ampio – degli spazi rimessi al libero esplicarsi della libertà d'impresa e delle dinamiche competitive, ma anche, simmetricamente, sotto il profilo della governance del sistema.

Ben lungi dall'assumere il carattere monistico da molti auspicato, con il riconoscimento in capo ai regolatori indipendenti di un ruolo esclusivo o largamente prevalente, l'assetto istituzionale preposto a livello nazionale alla disciplina amministrativa dei mercati dei servizi di interesse economico generale sembra invece incline ad acquisire o a consolidare una struttura dualistica, nella quale gli organi politici, anche grazie ai rinnovati poteri di programmazione e di direzione delle imprese pubbliche, continuano a mantenere una posizione del tutto centrale⁹.

Le categorie concettuali elaborate a partire dagli anni '90 del secolo scorso per dare un senso e un'organicità alle coeve politiche di liberalizzazione e di privatizzazione faticano a contenere e a spiegare gli sviluppi sopra richiamati¹⁰. Se lo Stato non è più solo o prevalentemente "regolatore" ma torna ad essere, sia pure in forme ed entro limiti diversi rispetto al passato, anche pianificatore e gestore, e se la regolazione non è solo o prevalentemente condizionale ma anche finalistica – perché i pubblici poteri non si limitano a fissare le condizioni per il corretto esplicarsi del gioco concorrenziale e a verificarne il rispetto ma anche ad orientare verso esiti determinati le scelte delle imprese – allora, qualunque sia il giudizio politico che si ritiene di esprimere su tale evoluzione, alcuni degli assunti teorici che hanno guidato in questi anni la lettura del fenomeno devono essere aggiornati e adeguati¹¹. Non per tornare regressivamente ai modelli prevalenti prima della sta-

7 È noto che il *referendum* a cui qui ci si riferisce, svoltosi in data 12-13 giugno 2011, ha avuto ad oggetto l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008. La sentenza della Corte Costituzionale sull'ammissibilità del *referendum* è del 12 gennaio 2011, n. 24. Rilevante è poi anche la successiva sentenza 17 luglio 2012, n. 199, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con l'esito referendario, della disciplina introdotta con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge n. 148/2011.

8 In particolare, l'istituto della Strategia Energetica Nazionale era già contemplato dall'art. 7 del d.l. n. 112/2008. E atti di programmazione sono previsti – hanno continuato ad essere previsti – anche dopo l'avvio dei processi di liberalizzazione e di privatizzazione in tutti i settori dei servizi di interesse economico generale (v. al riguardo, in dottrina, N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Il Mulino, Bologna, 2007).

9 Sul carattere dualistico da tempo assunto dall'assetto istituzionale relativo ai settori dell'energia elettrica, del gas e delle comunicazioni elettroniche v., tra gli studi di carattere generale, M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., in part. p. 24 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., in part. p. 97 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, p. 75 ss.

10 V. al riguardo anche le recenti osservazioni di A. ROBERTS, *The Logic of Discipline. Global Capitalism and the Architecture of Government*, Oxford University Press, New York, 2012. E v. anche la riflessione di taglio economico di M. FLORIO, *Network Industries and Social Welfare*, Oxford University Press, New York, 2013.

11 È difficile sintetizzare in una nota il complesso dibattito svoltosi nella dottrina giuridica, economica e politologica, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, intorno al tema del nuovo paradigma di disciplina pubblica sull'economia, conseguente alle politiche di liberalizzazione e di privatizzazione avviate prima in Gran Bretagna e negli Stati Uniti e poi anche dalla Comunità Economica Europea. Non è possibile, peraltro, non richiamare qui almeno i contributi di S. BREYER, *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1982; A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994; T. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford University Press, New York, 1997; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit.

Sulla distinzione tra regolazione condizionale e regolazione finalistica è d'obbligo il rinvio alle riflessioni in più occasioni svolte da S. CASSESE (del quale v. in particolare, ma non solo, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss.; *La trasformazione dei servizi pubblici*, in *Economia pubbl.*,

gione delle liberalizzazioni¹², ma per trovare ed esprimere un nuovo equilibrio tra le istanze di promozione della concorrenza e del mercato e quelle di protezione di interessi pubblici diversi dalla sola efficienza economica.

Le considerazioni che seguono mirano a contribuire alla ricerca di tale nuovo equilibrio, con particolare riferimento alle questioni inerenti alla *governance* pubblica dei mercati e, più precisamente, al ruolo da riconoscere all'interno dello spazio regolatorio ai regolatori indipendenti e, rispettivamente, agli organi di governo.

A tale scopo si prenderanno in specifica – anche se non esclusiva – considerazione le tematiche relative ai settori dell'energia elettrica e del gas, dove l'intervenuta approvazione del documento di SEN ha fatto già emergere con particolare chiarezza il modo nuovo in cui si pongono ora i due problemi tipici degli assetti istituzionali caratterizzati dalla presenza di regolatori indipendenti: quello del riparto di competenze tra gli stessi e gli organi di carattere politico e quello della misura e dell'estensione dell'indipendenza dei primi dai secondi.

Laddove vi sia, e venga formalizzata in un atto apposito, una strategia energetica nazionale – ma lo stesso ovviamente potrebbe dirsi per una strategia nazionale dei trasporti, delle comunicazioni elettroniche, dei servizi postali o di quelli idrici – non ci si può non chiedere quale ruolo debba spettare al regolatore indipendente nell'ambito delle attività dirette a dare ad essa attuazione e se il medesimo debba intervenire in tali processi nella pienezza della sua autonomia istituzionale ovvero piegando in una certa misura la stessa al perseguimento degli obiettivi indicati dagli organi politici.

È difficile, nel formulare una prima valutazione su tali questioni, sfuggire all'impressione di una contraddizione tra l'agire indipendente delle autorità e il loro coinvolgimento in un disegno strategico che si vorrebbe organico ed unitario. Ma la realtà è che proprio la presenza – centrale e non marginale – delle autorità indipendenti nei processi di implementazione di tali strategie è essenziale per garantire che le stesse non sfocino in un puro e semplice ritorno al passato e segnino invece il passaggio ad una fase più matura dei processi di riforma del settore dei servizi di interesse economico generale, in cui il rispetto per il mercato e per le sue dinamiche efficientistiche continui ad essere adeguatamente garantito pur a fronte di un ruolo più attivo dei pubblici poteri¹³.

1995, 5, p. 5 ss.; *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit.; *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.), nonché ai lavori in tema di regolazione di mercati finanziari di L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992, e *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 55 ss.; e di G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Cedam, Padova, 1993. È ben noto, d'altra parte, il nesso tra tali approfondimenti e le riflessioni di carattere filosofico di N. LUHMANN, ad esempio in *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977.

Fondamentale, rispetto all'elaborazione di questi temi da parte della dottrina amministrativa italiana (e non solo), è stato anche il contributo di F. MERUSI, nel volume *Democrazia e autorità indipendenti*, sopra citato, nel saggio *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, e in numerosi altri lavori.

Per una sintesi di tale dibattito v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, in part. pp. 17 ss. e 97 ss.; nonché, più di recente, i diversi contributi raccolti nel volume *La regolazione dei servizi di interesse economico generale* (a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI), cit.

12 Come teme ad esempio G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 28, con riferimento a quanti in dottrina rivalutano la nozione e la categoria del pubblico servizio.

13 L'esigenza di un rafforzamento del ruolo delle autorità indipendenti anche all'interno delle nuove politiche di (maggiore) interventismo pubblico emerge del resto chiaramente anche delle scelte operate a livello europeo nel settore finanziario, con la creazione nel 2010 delle tre Autorità indipendenti per il settore bancario (Autorità bancaria europea), assicurativo e previdenziale (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali) e dei mercati finanziari (Autorità europea degli strumenti e dei mercati finanziari) (si vedano in particolare al riguardo i regolamenti del 24 novembre 2010, nn. 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010). Su tali sviluppi v. in dottrina M. CLARICH, *Le autorità finanziarie. Profili generali*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. 5, p. 151 ss.; E. CHITI,

Il lavoro è così strutturato: nel secondo paragrafo si analizzerà nei suoi contenuti essenziali il documento che contiene la Strategia Energetica Nazionale e i problemi che pone; nel terzo si valuterà il tema del riparto di competenze tra regolatori indipendenti e organi governativi, in generale e con specifico riferimento all'attuazione della SEN; nel quarto si prenderà in esame la questione della misura dell'indipendenza dei regolatori indipendenti in particolare rispetto ai poteri governativi di indirizzo; nell'ultimo saranno esposte le conclusioni e si valuterà sinteticamente la possibile estensione delle stesse ad altri settori relativi ai servizi di interesse economico generale.

2. LA STRATEGIA ENERGETICA NAZIONALE E I PERICOLI DI UN RITORNO AL PASSATO

Il documento recante la Strategia Energetica Nazionale è stato approvato, dopo un'ampia consultazione avviata nell'ottobre 2012, con Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico e del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del Mare in data 8 marzo 2013.

Prima di vedere brevemente i contenuti di tale atto, è necessario rilevare come esso sia stato assunto in assenza di un esplicito fondamento legislativo. Le norme di legge che lo prevedevano sono state infatti – incidentalmente – abrogate con il *referendum* sull'uso del nucleare per la produzione di energia svoltosi nel giugno del 2011¹⁴.

Tale circostanza non sembra di per sé comportare dubbi sulla legittimità dell'atto in questione¹⁵, ma certo implica che allo stesso, in ossequio al principio di legalità dell'azione amministrativa, non possa riconoscersi alcuna valenza propriamente normativa. La SEN non è, almeno allo stato, un provvedimento che possa disciplinare in termini giuridicamente vincolanti – né tanto meno attribuire – poteri o competenze e nemmeno creare vincoli o obblighi giuridici in capo a soggetti privati, ma è solo un atto di indirizzo politico, in cui vengono organicamente indicate le «*linee programmatiche, gli obiettivi e le priorità della Strategia energetica nazionale nell'interesse del Paese*»¹⁶.

Così, del resto, esso si presenta ad una lettura appena attenta: come un organico inventario – finalizzato ed organizzato intorno ad alcune ben definite priorità – delle misure già previste dall'ordinamento, oppure da introdurre con nuove disposizioni normative, per realizzare gli obiettivi pubblici identificati come strategici nel settore dell'energia. E laddove si tratti di misure non ancora contemplate da norme di

Le architetture istituzionali della vigilanza finanziaria, in G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 157 ss. (e in part. p. 181 ss.).

14 L'istituto della SEN era stato previsto dall'art. 7 del d.l. n. 112/2008 (convertito con legge n. 133/2008), secondo cui il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero dello sviluppo economico, doveva appunto definire una "Strategia energetica nazionale", che avrebbe dovuto indicare "le priorità per il breve e lungo periodo" e determinare le "misure necessarie per conseguire, anche attraverso meccanismi di mercato" taluni specifici obiettivi (tra cui la realizzazione di impianti di produzione di energia nucleare). Tale norma, pur modificata dal successivo art. 5, comma 8, d.l. n. 34/2011 (convertito con legge n. 75/2011), è stata coinvolta nell'abrogazione referendaria relativo all'utilizzo della fonte energetica nucleare ed è dunque venuta meno (v. al riguardo il D.P.R. n. 114/2011).

15 Non sembra infatti esservi alcun contrasto tra finalità ed esiti del *referendum* – come si è detto, volto ad escludere la possibilità di autorizzare la realizzazione di centrali nucleari – e l'adozione di un atto diretto a formalizzare le linee strategiche della politica energetica nazionale.

16 Come in effetti afferma lo stesso d.m. dell'8 marzo 2013 nelle sue premesse. Sugli atti di indirizzo politico v. tra gli altri in dottrina M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità del diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli, 1988; M. AINIS (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione: a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Giuffrè, Milano, 1998.

legge, le stesse vengono non di rado indicate in termini generici, essendo evidentemente destinate ad essere meglio definite nei loro contenuti in occasione della loro successiva concreta introduzione.

Ciò precisato, l'impressione più immediata che si ricava dall'analisi del testo è che i due ministeri, pur riconoscendo esplicitamente i vincoli derivanti dalla liberalizzazione dei mercati dell'energia, ritengano loro compito assumere – o, meglio, riassumere, se si guarda al passato meno recente – la regia complessiva, cioè il governo, del settore per indirizzarne l'evoluzione verso gli esiti ritenuti preferibili nell'interesse generale.

L'operare delle dinamiche di mercato non è certamente negata né rinnegata – al contrario, per più aspetti si esprime l'intento di incentivarne l'ulteriore sviluppo e comunque si prevede a vari fini l'utilizzo di meccanismi di concorrenza nel mercato o per il mercato –, ma appare chiaro che l'impostazione di fondo non è certamente quella di chi intenda *solo* promuovere e regolare quelle dinamiche, accettandone i risultati come autonomamente si determinano, bensì quella di chi, quanto meno in determinati ambiti, ritiene di potere e dovere influire – attraverso incentivi e anche “comandi” – sulle scelte degli operatori.

La regolazione contemplata nella SEN – esistente o da introdurre con nuove norme – non è quindi di tipo soltanto condizionale ma anche finalistico, prevedendosi misure programmatiche, incentivanti e direttive.

Tre esempi, tra i molti possibili, appaiono sufficienti.

Il primo attiene alla pianificazione strategica degli interventi infrastrutturali: prevista già dall'art. 3 del d.lgs. n. 93/2011, essa consente al Governo di individuare gli investimenti ritenuti prioritari e di assoggettarli ad un regime di favore sul piano procedimentale, tariffario e dell'esenzione dalle misure pro-concorrenziali dell'*Unbundling* e del *Third Party Access*. Il vantaggio rispetto agli investimenti infrastrutturali non inclusi nella “lista” del Governo appare potenzialmente così notevole da far dubitare seriamente che questi ultimi – autonomamente deliberati da operatori privati – possano di fatto essere realizzati¹⁷.

Tali previsioni, che la SEN ovviamente richiama¹⁸, si affiancano d'altra parte a quelle – anche europee – che impongono ai gestori delle infrastrutture, e in primis a quelli delle reti di trasporto di gas ed elettricità, di predisporre propri piani di sviluppo e sottopongono poi i medesimi al controllo autoritativo dei regolatori, che possono imporre modifiche finalizzate, tra l'altro, a garantire la loro coerenza con la strategia energetica nazionale¹⁹.

Il secondo esempio riguarda la previsione di misure intese ad influire sulla propensione degli operatori a stipulare determinati contratti in luogo di altri: in particolare, con riferimento al settore del gas e allo scopo di ottenere una riduzione dei prezzi di mercato, la SEN ipotizza interventi regolatori intesi a promuovere una variazione delle tipologie contrattuali prevalentemente prescelte dalle imprese (dai c.d. contratti «*take or pay*» di lungo periodo a contratti «*spot*») e dei relativi contenuti (in particolare, quanto alla formula di aggiornamento del prezzo)²⁰.

Pur se i dettagli di tali interventi regolatori non sono precisati, quanto si rinviene nel

17 Su tale disciplina v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato*, in *Dir. econ.*, 3/2012, p. 529 ss.

18 V. ad esempio a p. 64.

19 V. l'art. 16, comma 6, d.lgs. n. 93/2011.

20 V. in particolare a p. 62.

documento di SEN è sufficiente per comprendere il carattere fortemente finalistico della disciplina che si prevede di introdurre con riguardo al tema assai delicato – sul piano del rispetto delle dinamiche concorrenziali – delle scelte contrattuali degli operatori.

Emblematiche – pur nella loro oggettiva ambivalenza – sono poi anche le previsioni relative all'attività dell'impresa statale proprietaria delle principali infrastrutture del gas – la Snam –, di cui s'ipotizza nella SEN un impegno rilevante nello sviluppo di nuovi investimenti infrastrutturali «in modo da promuovere il ruolo del sistema italiano del gas in Europa»²¹. Anche se tali previsioni possono essere in astratto interpretate come interne ad una logica di regolazione condizionale – cioè, come intese solo a sottolineare che, a seguito della sua «*unbundlizzazione*» da Eni²², Snam, non essendo più gravata dai conflitti d'interesse connessi alla natura integrata del gruppo di cui faceva parte, potrà liberamente perseguire il suo interesse aziendale a realizzare nuovi e cospicui investimenti –, il dubbio che viceversa si prospetti qui un utilizzo strategico dell'impresa per finalità (non strettamente aziendali, ma) pubblicistiche non appare ingiustificato. Non di «uso pubblico dell'interesse privato»²³ si tratterebbe allora, ma di gestione – e inevitabilmente anche di direzione – pubblica di un'impresa per la tutela di interessi generali.

Rispetto a tali indicazioni della SEN, e alle altre che pure potrebbero richiamarsi, non si vuole affatto esprimere in questa sede un giudizio di merito, positivo o negativo²⁴. E nemmeno si vuole mettere in dubbio la loro conformità alla disciplina europea, quanto meno non nella formulazione che quelle indicazioni hanno avuto nella SEN: fermo restando che il Terzo Pacchetto Energia del 2009²⁵ ha inequivocabilmente riaffermato la scelta a favore di mercati dell'energia aperti e concorrenziali assegnando alla regolazione il compito prioritario di promuovere il pieno sviluppo degli stessi, deve sottolinearsi che anche tale normativa UE ammette e anzi prevede interventi programmatori degli Stati membri; e deve anche rilevarsi che le più recenti proposte della Commissione europea vanno nel senso di un deciso rafforzamento del ruolo pubblico nella definizione e promozione di infrastrutture energetiche considerate strategiche²⁶.

L'attuazione della disciplina dettata dall'art. 3 del d.lgs. n. 93/2011, sempre che

21 V. al riguardo a p. 69.

22 L'art. 15 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27 ha imposto la separazione proprietaria tra le attività di produzione e vendita facenti capo ad Eni S.p.a. e quelle inerenti alla gestione delle infrastrutture di trasporto, stoccaggio, rigassificazione e distribuzione all'epoca riconducibili alla sua controllata Snam S.p.a. La disciplina attuativa di tale norma è stata dettata dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 maggio 2012, che ha tra l'altro previsto il passaggio del controllo azionario su Snam da Eni a Cassa Depositi S.p.a.

23 Per tale formula – di per sé neutrale ma comunque interna alla logica dello Stato regolatore e non gestore – v. C. SCHULTZE, *L'uso pubblico dell'interesse privato*, Guerini Editore, Milano, 1993.

24 Si noti che un orientamento almeno in parte analogo verso un maggiore interventismo pubblico sta emergendo anche in Gran Bretagna, cioè nel Paese che, notoriamente, ha avviato per primo le politiche di liberalizzazione e privatizzazione anche delle public utilities: v. al riguardo, proprio con riferimento al settore dell'energia, I. RUTLEDGE-P. WRIGHT (eds.), *UK Energy Policy and the End of Market Fundamentalism*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

25 È bene ricordare che fanno parte di tale Pacchetto le due direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE su energia elettrica e gas naturale, il regolamento n. 713/2009 che istituisce l'Agenzia per la cooperazione dei regolatori nazionali dell'energia e i regolamenti n. 714/2009 e 715/2009 in tema di accesso alle infrastrutture di trasporto/trasmissione di gas ed elettricità.

26 V. ad esempio la Proposta di Regolamento 19/10/2011, COM(2011) 658, «*On guidelines for trans-European energy infrastructure*». E v. anche, in dottrina, D. BUCHAN, *From Liberalisation to Intervention: Europe, the UK, and the Changing Agenda*, in I. RUTLEDGE-P. WRIGHT (eds.), *UK Energy Policy and the End of Market Fundamentalism*, cit., p. 401 ss.

non si traduca in un'indebita penalizzazione sul piano giuridico (e non solo fattuale) dei privati che intendono realizzare investimenti che il Governo non ha qualificato come prioritari, non dovrebbe pertanto sollevare questioni di legittimità comunitaria. Quanto poi alla regolazione diretta ad incentivare la stipula di determinati contratti e al futuro ruolo di Snam (ma anche della Società statale che gestisce la rete di trasmissione dell'energia elettrica, cioè Terna), tutto dipenderà dai contenuti concreti della prima e dal modo in cui il Governo eserciterà il suo duplice ruolo di azionista (indiretto, tramite la Cassa Depositi e Prestiti) e di pianificatore.

La valutazione della legittimità – e del resto anche dell'apprezzabilità politica – delle misure ipotizzate nella SEN potrà dunque essere operata solo quando le stesse verranno più chiaramente definite. Ma fin d'ora può rilevarsi che, se gli obiettivi del Governo – ridurre i prezzi dell'energia, promuovere la sostenibilità ambientale delle produzioni energetiche e la sicurezza degli approvvigionamenti²⁷ – appaiono per più ragioni condivisibili, e se d'altra parte l'impostazione che emerge dalla SEN è nella sostanza coerente con il più generale ripensamento del rapporto tra Stato e mercato indotto dalla crisi di questi ultimi anni, tuttavia non sembra ragionevole ignorare i pericoli insiti in un approccio che restituisce ai pubblici poteri un ruolo più interventista – di programmazione, di indirizzo e in parte anche di gestione – rispetto ai mercati dell'energia e più in generale dei servizi di interesse economico generale.

La memoria degli eccessi di dirigismo e delle inefficienze, in termini di costi e qualità dei servizi, del sistema anteriore alle riforme degli anni novanta del secolo scorso è troppo fresca perché si possa guardare a tali sviluppi senza sottolineare immediatamente la necessità di individuare i limiti che questo nuovo interventismo pubblico non può non incontrare alla luce della scelta fondamentale di liberalizzazione dei mercati.

Com'è già stato evidenziato in dottrina, tali limiti sono anzitutto di carattere sostanziale e procedurale e attengono al necessario rispetto dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento e all'adozione di forme procedurali aperte e partecipate nonché, sia pure in modo selettivo, di meccanismi di analisi dell'impatto regolatorio²⁸.

In questa sede interessano peraltro specificamente i limiti di carattere istituzionale, quelli che attengono al modello di *governance* pubblica dei mercati che possono considerarsi coerenti con quella scelta di liberalizzazione e con la relativa normativa applicativa.

Sotto questo profilo, la questione nella sostanza più rilevante riguarda, come si è sopra rilevato, il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione, in generale rispetto alla disciplina amministrativa dei mercati e in particolare con riguardo all'attuazione delle decisioni strategiche assunte dai governi (e dai parlamenti): e ciò in quanto tali autorità, se adeguatamente valorizzate, costituiscono di per sé un argine alla naturale propensione degli organi politici a svalutare, laddove ciò

²⁷ V. in particolare alle p. 2 ss. della SEN.

²⁸ Per tali limiti v., tra gli altri, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., in part. p. 104 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., in part. p. 169 ss.. Sull'analisi di impatto della regolazione v. N. GRECO (a cura di), *Introduzione all'Analisi dell'impatto della regolamentazione*, Scuola Superiore della pubblica amministrazione, Roma, 2003; R. PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta: dalla teoria all'analisi di impatto della regolamentazione*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 49 ss.; A. GRECO, *L'analisi di impatto della regolamentazione: origine e tendenze recenti*, in *www.federalismi.it*, 2009; di recente N. RANGONE, *Autorità indipendenti e AIR*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 135 ss.

possa risultare politicamente vantaggioso, le logiche di efficienza economica e le esigenze di stabilità della regolazione da cui in misura significativa dipende il buon funzionamento dei mercati.

Rispetto a tale fisiologica tendenza, i regolatori indipendenti, se realmente tali, dovrebbero fornire maggiori garanzie: di attenzione alle compatibilità economiche delle scelte regolatorie e di prevedibilità della revisione delle stesse.

Diviene quindi prioritario affrontare i temi, già sopra richiamati, del riparto di competenze tra autorità e governo e della misura dell'indipendenza delle prime dal secondo.

3. LA QUESTIONE DEL RIPARTO DELLE FUNZIONI E LA REGOLA DELLA COMPETENZA GENERALE DELLE AUTORITÀ NAZIONALI DI REGOLAMENTAZIONE

Nel caso dell'energia, è noto che l'assetto istituzionale preposto a livello nazionale, in Italia, alla regolazione dei mercati è oggi di tipo dualistico: se nell'impostazione originariamente delineata dalla legge istitutiva dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas – la legge n. 481/1995 –, la maggior parte delle competenze avrebbe dovuto spettare alla medesima, solo residuando in capo al Ministero di riferimento alcune specifiche funzioni (come quelle attinenti al rilascio di atti autorizzatori o concessori), la successiva evoluzione legislativa ha invece distribuito o redistribuito tra Autorità e Ministero nuove e vecchie attribuzioni in termini tali da configurarli entrambi come regolatori dei mercati dell'energia²⁹.

La logica di fondo sottesa a tale disciplina organizzativa appare tutt'altro che univoca: se è chiaro che taluni ambiti disciplinari sono attribuiti all'Autorità (come quelli relativi alla regolazione dell'accesso alle infrastrutture, all'*Unbundling* e in generale alle misure di promozione della concorrenza, nonché alla tutela degli utenti e della qualità dei servizi), e altri al Ministero (così per gli interventi in tema di sicurezza del sistema oppure in materia di incentivazione alle fonti rinnovabili), è però anche vero che tale ripartizione incontra non poche eccezioni (ad esempio, spettano al Ministero e non all'Autorità la disciplina delle importazioni di energia elettrica o le decisioni in materia di rilascio delle esenzioni dal *Third Party Access* e dall'*Unbundling*) e che d'altro canto vi sono molti casi in cui all'Autorità sono conferiti funzioni non decisionali bensì propositive, consultive o attuative – cioè, in definitiva, “serventi” – rispetto a scelte di competenza del Ministero³⁰.

Tale assetto dualistico è stato mantenuto anche dopo che le direttive europee di terza generazione – la direttiva 2009/72/CE sull'energia elettrica e la direttiva 2009/73/CE sul gas naturale –, finalmente superando la “timidezza” mostrata sul punto dalle direttive precedenti, hanno disciplinato finalità, compiti e poteri delle autorità nazionali di regolamentazione³¹.

Nei confronti del sistema di *governance* appena descritto non sono mancate critiche anche severe da parte della dottrina, che ne ha rimarcato la disorganicità e l'inadeguatezza funzionale rispetto alle opportunità offerte dalla presenza di un

29 Oltre ai lavori di carattere generale citati sopra alla nota 9, v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra Autorità per l'energia e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 442 ss.; M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. en. el.*, 2004, p. 401 ss.

30 V. ancora E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra Autorità per l'energia e il governo*, cit., in part. p. 444 ss.

31 Si vedano i già citati artt. 36-37 della direttiva 2009/72/CE e 40-41 della direttiva 2009/73/CE.

regolatore indipendente.³²

Occorre chiedersi peraltro se, a prescindere dalle critiche formulabili sul piano politico-amministrativo, non si debbano ora sollevare dubbi anche riguardo alla coerenza di tale modello con le previsioni contenute nelle due direttive del 2009 e dunque alla sua stessa legittimità³³.

Sul punto, è bene anzitutto ricordare che le norme delle direttive identificano una serie di competenze che gli Stati membri devono attribuire alle autorità nazionali di regolamentazione (di seguito, anche ANR), salvo poi prevedere – (solo) per talune di esse – la possibilità di deroghe a favore di organi diversi³⁴.

È poi rilevante il fatto che entrambe le direttive enuncino la regola generale secondo cui «ciascuno Stato membro *designa un'unica autorità nazionale di regolamentazione* a livello nazionale»³⁵. Regola la cui rilevanza è sottolineata anche nelle premesse delle medesime direttive, laddove si afferma che «ai fini del buon funzionamento del mercato interno ... i regolatori dell'energia devono essere in grado di prendere decisioni *su tutti gli aspetti della regolamentazione* ed essere interamente indipendenti da altri interessi pubblici o privati»³⁶.

A fronte di tale regola generale appare oggettivamente assai incerta la legittimità di un assetto istituzionale così strutturalmente dualistico come quello italiano: se l'autorità nazionale di regolamentazione deve essere una e l'attribuzione di determinate competenze ad organi diversi dalla stessa deve essere una deroga, cioè un'eccezione, sembra difficilmente accettabile che le deroghe in concreto previste siano così estese e generalizzate da fare del Ministero un secondo regolatore. E ciò anche a prescindere dalla circostanza che non tutte le competenze allo stato assegnate al medesimo sembrano rientrare tra le ipotesi di deroga previste dalla normativa comunitaria³⁷.

Sembra d'altra parte corretto, in tale contesto, ritenere che la scelta di assegnare all'organo di governo determinate attribuzioni, proprio in quanto derogatoria rispetto alla regola generale della competenza dell'autorità nazionale di regolamentazione, non possa essere arbitraria e debba invece risultare coerente con il complessivo assetto istituzionale definito dalle direttive e con le finalità a cui lo stesso è preordinato.

Tali finalità emergono con chiarezza, pur se in modo sintetico, proprio dalla premessa, comune alle due direttive, che si è appena citata: la generale competenza delle autorità indipendenti di regolamentazione è necessaria per assicurare il corretto funzionamento del mercato interno. E ciò in quanto solo un regolatore pienamente autonomo da interessi "privati" (cioè, aziendali) può assicurare l'assenza di quei conflitti d'interesse – e dunque disporre della terzietà regolatoria – che invece gli organi di governo non possono garantire se sul mercato sono presenti anche imprese statali; e, d'altra parte, solo un regolatore pienamente autonomo

32 V. ancora gli A. citati alle note 9 e 27.

33 Cenni al riguardo si rinvengono anche nel volume *Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese, Italiadecide*, Rapporto 2011-2012, Bologna, 2012, in part. p. 89 ss.

34 V. in particolare l'art. 37 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41 della direttiva 2009/73/CE.

35 V., rispettivamente, l'art. 35, par. 1, della direttiva 2009/72/CE e l'art. 39, par. 1, della direttiva 2009/73/CE (sottolineatura aggiunta).

36 Così i Considerando 34 della direttiva 2009/72/CE e 30 della direttiva 2009/73/CE (sottolineatura aggiunta).

37 Ciò vale in particolare per la competenza a disciplinare le importazioni di energia elettrica, che la normativa italiana assegna oggi al Ministero dello sviluppo economico e che invece sembra rientrare tra quelle che la direttiva 2009/72, all'art. 37, par. 6, lett. c) assegna inderogabilmente alle autorità nazionali di regolamentazione.

da interessi “pubblici”, e cioè da condizionamenti legati al ciclo politico-elettorale, può assicurare adeguatamente sul fatto che i dati tecnico-economici sottesi alle scelte regolatorie (e in *primis* i dati relativi ai costi di produzione e di fornitura di beni e servizi) non siano pretermessi o comunque indebitamente svalutati per ragioni di ordine politico e sul fatto che quelle scelte regolatorie, su cui le imprese fondano le loro decisioni d’investimento, non vengano poi modificate estemporaneamente ma rimangano tendenzialmente stabili (fatto salvo il loro aggiornamento sulla base di parametri prefissati).

Come le direttive non mancano di sottolineare esplicitamente, la scelta di sistema a favore di mercati liberalizzati implica che la regolazione debba preoccuparsi anche di promuovere la fiducia degli operatori nel mercato³⁸, così, tra l’altro, da incentivare la loro propensione all’investimento e in generale all’assunzione di iniziative imprenditoriali: è in coerenza con tale impostazione che le direttive del 2009 si sono spinte sino a porre in termini espressi la regola della competenza generale, salvo deroghe, dei regolatori indipendenti, che quella fiducia sembrano poter promuovere, per ragioni oggettive, assai meglio di quanto non possano fare gli organi di governo.

Occorre aggiungere che, nel sistema delineato dalle direttive e dai regolamenti europei del 2009, le ANR costituiscono anche il canale principale di collegamento con gli organi di governo europeo e con le linee comunitarie di politica energetica: e ciò sia attraverso l’Agenzia per la Cooperazione dei Regolatori dell’Energia³⁹ sia per il tramite della loro diretta sottoposizione agli “orientamenti” formulati dalla Commissione⁴⁰. Il principio della competenza generale delle Autorità indipendenti di regolamentazione è pertanto funzionale anche a garantire che tale collegamento possa operare senza incontrare ostacoli o limitazioni legate alle dinamiche politiche nazionali.

È dunque alla luce delle finalità ora richiamate che deve essere valutata la legittimità delle norme nazionali che, in deroga a quella regola generale, assegnino una competenza regolatoria ad organi diversi dall’autorità indipendente di regolamentazione: se esiste il rischio che ciò possa determinare discriminazioni o disparità competitive tra le imprese in concorrenza oppure un’indebita svalutazione delle necessarie compatibilità tecnico-economiche o anche l’instabilità delle scelte regolatorie, appare ragionevole che tale legittimità possa essere messa in discussione.

Si noti, tra l’altro, che in questi ultimi anni, la Commissione europea ha ripetutamente assunto iniziative finalizzate a contestare le soluzioni di *governance* pubblica adottate dagli Stati membri per i servizi di interesse economico generale. E se, da un lato, tali iniziative sono state in molti casi rivolte a censurare la mancata istituzione in sé di regolatori indipendenti⁴¹, vi è almeno un caso recente in cui la

38 Così ad esempio il Considerando 39 della direttiva 2009/2/CE.

39 Su tale Agenzia v. in dottrina F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, cit.; E. CHITI, *La trasformazione delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, in part. p. 61 ss.; L. AMMANATI, *Il ruolo dell’Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell’Energia nella governance e nella regolazione del settore dell’energia*, in *Astrid-on line*, 2011.

40 Tali orientamenti sono previsti da varie disposizioni delle direttive e dei regolamenti del 2009. In generale, per la disciplina relativa all’osservanza degli stessi v. l’art. 39 della direttiva 2009/72/CE e l’art. 43 della direttiva 2009/73/CE.

41 Dal non recente caso francese de *La Poste* (Commissione, Decisione 2002/344/CE) a quelli italiani relativi ancora ai servizi postali (Procedura d’infrazione n. 2009/2149) e ai servizi di tra-sporto ferroviario (Procedura d’infrazione n. 2008/2097).

procedura d'infrazione – e poi la conforme sentenza della Corte di Giustizia – hanno avuto ad oggetto l'illegittimità di norme di legge che sottraevano indebitamente ad un regolatore nazionale indipendente la competenza a disciplinare discrezionalmente determinati aspetti del mercato⁴².

Tale nuovo approccio più interventista della Commissione, che in taluni settori può ora fondarsi su un'espressa disciplina europea in tema di competenze dei regolatori indipendenti ma che – com'è bene sottolineare – sembra incline ad interpretare estensivamente tali discipline⁴³, si ricollega anche palesemente al fatto che, come si è già sopra accennato, la più recente normativa europea colloca la Commissione stessa al vertice di un sistema comune di regolazione, con rilevanti poteri di indirizzo e di "approvazione" degli atti dei regolatori nazionali⁴⁴. Con forme e in misura variabili a seconda dei diversi mercati dei servizi di interesse economico generale, talora (solo) direttamente, in altri casi per il tramite delle neo-istituite Agenzie europee per il coordinamento dei regolatori nazionali⁴⁵, la Commissione ha oggi una forte presa sulle scelte regolatorie nazionali di rilevanza europea, e ciò, appunto, grazie anche alla sua diretta o indiretta influenza sulle ANR.

La circostanza che norme legislative nazionali attribuiscono determinate competenze ad organi governativi o anche esercitino direttamente le medesime ovvero ancora limitino significativamente il potere discrezionale delle autorità di regolamentazione incide quindi immediatamente sul ruolo e sulle prerogative della Commissione e può pertanto indurla a reagire con maggiore decisione rispetto al passato.

3.1. LA NOZIONE DI REGOLAMENTAZIONE (O REGOLAZIONE) E I SUOI INCERTI CONFINI. SCELTE POLITICHE, DISCREZIONALITÀ, REGOLAZIONE FINALISTICA, PROGRAMMAZIONE

Si pone peraltro qui, ovviamente, il problema di chiarire cosa esattamente debba intendersi per funzioni di regolamentazione, e cioè quali siano le funzioni riguardo alle quali opera la regola generale della competenza, salvo deroga, dei regolatori

42 V., in materia di comunicazioni elettroniche, Corte Giustizia UE, sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424, Commissione c. Repubblica Federale di Germania.

43 V. ancora la sentenza n. 424/2009 della Corte di Giustizia.

44 Sul "concerto regolamentare" europeo v. anzitutto S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale dir. amm.*, 6/2002, p. 689 ss.; E. CHITI, *Le ambivalenze del "concerto regolamentare europeo" nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 19 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 385 ss.; L. AMMANATI, *La regolazione "cooperativa" del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia*, in L. AMMANATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 311 ss.; F. SCUTO, *La governance del settore energia e gas attraverso la "rete" europea delle autorità indipendenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, p. 267 ss.; G. NAPOLITANO, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 1469 ss.; F. DI PORTO, *Il coordinamento tra le autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni a livello europeo: spunti da una comparazione*, in P. BILANCIA-L. AMMANATI (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance reticolare multilivello*, Giuffrè, Milano, vol. II, 2008, p. 229 ss.; D. COEN-M. THATCHER, *Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies*, in *Jnl Publ. Pol.*, 28, I, 2008, p. 49 ss.; S. LAV-RIJSSEN-L. HANCHER, *Networks on Track: from European Regulatory Networks to European Regulatory Network Agency*, in *Legal Issues on Economic Integration*, 34, 1, 2008, p. 23 ss.

45 Oltre alla già citata ACER (su cui v. gli A. citati sopra alla nota 37), è qui da ricordare l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC), istituito con il regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, sul quale v. ancora E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, cit., p. 57 ss.; e F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, p. 52 ss.; nonché B. ARGJOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale dir. amm.* 2/2011, p. 191 ss.

indipendenti.

Al riguardo, è ben noto che non esiste una nozione generalmente condivisa di “regolazione” o “regolamentazione”⁴⁶: in dottrina ne sono state proposte svariate formulazioni, più o meno convincenti⁴⁷, ma in definitiva la soluzione che appare preferibile è quella di definire di volta in volta i confini della categoria in relazione allo specifico problema o alla specifica disciplina da considerare⁴⁸.

Nel testo delle direttive su elettricità e gas, e più in generale nella normativa europea relativa a questi settori, una definizione esplicita di quei termini non si rinviene. Sembra pertanto corretto che la loro puntualizzazione venga operata sulla base di un criterio funzionalistico, e dunque sulla base della *ratio* sottesa alla disciplina che prescrive agli Stati membri di identificare una sola autorità nazionale di regolamentazione pienamente indipendente dalle aziende in concorrenza e dai governi nazionali e di metterla «in grado di prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione»⁴⁹.

Come si è già rilevato, lo scopo di tale disciplina è dichiaratamente quello di assicurare «il buon funzionamento del mercato interno», garantendo ai consumatori, agli operatori e ai loro finanziatori un assetto istituzionale strutturalmente idoneo ad evitare discriminazioni e favoritismi e a produrre decisioni regolatorie adeguate sul piano tecnico e ragionevolmente stabili.

Se tale è la funzione della normativa di cui si discute, sembra logico concludere nel senso che ai fini dell'applicazione della regola della competenza generale, salvo deroga, delle ANR, debba essere accolta una nozione assai ampia di regolamentazione, che dovrebbe tendenzialmente includere tutti i compiti che possano incidere sul corretto funzionamento del mercato interno e sulla fiducia che i soggetti che in esso operano nutrono sullo stesso.

In particolare, non sembra che rispetto al tema in esame possano assumere rilievo la tesi che – ad altri fini – tende ad identificare la regolazione indipendente con la sola regolazione condizionale⁵⁰ e quella che esclude che tra i compiti dei regolatori indipendenti possa esservi anche l'esercizio di potestà discrezionali⁵¹. Non rientrano invece, ovviamente, tra le competenze di regolamentazione quelle in cui si esplica la politica energetica degli Stati; e nemmeno sembrano rientrare

46 Sul fatto che regolazione e regolamentazione costituiscano “notoriously contested concepts”, riguardo ai quali è controverso anche se tali due termini designino fenomeni in tutto o in parte coincidenti, c'è largo consenso tra giuristi, politologi ed economisti: v., tra gli altri, L. HANCHER-M. MORAN, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research* 1989, p. 129 ss.; A. OGDEN, *Regulation. Legal form and Economic Theory*, cit.; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., in part. p. 117 ss.; R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, II ed., 2011, in part. p. 2 ss.; J. BLACK, *Critical Reflections on Regulation*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002, 27, p. 1 ss. (ma v. anche *LSE Centre for the Analysis of Risk and Regulation Discussion Paper*, 4, 2002); L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de regulation en droit administratif francais*, LGDJ, Paris, 2008.

47 Una definizione o quanto meno un tentativo di circoscrivere l'ambito dei fenomeni designati da tali termini, o più spesso del solo termine “regolazione” o “regulation”, si rinviene tendenzialmente in tutti i lavori in materia. V. comunque, al riguardo, gli A. citati alla nota precedente, nonché S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., p. 266 ss., che propone una nozione di regolazione fortemente caratterizzata e circoscritta (tendenzialmente coincidente con la regolazione condizionale delle autorità indipendenti); M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, cit., p. 180 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 945 ss. (e in part. p. 951 ss.).

48 In questo senso v. anche, ad esempio, G. MARZI-L. PROSPERETTI-E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Il Mulino, Bologna, 2001, in part. p. 17 ss.

49 V. ancora i Considerando 34 e 30 delle due direttive del 2009.

50 V. in particolare, S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 265 ss.

51 V. in tal senso G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 101 ss.

tra le stesse quelle attinenti all'adozione di atti di programmazione.

È bene naturalmente chiarire e precisare.

Che le scelte di politica energetica – quelle in cui si esprime liberamente la volontà dello Stato rispetto ai fini da perseguire nel settore, senza vincoli prefissati nell'apprezzamento degli interessi in gioco e nella definizione delle priorità tra gli stessi – competano ai governi e ai parlamenti e non ai regolatori indipendenti è una puntualizzazione del tutto ovvia e anzi superflua, che discende *de plano* dai principi costituzionali proprio del nostro come degli altri Paesi dell'Unione Europea; ed è d'altra parte da escludere, ai sensi dell'art. 194, secondo paragrafo, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che possa esservi in questo campo un'ingerenza della legislazione europea⁵².

Meno scontato, alla luce del dibattito dottrinale svoltosi in questi anni relativamente alla possibilità di un agire discrezionale delle amministrazioni indipendenti e alla stessa possibilità teorica di ricondurre i poteri (o, meglio, alcuni poteri) delle stesse al *genus* della discrezionalità⁵³, è che le competenze da assegnare in via generale, e salvo eccezione, alle ANR includano anche funzioni che implicano ponderazioni di interessi.

Si è – sia pur problematicamente – osservato, dal primo punto di vista, che laddove riguardo ad una decisione regolatoria «sussistono margini di discrezionalità amministrativa», e dunque occorra «una valutazione e una mediazione tra i vari interessi pubblici e privati coinvolti», allora sarebbe «preferibile l'intervento di un'autorità politica» e non di un regolatore indipendente⁵⁴.

D'altro canto, nella seconda prospettiva, e dunque valutando l'astratta riconducibilità della funzione regolativa all'archetipo del potere amministrativo discrezionale, si è affermato che «se si tiene ferma la concezione di questo come ponderazione alla luce dell'interesse pubblico primario di una pluralità di interessi pubblici e privati secondari, emerge chiaramente l'irriducibilità della funzione regolativa a tale modello. Non vi è, infatti, alcun interesse pubblico primario, che nei governi le singole decisioni ...»⁵⁵.

Per quanto attiene alla prima osservazione, deve anzitutto rilevarsi che il legislatore europeo, e la stessa Corte di Giustizia, non sembrano nutrire dubbi sul fatto che, non solo in materia di energia, i regolatori indipendenti possano, e talora anzi debbano, essere titolari anche di potestà discrezionali⁵⁶ – sino al punto di cen-

52 Il testo delle direttive del 2009 su energia elettrica e gas mostra, del resto, di riconoscere chiaramente tale prerogativa degli Stati membri: in particolare, tanto l'art. 35 della direttiva 2009/72/CE quanto l'art. 39 della direttiva 2009/73/CE, nel sancire la sottrazione delle autorità nazionali di regolamentazione a interventi direttivi puntuali del governo riguardo all'esercizio delle loro funzioni di regolamentazione, hanno cura di sottolineare che resta fermo il potere del governo di adottare orientamenti di «politica generale» (su tale disciplina v. più ampiamente infra il par. 4).

53 V. al riguardo G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit. in part. p. 97 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., in part. p. 33 ss.; F. MERUSI-M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 143 ss.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 356 ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, cit., p. 82 ss.

54 In tal senso v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., p. 34, il quale peraltro sottolinea poi l'estrema difficoltà nella concreta applicazione di tale criterio (v. ancora a p. 34; e v. anche le successive considerazioni critiche alle p. 57 ss.).

55 Così G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 102 (sottolineatura aggiunta), secondo cui «la regolazione, ..., a differenza delle funzioni amministrative di tipo tradizionale, non è rivolta alla cura di un interesse pubblico "di apparato" e nemmeno di un "interesse pubblico collettivo. Il suo tratto caratteristico appare, piuttosto, quello di conciliare principi e valori di sistema, in una prospettiva sempre più *market oriented*, con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati».

56 Si veda ad esempio i Considerando 33 della direttiva 2009/72/CE e 29 della direttiva 2009/73/CE, rispettiva-

surare i legislatori nazionali che si azzardino a non riconoscerli⁵⁷. E, del resto, anche la normativa italiana ha chiaramente incluso vere e proprie ponderazioni di interessi nel fascio di apprezzamenti da porre in essere nell'esercizio di competenze – come quelle tariffarie – pacificamente attribuite all'autorità indipendente di regolazione, e cioè all'Autorità per l'energia⁵⁸.

Né, d'altro canto, sembra possibile dubitare fondatamente della coerenza di tale previsioni, o delle altre dello stesso tenore che potrebbero essere introdotte, con il principio di sovranità popolare e con l'indiscusso nesso tra scelte politiche e diretta o indiretta legittimazione elettorale.

Gli apprezzamenti *discrezionali* affidati ai regolatori indipendenti – non anche, com'è bene sottolineare, quelli di carattere tecnico-economico – hanno infatti un carattere necessariamente attuativo rispetto alle scelte di politica energetica (o anche dei trasporti o dei servizi postali o delle comunicazioni elettroniche o dei servizi idrici) operate da Parlamento e al Governo, e devono dunque attenersi agli assetti di interessi e alle priorità definiti nelle norme di legge e negli indirizzi governativi di politica generale⁵⁹.

È anche per questo che una parte della dottrina e della giurisprudenza hanno sostenuto con decisione la piena applicazione del principio di legalità, almeno in senso formale, anche alle autorità indipendenti di regolazione⁶⁰ nonché la sottoposizione delle stesse agli indirizzi (non specifici ma) di politica generale del Governo: perché tali vincoli garantiscono, o dovrebbero garantire, il carattere attuativo e non libero degli apprezzamenti *discrezionali* delle medesime e così ricondurli nell'alveo di una sia pur parziale e del tutto peculiare legittimazione democratica⁶¹.

Quanto alla seconda obiezione sopra richiamata, secondo cui le scelte dei regolatori indipendenti non potrebbero mai essere riportate allo schema teorico della discrezionalità amministrativa, essa pone in realtà una questione di ordine concettuale che non sembra avere implicazioni significative rispetto al tema qui in

mente in materia di energia elettrica e di gas. E v. anche il Considerando 18 della direttiva 2009/140/CE in materia di comunicazioni elettroniche.

57 V. ancora Corte Giustizia UE, sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424, cit., in cui la Corte ha affermato che le normative europee in materia di comunicazioni elettroniche del 2002 (e in particolare la c.d. direttiva "accesso" 2002/19/CE, la c.d. direttiva "quadro" 2002/21/CE e la c.d. direttiva "servizio universale" 2002/22/CE) attribuivano alle autorità nazionali di regolamentazione il potere discrezionale di «valutare caso per caso la necessità di regolamentare un mercato in funzione della singola situazione» (così al par. 61), bilanciando i diversi obiettivi della regolamentazione indicati dalle direttive (v. esplicitamente in tal senso il par. 91); e ha correlativamente dichiarato l'illegittimità delle norme di legge tedesche dirette a circoscrivere tale potere discrezionale (su tale pronuncia v. il commento di B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *I regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, in *Giornale dir. amm.*, 6/2010, p. 589 ss.).

58 V. ad esempio l'art. 23 del d.lgs. n. 164/2000, in forza del quale in sede di determinazione delle tariffe per l'accesso alle infrastrutture di trasporto e dispacciamento, stoccaggio, rigassificazione e distribuzione si deve tener conto, oltre che del criterio della congrua remunerazione del capitale investito, anche di svariati interessi pubblici, come quello di non penalizzare le aree del paese con minori dotazioni infrastrutturali o quello di promuovere l'utilizzo delle fonti rinnovabili.

59 Come si è già accennato e come si vedrà meglio nel successivo paragrafo 4, anche il legislatore europeo riconosce, proprio nelle norme dirette a sancire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione, che le stesse devono attenersi agli indirizzi di politica generale del Governo (v. rispettivamente gli artt. 35 e 39 delle due direttive del 2009).

60 È noto che sul tema dell'applicazione del principio di legalità alle autorità di regolazione si è sviluppato in questi anni un ampio dibattito dottrinale, anche alla luce dei diversi orientamenti interpretativi emersi in giurisprudenza: si vedano in particolare, al riguardo, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., in part. p. 124 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.; P. PANTALEONE, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in *Astrid on-line*, 2012.

61 Sul tema v. anche *infra*, par. 4.

discussione.

La dottrina che l'ha formulata ammette infatti, inequivocabilmente, che anche i regolatori indipendenti possano porre in essere ponderazioni di interessi⁶² e solo ritiene che le stesse si atteggiino in modo differente rispetto a quelle delle amministrazioni tradizionali – così differente da non meritare che ad esse venga dato il *nomen* di valutazioni “discrezionali”⁶³.

Tale chiarimento dogmatico, pertanto, può eventualmente assumere rilievo sul piano del regime giuridico applicabile in relazione ad altri profili, ma non sembra in alcun modo incidere sulla questione del riparto di competenze tra organi di governo e autorità indipendenti.

In conclusione, sembra corretto ritenere che la regola della competenza generale, salvo deroga, delle autorità nazionali di regolamentazione riguardi anche le funzioni regolatorie che implicano scelte discrezionali.

E così pure, per ragioni in parte coincidenti, sembra doversi ammettere che rientrino nell'ambito di applicazione di tale regola anche i compiti regolatori di tipo finalistico⁶⁴, sempre che – com'è opportuno specificare subito – gli stessi abbiano un carattere attuativo.

La tesi secondo cui la regolazione dei regolatori indipendenti *normalmente* è di tipo condizionale e non finalistico, per quanto sia formulata in termini apparentemente descrittivi⁶⁵, ha in realtà anche un'implicita connotazione prescrittiva: senonché, tale connotazione non sembra avere ad oggetto la questione dell'allocazione delle competenze regolatorie tra organi di governo e autorità indipendenti ma piuttosto quella della coerenza della previsione in sé di tali competenze con l'esistenza di mercati liberalizzati. Non sembra, cioè, che tale tesi sia volta a sostenere che laddove regolazioni dirette ad influire finalisticamente sulle scelte degli operatori siano previste dalla legge, le stesse debbano necessariamente essere affidate ad organi politici – né comunque essa reca, a quanto consta, argomenti a ciò diretti. Ciò che sembra implicare tale orientamento interpretativo è solo che quelle previsioni legislative siano o possano essere, quanto meno in taluni casi, di dubbia compatibilità con la scelta di aprire i mercati ad una concorrenza tra le imprese.

Se comunque si volesse esprimere il dubbio che regolazioni di quel genere – che non si limitino a fissare le condizioni per l'esplicitarsi della concorrenza tra privati ma cerchino di orientarla verso esiti predeterminati – non siano conciliabili con l'autonomia dalla politica dei regolatori indipendenti, sembrerebbe ragionevole replicare con gli stessi argomenti che si sono sopra richiamati trattando della legittimazione dei medesimi a porre in essere scelte discrezionali.

Anche quando siano chiamati dalla legge ad adottare decisioni regolatorie di carattere finalistico – ad esempio a fissare delle tariffe intese anche ad incentivare la

62 Afferma G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 103, che «l'esercizio della funzione [regolativa] è caratterizzato, ora, dalla ponderazione-conciliazione tra interessi di sistema e privati (si pensi alle determinazioni tariffarie); ora, dal semplice bilanciamento di interessi privati contrapposti ...; ora dal puro giudizio, in funzione di controllo o soluzione delle controversie».

63 V. appunto G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 101 ss.

64 Sulla distinzione tra regolazione finalistica e condizionale, tra misure volte ad indirizzare verso esiti predeterminati le dinamiche di mercato e misure intese solo a fissare le condizioni per il corretto esplicarsi di tali dinamiche e dell'iniziativa economica delle imprese, v. ancora gli A. citati sopra alla nota 11.

65 Osserva ad esempio S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., p. 267, che «normalmente, la regolazione è condizionale. Essa è, infatti, retta dal principio “if ... what”, perché consiste di prescrizioni non direttive, ma ipotetiche, dal verificarsi delle quali le norme o la regolazione stessa fa discendere conseguenze che sono predeterminate» (corsivo aggiunto).

realizzazione o il potenziamento di infrastrutture⁶⁶ ovvero, in ipotesi, a sostenere le fonti rinnovabili di energia⁶⁷ – le autorità nazionali di regolamentazione sono tenute ad operare in attuazione delle indicazioni di legge e/o degli eventuali indirizzi governativi di politica generale. Le loro valutazioni non sono libere nei fini, come quelle propriamente politiche, ma vincolate – discrezionalmente vincolate – quanto agli interessi da perseguire e alle priorità da dare agli stessi, e tale vincolo può essere ovviamente azionato in sede giurisdizionale da chi sia stato leso dalla sua trasgressione.

Il che appare sufficiente per concludere che anche siffatte competenze debbano includersi nel novero di quelle che in linea generale, e salvo deroghe non arbitrarie, sono da conferire alle autorità nazionali di regolamentazione.

Resta infine da chiarire perché, viceversa, non sembra che tale conclusione possa valere per le competenze di tipo programmatico.

Al riguardo, è bene anzitutto prendere atto del fatto che, come la dottrina ha in tempi recenti puntualmente evidenziato, la grande varietà di forme, contenuti ed effetti giuridici degli atti di programmazione – quale risulta dalle norme di legge e dalle prassi applicative – rende estremamente difficile formulare relativamente agli stessi considerazioni di carattere unitario e in particolare definire in modo univoco una nozione di programmazione economica⁶⁸.

Dato che a tale difficoltà concettuale e definitoria si combina quella, già rilevata, inerente alla nozione di regolazione, ben si comprende come la distinzione tra tali due categorie di atti possa risultare in concreto assai sfuggente ed incerta⁶⁹. Non agevole appare in particolare distinguere tra gli atti di programmazione a rilevanza esterna e quelli di regolazione finalistica, giacché in entrambi i casi si tratta o può trattarsi di provvedimenti finalizzati (anche) ad indirizzare l'attività delle imprese pubbliche o private verso determinati obiettivi.

Nonostante tale parziale sovrapposibilità, sembra comunque corretto riconoscere che negli atti propriamente programmatici dei soggetti pubblici vi sia di norma un contenuto di scelta politica – di libera ponderazione di fini ed interessi, di definizione delle priorità tra gli stessi e di individuazione delle risorse da destinare per il loro conseguimento – che sembra richiedere, più di quanto accada per le regolazioni anche finalistiche, un'effettiva legittimazione e rappresentatività democratica.

Non sembra un caso, pertanto, che le normative europee sull'energia elettrica e il gas, che pure, come si è già sopra notato, prevedono possibili interventi programmatici degli Stati membri⁷⁰, non inseriscano nessun compito di tal genere tra quelli da conferire alle autorità nazionali di regolamentazione⁷¹: anche il legislatore euro-

66 V. i già citati artt. 23, d.lgs. n. 164/2000 e 3, d.lgs. n. 93/2011.

67 Come si è sopra accennato, tale compito in realtà oggi, laddove non sia assolto direttamente dalla legge, è affidato al Ministero dello Sviluppo Economico. Si veda al riguardo E. BRUTI LIBERATI, *Governo e Autorità per l'energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, *Annuario di diritto dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 47 ss.

68 V. al riguardo N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., in particolare pp. 147 ss. e 201 ss.

69 Per una recente riflessione sui rapporti tra regolazione e programmazione (o pianificazione) con particolare riferimento agli orientamenti della Corte costituzionale v. M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121 ss.

70 V. ad esempio l'art. 3, par. 2, delle due direttive del 2009, secondo cui «in materia di sicurezza dell'approvvigionamento, di efficienza energetica e di gestione della domanda e per il conseguimento degli obiettivi ambientali e degli obiettivi relativi all'energia da fonti rinnovabili di cui al presente paragrafo, gli Stati membri possono attuare una programmazione a lungo termine ...».

71 Si vedano ancora gli artt. 37 e 41 delle due direttive, che prevedono solo la – ben diversa – competenza delle ANR a vigilare sui piani di sviluppo dei gestori delle reti di trasmissione o trasporto.

peo, evidentemente, riconosce che in quegli interventi si esprime una politicITÀ che mal si concilia con la posizione istituzionale dei regolatori indipendenti.

3.2. L'ATTUAZIONE DELLA SEN

Alla luce delle conclusioni a cui si è pervenuti, in merito alla particolare ampiezza dell'ambito di applicazione della regola sulla competenza generale salvo deroga delle autorità nazionali di regolamentazione, appare sostanzialmente condivisibile la posizione recentemente espressa dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas relativamente al tema del riparto di compiti tra essa e il Governo ai fini dell'attuazione della Strategia Energetica Nazionale.

Secondo l'Autorità, è «necessario che la funzione di regolazione, affidata ad un organismo tecnicamente qualificato e ad eminente specializzazione settoriale, indipendente dalle pur legittime spinte di breve termine connessi ai cicli politici e dagli interessi di parte, *comprenda in sé l'attuazione delle scelte di politica energetica del Governo*», giacché «in un ordinato riparto di competenze, al Governo competerebbe, ..., la definizione degli indirizzi e degli obiettivi di politica energetica, mentre al regolatore indipendente spetterebbe l'individuazione degli strumenti tecnici più adatti per perseguire tali obiettivi»⁷².

Pur se con qualche necessaria precisazione – non è detto in particolare che l'individuazione degli strumenti attuativi sia sempre e comunque esente da connotazioni di vera e propria politica energetica (ad esempio, si pensi alla scelta del regime di sostegno delle fonti rinnovabili di energia tra meccanismi di mercato e meccanismi di tipo tariffario)⁷³ –, tale prospettazione, il criterio di fondo che suggerisce per il riparto e le ragioni che lo giustificano⁷⁴ appaiono ben in linea con le considerazioni sopra espresse. Con una rilevante differenza, peraltro: che, mentre l'Autorità, con ovvia prudenza istituzionale, formula la sua proposta in termini di opportunità e di convenienza sul piano politico-amministrativo, la tesi che si è precedenza sostenuta suggerisce che dalla normativa europea discenda un vincolo giuridico per il legislatore nazionale a privilegiare il regolatore indipendente in sede di attribuzione delle competenze regolatorie, salva la possibilità di deroghe non arbitrarie e coerenti con la logica di fondo del modello europeo di *governance*.

Come per l'assetto istituzionale attualmente previsto dalla normativa italiana, così pure per le scelte organizzative che verranno adottate rispetto all'attuazione della SEN, è dunque possibile che in un futuro anche prossimo vi siano contestazioni e censure in sede europea (o anche in sede nazionale, laddove risulti possibile identificare un nesso tra quelle scelte organizzative e il carattere lesivo di atti di regolazione emanati da organi di governo).

Del resto, gli inconvenienti e i problemi derivanti da un modello istituzionale che non valorizza adeguatamente il ruolo del regolatore indipendente – anche per quanto concerne la regolazione finalistica – sono emersi con chiarezza nell'esperienza italiana di questi anni.

Si pensi, per citare solo il caso più eclatante, alla regolazione incentivante in ma-

⁷² Così nella Memoria depositata dall'Autorità al Senato, in data 24 ottobre 2012, nell'ambito dell'Indagine conoscitiva svolta dalla X Commissione in merito alla Strategia Energetica Nazionale (corsivo aggiunto).

⁷³ Al riguardo v. le (non coincidenti) considerazioni svolte da M. GRILLO, *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, cit., p. 61 ss.; e da E. BRUTI LIBERATI, *Governo e Autorità per l'energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, cit., p. 47 ss.

⁷⁴ V. ancora, per tali ragioni, la citata Memoria dell'Autorità per l'energia, in particolare alle p. 3 ss.

teria di fonti rinnovabili di energia: qui, una competenza quasi esclusivamente politica – legislativa e ministeriale – ha prodotto prima una disciplina degli incentivi non adeguatamente approfondita nei suoi contenuti tecnico-economici e nei suoi effetti, anche a causa del mancato esperimento di procedure di consultazione aperte e partecipate e di analisi dell’impatto regolatorio; e poi una fortissima instabilità regolatoria, che ha riguardato prima la scelta di fondo tra un regime di incentivazione basato su meccanismi di mercato o su strumenti di tipo tariffario e dopo l’entità e la durata degli incentivi⁷⁵.

Pur senza voler mitizzare le virtù della regolazione indipendente, appare verosimile che, ferma restando la competenza esclusiva del Parlamento e del Governo quanto alla fissazione degli obiettivi e delle linee di fondo della disciplina di sovvenzione, un assetto istituzionale che riconosca uno spazio più adeguato al regolatore indipendente nella definizione e nella puntuale regolamentazione degli strumenti attuativi garantirebbe una maggiore qualità ed efficienza del relativo prodotto regolatorio⁷⁶, oltre a risultare più coerente con la finalità di assicurare “il buon funzionamento del mercato interno” e la fiducia nello stesso di consumatori, operatori e finanziatori.

4. L’INDIPENDENZA DEI REGOLATORI INDIPENDENTI E GLI ATTI GOVERNATIVI DI INDIRIZZO

È ben noto che l’effettività dell’indipendenza dei regolatori dipende da una molteplicità di elementi, da tempo indicati dalla dottrina e di cui tanto la legge italiana istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità quanto le direttive europee sull’energia hanno tenuto ampiamente (anche se non perfettamente) conto⁷⁷.

Tra tali elementi quello che è apparso sin da subito più delicato – insieme alla questione, tuttora parzialmente irrisolta, delle nomine⁷⁸ – è quello relativo all’esistenza

⁷⁵ Su tali questioni v. ancora i contributi raccolti nel volume curato da G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, cit. (e in particolare i saggi di E. BRUTI LIBERATI, M. GRILLO, G. LANDI e C. SCARPA, B. CARAVITA DI TORITTO e le conclusioni di G. NAPOLITANO); nonché L. AMMANATI, *L’incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011, p. 1 ss.

⁷⁶ Sul tema, oggi molto discusso, della qualità della regolazione v. il recente contributo di M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011.

⁷⁷ V. in particolare l’art. 2 della legge n. 481/1995 e, rispettivamente, gli artt. 35 e 39 delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE. In dottrina v. al riguardo D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, 2, p. 337 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, p. 672 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., in part. p. 21 ss.; S. FREGLUPPI, *L’amministrazione regolatrice*, cit., p. 26 ss.; F. VETRÒ, *Le autorità indipendenti di regolazione: l’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2001, p. 453 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l’Autorità per l’energia e il governo*, cit., p. 457 ss.; M. D’ALBERTI, *Il valore dell’indipendenza*, in M. D’ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 11 ss.; S. BATTINI-G. VESPERINI, *L’indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, ivi, p. 61 ss.

⁷⁸ Riguardo alla quale la legge n. 481/1995 e anche la successiva legge n. 249/1997 (istitutiva dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) dettano una disciplina sulla carta assai garantista, che però non ha impedito che anche le nomine dei vertici delle autorità siano divenute terreno di spartizione tra partiti di maggioranza ed opposizione. Le direttive del 2009, mentre si occupano del tema pure spinoso della revoca dei componenti degli organi di vertice delle autorità nazionali di regolamentazione (v. l’art. 35, par. 5, della direttiva 2009/72, l’art. 39, par. 5, della direttiva 2009/73/CE e l’art. 3, par. 3-bis, della direttiva 2002/21/CE, come introdotto dalla direttiva 2009/140/CE), nulla prevedono invece sulla questione della nomina, pur se qualche correttivo sarebbe stato possibile ed utile per meglio indirizzare una prassi comunque condizionata dalla ridotta inclinazione meritocratica delle nostre classi dirigenti (ad esempio, imporre prima della nomina l’audizione pubblica dinanzi alle commissioni parlamentari competenti dei componenti designati dal Governo o addirittura dei diversi candidati renderebbe più difficile quanto meno la scelta di persone non adeguatamente qualificate, nei fatti, sul piano tecnico). Rilievo non marginale ha anche, al riguardo, la questione della sindacabilità giurisdizionale degli atti di nomina, su cui deve registrarsi in tempi di recente qualche interessante apertura da parte della giurisprudenza (v. ad esempio TAR Lazio, Roma, I, 5 marzo 2012, n. 2223, in tema di nomina dei componenti del Collegio della Agenzia del Set-

e ai caratteri di un potere di indirizzo del Governo nei confronti delle autorità. Tale tema, assai dibattuto in dottrina anteriormente all'emanazione delle due direttive del 2009⁷⁹, assume ora una connotazione particolare alla luce del ruolo che appare corretto riconoscere al regolatore indipendente – e che la stessa Autorità per l'energia, come si è visto, rivendica – anche rispetto all'attuazione della SEN. Occorre infatti chiedersi se, una volta che si sia affermata la competenza tendenzialmente generale di tale regolatore indipendente, con le deroghe e le esclusioni di cui sopra si è detto, il carattere intrinsecamente organico e finalizzato di tale Strategia nazionale non comporti una qualche necessaria compressione della sua autonomia di giudizio e di scelta.

AmMESSO che il legislatore italiano – sua sponte o su pressione della Commissione europea e/o della Corte di Giustizia – aderisca all'impostazione sopra delineata e allochi presso l'Autorità settoriale tutte o larga parte delle competenze definibili come di regolamentazione, deve ritenersi che essa, nell'esercizio delle stesse, sia in una qualche misura condizionata dal disegno complessivo risultante dalla SEN?

Al riguardo, è bene anzitutto ricordare che sui rapporti tra autorità nazionali di regolamentazione e organi di governo le normative europee sull'energia forniscono ora indicazioni sufficientemente univoche.

Secondo quanto previsto da entrambe le direttive del 2009, gli Stati membri devono provvedere affinché, nell'espletamento delle competenze ad esse conferite dalle medesime o dalla normativa connessa, le autorità di regolamentazione «*non sollecitino né accettino istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici. Tale requisito lascia impregiudicati ... gli orientamenti di politica generale elaborati dal governo, non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione*» indicati dalle direttive⁸⁰.

Il principio appare dunque chiaro: le autorità devono attenersi agli indirizzi governativi di carattere generale, attinenti in primis agli obiettivi della regolazione e alle priorità tra gli interessi in gioco, non invece ad eventuali prescrizioni puntuali del governo riguardanti il contenuto di specifici atti di regolazione – che risulterebbero illegittime e conseguentemente da esse disapplicabili.

Tale indicazione fondamentale riguarda peraltro – per esplicita previsione delle direttive in questione – le competenze regolatorie disciplinate dalle stesse e dalla normativa “connessa”. Deve pertanto valutarsi se la medesima regola valga anche per le funzioni assegnate dalle discipline nazionali alle autorità di regolamentazione in aggiunta a quelle conferite dalle regole europee o se invece riguardo alle stesse debba ammettersi una più penetrante ingerenza degli organi di governo.

Sul punto, occorre in primo luogo rilevare che la normativa italiana, pur senza fissare come quella europea un divieto assoluto per l'Autorità per l'energia di «accettare o sollecitare» istruzioni puntuali del Governo in ordine a singoli atti di regolazione, tuttavia prevede – e autorizza – soltanto, su tale tema, il potere del Consiglio dei Ministri di adottare, su proposta del Ministro competente e sentite le relative

tore Postale (oggi venuta meno, ovviamente, con l'attribuzione delle funzioni di regolazione del settore all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni)).

79 V. al riguardo, tra gli altri, MERUSI-PASSARO, voce Autorità indipendenti, cit., p. 167; FA. ROVERSI MONACO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 59 ss.; BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia e il Governo*, cit., p. 473 ss.

80 V. ancora i già citati artt. 35, par. 5, della direttiva 2009/72/CE e 39 della direttiva 2009/73/CE.

commissioni parlamentari, «indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite all'Autorità per l'energia»⁸¹.

Interventi governativi o del singolo ministro, finalizzati ad incidere sul contenuto di provvedimenti determinati dell'Autorità, risulterebbero quindi sprovvisti di una specifica base legislativa legittimante⁸²: e infatti, anche prima o comunque indipendentemente dalle normative europee del 2009, la dottrina e la giurisprudenza nazionali per lo più escludevano che tali interventi potessero considerarsi legittimi⁸³.

Oltre che sull'assenza di un adeguato fondamento legislativo, tale orientamento si basava sulla palese contraddizione tra il riconoscimento di un pervasivo potere governativo di indirizzo, da un lato, e i principi di fondo enunciati dalla legge n. 481/1995 in tema di autonomia delle autorità e le finalità sottese all'istituzione delle stesse, dall'altro: quelle stesse esigenze di terzietà rispetto alle imprese in concorrenza, di attenzione al dato tecnico-economico e di ragionevole stabilità delle scelte regolatorie che richiedono, come si è visto, la tendenziale unificazione delle funzioni di regolazione in capo alle autorità nazionali di regolamentazione esigono altresì che l'indipendenza delle stesse sia pienamente ed effettivamente garantita.

Una cosa è che le autorità di regolamentazione, nell'esercitare i loro poteri discrezionali, e dunque nel ponderare interessi, debbano attenersi, oltre che alle indicazioni rinvenibili nella legge, agli indirizzi generali del Governo – il che appare, per le ragioni in precedenza esposte, non solo legittimo ma anche opportuno per ricondurre quelle ponderazioni ad una logica, sia pure peculiare, di legittimazione democratica. Una cosa ben diversa è che il Governo abbia titolo – per le funzioni non riconducibili a quelle contemplate dalla normativa europea – ad intervenire sulle specifiche prescrizioni regolatorie da adottare per piegarle ai suoi obiettivi immediati di carattere politico.

Per i motivi sopra richiamati, tale ultima soluzione risulterebbe in contrasto con la *ratio* delle normative di liberalizzazione, che impongono in generale agli Stati membri di garantire il buon funzionamento dei mercati dell'energia e dunque anche di definire un sistema di *governance* idoneo a promuovere la fiducia dei consumatori, degli operatori e dei finanziatori.

Tale conclusione vale anche – non può non valere – per le funzioni attuative della Strategia Energetica Nazionale: rispetto alle quali le istanze di coerenza complessiva e di efficacia nel perseguimento dei fini indicati dal Governo devono necessariamente contemperarsi con quelle di adeguatezza tecnica e di rispetto degli affidamenti negli operatori che solo un regolatore sufficientemente autonomo – strutturalmente e funzionalmente autonomo – dalle dinamiche politico-elettorali può assicurare.

Anche quando è chiamata ad attuare aspetti essenziali della SEN – ad esempio,

81 Così recita l'art. 1, comma 11, legge n. 239/2004. Si noti che i commi successivi dello stesso articolo prevedono altresì l'obbligo dell'Autorità di riferire nella sua relazione annuale in merito alle iniziative assunte in conformità ai suddetti indirizzi governativi di politica generale nonché un potere sostitutivo del Governo laddove l'Autorità non adotti nei termini provvedimenti di sua competenza.

82 Esistono solo norme di legge che prevedono in generale il potere di indirizzo del ministro ma senza prevedere che lo stesso possa essere esercitato anche nei confronti dell'Autorità.

83 V. F. MERUSI-M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, cit., p. 167; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia e il Governo*, cit., p. 473 ss. (in senso contrario v. peraltro F.A. ROVERSI MONACO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., p. 59 ss.). In giurisprudenza v., tra le altre, TAR Lombardia, Milano, III, 10 aprile 2009, n. 3239.

per richiamare le misure a cui sopra si è fatto cenno, a definire tariffe incentivanti per l'accesso alle infrastrutture incluse dal Governo nel piano di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 93/2011 oppure le tariffe che dovrebbero incentivare gli operatori a preferire contratti di approvvigionamento del gas c.d. *spot* rispetto ai contratti "*take or pay*" di lunga durata – l'Autorità deve tenere conto delle eventuali indicazioni governative solo per quanto attiene ad obiettivi e priorità rilevanti in sede di ponderazione discrezionale degli interessi in gioco e non anche rispetto a possibili – ma illegittime – istruzioni specifiche e puntuali sui contenuti degli atti di regolazione. È la logica dei mercati liberalizzati, che le direttive del 2009 hanno inequivocabilmente riaffermato (pur nel contesto di una forte attenzione alle esigenze di tutela della sicurezza ed universalità delle forniture energetiche), che lo impone: e anche gli interventi di politica energetica oggi più esplicitamente rivendicati dal Governo italiano ed incardinati nella SEN devono rispettarla.

Si noti del resto che il vincolo a non violare l'autonomia delle autorità nazionali di regolamentazione vale non solo per i governi ma anche per i legislatori nazionali: come attesta la sopra citata sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 3 dicembre 2009, n. 424, in materia di comunicazioni elettroniche, anche a questi ultimi è precluso di interferire con l'esercizio puntuale delle funzioni di regolamentazione conferite ai regolatori indipendenti, sostituendosi agli stessi o ponendo limiti alla loro discrezionalità. Disposizioni di legge che abbiano tale contenuto contrastano con le norme europee tanto quanto quelle che attribuiscono tali poteri di ingerenza ad organi di governo.

5. CONCLUSIONI: LA GOVERNANCE DELL'ENERGIA E QUELLA DEGLI ALTRI SIEG

L'analisi svolta con riferimento ai settori dell'energia elettrica e del gas naturale ha confermato che l'immagine dello "Stato regolatore" – pur così efficace nel segnare il passaggio da un paradigma di intervento pubblico nell'economia ad un altro – non rispecchia più, nella sua complessità e pienezza, neanche in chiave prospettica, la realtà del ruolo dei pubblici rispetto alla disciplina di tali mercati.

Dal documento di SEN emerge chiaramente la volontà del Governo di guidare il processo di sviluppo dei settori energetici verso gli esiti ritenuti più soddisfacenti nell'interesse generale, senza mettere in discussione ciò che non può essere messo in discussione – l'esistenza di mercati liberalizzati comunitariamente "garantiti" – ma orientando sotto più profili l'attività degli operatori con misure di regolazione finalistica e con atti di programmazione anche a rilevanza esterna.

A fronte di tale intenzione, che alla luce degli esiti del processo di consultazione svoltosi prima dell'approvazione della SEN sembra godere di largo consenso tra i diversi attori del mercato, appare, come si è rilevato, doveroso per chi abbia memoria dei ben noti eccessi dirigistici del nostro passato accompagnare l'apprezzamento per gli obiettivi perseguiti dal Governo con uno sforzo diretto ad identificare con precisione limiti e contrappesi di tale nuovo interventismo pubblico.

Sotto questo profilo, la piena valorizzazione del ruolo del regolatore settoriale indipendente appare uno strumento non solo utile e anzi essenziale – come da tempo sottolineato da una nutritissima letteratura giuridica, economica e politologica – ma anche sostanzialmente imposto dalla normativa europea in materia di energia.

Come si è sopra mostrato, tale normativa non si limita a sancire in termini non più

equivocabili l'obbligo degli Stati membri di garantire la piena indipendenza delle autorità di regolamentazione anche rispetto ai governi nazionali, ma pone anche il principio della tendenziale unificazione delle competenze regolatorie in capo a tali autorità.

Deroghe a tale principio sono ammesse. Tuttavia, secondo la ricostruzione che si è ritenuto di dover accogliere, la possibilità di prevederle da parte dei legislatori nazionali è subordinata al vincolo della coerenza con le finalità sottese al medesimo: appare pertanto da escludere la legittimità di deroghe alla competenza del regolatore indipendente laddove le stesse possano implicare pericoli di disparità e di discriminazioni tra le imprese in concorrenza ovvero rischi significativi di inadeguatezza tecnico-economica o di instabilità delle scelte regolatorie.

Resta ovviamente ferma l'esclusiva competenza di Parlamento e Governo riguardo alle scelte di politica energetica nazionale e così pure, per le ragioni sopra precisate, quella del Governo (o eventualmente di organi politici regionali o locali) per gli atti di programmazione settoriale. Rientrano invece nell'ambito di applicazione della regola della competenza generale, salvo deroga, dei regolatori indipendenti anche le funzioni regolatorie che comportino ponderazioni discrezionali e/o abbiano contenuto finalistico.

La riespansione del ruolo dello Stato, con il ritorno di istituti che si credevano ormai dismessi o relegati ad un ruolo marginale, deve abbinarsi, secondo l'impostazione che si è sopra motivata, ad un'estensione delle competenze del regolatore indipendente: a cui spetta ora non solo di produrre ed applicare regole condizionali ma anche di incentivare efficientemente gli operatori verso gli obiettivi indicati dal legislatore e dal Governo nei suoi atti generali di indirizzo.

È ovvio che tale evoluzione nel modo di rappresentare e ricostruire il fenomeno della regolazione pone con forza il tema dell'*accountability* dei regolatori indipendenti – che è stata peraltro già irrobustita dal loro (già sopra rilevato) inserimento nel sistema europeo di regolazione. Ma, sottolineata tale esigenza, e ribadito che in ogni caso i contenuti discrezionali e finalistici degli atti dei medesimi non possono che essere attuativi rispetto alle scelte di politica energetica operate in sede legislativa e governativa, sembra chiaro che l'assetto istituzionale così delineato fornisce garanzie di rispetto della logica di fondo della liberalizzazione dei mercati dell'energia più adeguate di quelle di una *governance* largamente centrata su regolatori ministeriali.

Rimane da chiedersi se e in che misura quanto si è ora evidenziato relativamente ai settori dell'elettricità e del gas possa valere anche per gli altri servizi di interesse economico generale, e in particolare per quelli caratterizzati dalla presenza di un regolatore indipendente.

È indubbio che anche per tali altri comparti – le comunicazioni elettroniche, i trasporti, i servizi postali e quelli idrici – si pongano le stesse esigenze sostanziali – di terzietà dei regolatori e di adeguatezza tecnica e di stabilità delle scelte regolatorie – che si sono sopra richiamate, e che anche per essi siano d'altro canto possibili atti del Governo finalizzati a definire le linee strategiche di intervento o comunque atti di programmazione di varia tipologia⁸⁴.

Deve tuttavia rilevarsi che, come per altri profili della loro regolamentazione, anche per le questioni inerenti alla *governance* la disciplina in concreto adottata dal legi-

84 Sulle diverse forme di programmazione previste con riferimento ai settori dei servizi di interesse economico generale v. ancora N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., in part. p. 67 ss.

slatore europeo per tali differenti settori presenta significative varianti.

Le maggiori analogie con l'assetto relativo all'energia si trovano, com'è noto, nel comparto delle comunicazioni elettroniche⁸⁵, riguardo al quale le garanzie del regolatore indipendente nei confronti di eventuali tentativi degli organi politici di influire sul contenuto di specifici atti di regolazione sono poste dalle norme europee in termini non dissimili da quelli in precedenza visti per elettricità e gas⁸⁶ e l'inderogabilità delle competenze attribuite allo stesso da tali disposizioni appare assai salda⁸⁷, pur se non è esplicitata la regola della competenza generale, salvo deroga, di tale regolatore indipendente⁸⁸.

Diversa è la situazione per i servizi di trasporto e per quelli postali, e ancor più per quelli idrici: per i primi la disciplina europea è articolata con riferimento ai diversi sotto-settori (ferrovie, trasporto aereo o marittimo, servizio autostradale, etc.) e mentre si rinvengono disposizioni tendenti ad assicurare con pienezza l'indipendenza del regolatore⁸⁹, non è posta – quanto meno, non in termini chiari – una regola di generale competenza dei medesimi; per i secondi, la disciplina europea, anche recente, prevede (ancora) la facoltà degli Stati membri di designare più autorità nazionali di regolamentazione e garantisce l'indipendenza delle stesse solo rispetto alle imprese statali e non anche rispetto ai governi⁹⁰. Per i servizi idrici la normativa europea nemmeno impone agli Stati l'istituzione di regolatori indipendenti⁹¹.

È quindi chiaro che non possono estendersi a tali ultimi settori le conclusioni sopra formulate con riferimento alla *governance* dell'energia. In particolare, risulta per essi difficile, allo stato, mettere in dubbio la legittimità delle norme nazionali che ripartiscono tra i regolatori indipendenti – peraltro, appena istituiti (o individuati come competenti anche per tali settori) – e il ministero di riferimento le competenze di regolamentazione del settore e affermare l'esistenza di un vincolo giuridico, sia pure relativo e derogabile, a privilegiare i primi nell'allocatione delle medesime anche rispetto all'attuazione di eventuali provvedimenti di pianificazione strategica.

È peraltro verosimile che, con l'ulteriore sviluppo dei processi di liberalizzazione,

85 Per l'assetto istituzionale in materia di comunicazioni elettroniche – anch'esso, a livello nazionale, dualistico come quello dell'energia – v., tra gli altri, M. LIBERTINI, I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1287 ss.; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 99 ss.; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo*, cit.; F.M. SALERNO, *Soggetti, funzioni e procedure della regolazione*, in M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 69 ss.; G. DELLA CANANEA, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 9 ss.; M. MENSI, *Il riparto di competenze fra Autorità e Ministero nel settore delle comunicazioni elettroniche*, ivi, p. 37 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., p. 33 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 45 ss.; G. NAPOLITANO, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, cit.; M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 245 ss.

86 V. in particolare l'art. 3-bis della direttiva 2002/21/CE, come introdotto dalla direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009 e il Considerando 13 di quest'ultima direttiva.

87 Si veda ancora, al riguardo, la già citata sentenza della Corte di giustizia n. 424/2009.

88 Sul fatto che la disciplina europea in tema di comunicazioni elettroniche imponga agli Stati membri l'attribuzione di tutte le competenze di regolamentazione ad un'unica autorità il dibattito è da tempo aperto: in tal senso v., tra gli altri, S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo*, cit., p. 34 s.; F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 98; M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 263.

89 V. ad esempio l'art. 55 della direttiva 21 novembre 2012, n. 2012/34/UE.

90 V. l'art. 22 della direttiva 15/12/1997, n. 96/67/CE, come modificata dalla direttiva 2002/39/CE e dalla direttiva 2008/6/CE.

91 V. la direttiva 23/10/2000, n. 2000/60/CE.

anche in tali comparti il modello di *governance* pubblica possa essere definito e disciplinato a livello europeo in termini più omogenei a quelli sopra considerati: sempre che, naturalmente, tale ulteriore sviluppo effettivamente si verifichi e non prevalgano invece le spinte – oggi particolarmente evidenti nel settore dei servizi idrici – a ripristinare spazi rilevanti per la fornitura degli stessi al di fuori di meccanismi di mercato.

Per tutti i comparti in questione, in ogni caso, occorre affermare con forza l'esigenza di una piena valorizzazione del ruolo dei regolatori indipendenti: la loro istituzione è ovviamente in sé un fatto positivo per chi sia interessato al corretto funzionamento dei mercati dei servizi di interesse economico generale, ma se l'obiettivo di tale scelta è quello di porre dei vincoli reali – di razionalità e di coerenza – a chi detiene il potere politico, occorre che competenze e anche garanzie di effettiva indipendenza siano adeguate allo scopo.

Per sfuggire al canto delle sirene «Ulisse si fa legare all'albero della nave, ma non dimentica di mettere della cera nelle orecchie dei rematori»⁹².

92 J. ELSTER, *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 7.

Le infrastrutture energetiche fra competenze legislative statali e attribuzioni amministrative delle autonomie territoriali: dalla teoria (contraddittoria) alla prassi (confusa)

di Nicola Bassi

ABSTRACT

The proper functioning of the market depends surely on the presence of objective and non-distorting legal rules and on the presence of not conditionable authorities charged with their effective implementation. In the case of the energy market, however, the unfolding of a healthy competition also requires the availability of physical infrastructures adequate to truly meet all reasonable requests of the users. From this point of view, as pointed out by now more and more frequently by an increasing number of voices, the Italian situation is very worrying: one of the motivations about it is the state of chronic uncertainty that characterizes the distribution of powers between the State and local government bodies in the field of energy infrastructure: the article aims to analyze the problem and identify possible solutions.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il riparto delle competenze legislative fra lo Stato e le Regioni (e le Province autonome di Trento e Bolzano) in materia di energia. – 3. Il riparto delle competenze amministrative fra Stato, Regioni e autonomie locali in materia di energia. – 4. Per concludere: i profili di maggiore criticità e qualche spunto per un loro possibile superamento.

1. PREMESSA

La comprensione dell'oggetto che questo contributo si prefigge di descrivere richiede una duplice premessa¹.

La prima è che le politiche pubbliche in materia di energia (il rilievo è banale, ma comunque importante) possono tradursi in misure (legislative e provvedimenti) riguardanti i più disparati oggetti: si può trattare, giusto per fornire qualche esempio, dell'elaborazione di programmi strategici riferiti alla pianificazione degli approvvigionamenti delle materie prime, di interventi di regolazione economica in senso stretto dei mercati, di determinazione di regole tecniche dirette a garantire adeguate condizioni di sicurezza nel funzionamento degli impianti, di decisioni puntuali circa la localizzazione di nuove infrastrutture.

Le misure appena indicate, alle quali naturalmente tante altre potrebbero aggiungersi, sono tutte accumulate dalla loro complessiva afferenza alla tematica

¹ Su tutti gli argomenti di cui ci si occuperà nelle pagine che seguono la bibliografia rilevante è, a dir poco, sterminata. Per evitare di appesantire oltre il necessario il corredo di note, si è optato per limitare al minimo indispensabile i richiami alla letteratura specialistica, concentrando l'attenzione su quella in lingua italiana e, al suo interno, sui contributi capaci di fornire al lettore una visione la più ampia possibile dei temi trattati. Nei lavori citati, naturalmente, chi fosse interessato può trovare riferimenti bibliografici ulteriori e più completi.

dell'energia e contribuiscono, ognuna per la parte di propria pertinenza, a strutturare concretamente l'assetto reale dei mercati energetici in un dato momento storico e in un determinato contesto geografico. Esse, tuttavia, e non si tarderà a capire la rilevanza cruciale della constatazione ai fini che qui interessano, in realtà non possono essere considerate espressione normativa o provvedimento di un'unica competenza e, a monte, di un'unitaria politica energetica, posto che nel nostro ordinamento non è unico il titolo giuridico che, dal punto di vista costituzionale, ne legittima l'adozione.

È vero, infatti, che l'art. 117 Cost. contempla espressamente la materia dell'energia fra quelle di competenza legislativa concorrente: ma è altrettanto vero (su questi temi si tornerà più diffusamente in prosieguo) che la giurisprudenza della Corte costituzionale tende a fornire una lettura tutto sommato riduttiva della clausola costituzionale in questione e, di riflesso, dell'estensione della materia, nella quale in definitiva sono fatti ricadere tutti quegli interventi che non possano essere ricondotti ad altre ipotesi in cui, sempre in forza dell'art. 117, sussista una competenza legislativa esclusiva dello Stato (tutela della concorrenza, tutela dell'ambiente, ecc.).

La seconda premessa è che, se è davvero difficile dubitare dell'impossibilità di avere un mercato correttamente funzionante senza un sistema di regole (ad applicazione se necessario coattiva) volto a disciplinare il comportamento delle imprese e a garantire, in ultima analisi, un adeguato rispetto dei principi concorrenziali², appare altrettanto condivisibile il rilievo secondo cui anche il regime giuridico meglio congegnato non sarebbe in grado da solo di sorreggere l'esplicitarsi di una dinamica competitiva aperta e non distorta senza l'ausilio di un ambiente materiale che sia nei fatti idoneo a permettere il giusto dispiegarsi del confronto concorrenziale: insomma, la regolazione attraverso enunciazioni prescrittive è indubbiamente indispensabile, ma non meno importante è che a queste si accompagnino interventi pratici capaci di creare le condizioni affinché le stesse possano esprimere tutte le loro potenzialità.

Non è un caso, dunque, che pressoché tutte le analisi concernenti le maggiori criticità attuali dei mercati energetici italiani convergano nel sottolineare la sostanziale insufficienza di un approccio solo regolatorio in senso tradizionale e l'esigenza di dotare velocemente il nostro territorio di nuove infrastrutture quantitativamente e qualitativamente al passo con le necessità dei tempi³.

L'esperienza dell'ultimo decennio dimostra abbondantemente, però, che il tema dei rapporti fra governo del territorio (materia di tradizionale competenza regionale) e allocazione dei poteri riguardanti l'ubicazione delle opere energetiche costituisce uno degli snodi più intricati dell'attuale assetto istituzionale italiano, snodo che appare tuttora irrisolto tanto nelle questioni di principio, quanto nella applicazioni pratiche: ed è persino ovvio che la condizione di profonda incertezza circa il

2 Sul tema della regolazione e dei rapporti di questa con i principi di concorrenza, fra gli scritti generali più recenti si segnalano: S.A. FREGO LUPPI, *L'Amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas*, Giuffrè, Milano, 2005.

3 Vi è poi anche il tema, del quale qui non si tratterà, delle modalità attraverso cui assicurare il rispetto dei principi concorrenziali nella realizzazione e, soprattutto, nella gestione delle infrastrutture energetiche. Su questo tema si veda, di recente, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, p. 529 ss.; si veda anche F. VITRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005.

livello istituzionale capace di imporre all'intero sistema le scelte sulle opere da realizzare e sulla loro localizzazione, giocoforza si ripercuote negativamente su tutte le altre politiche che le diverse autorità pubbliche sono chiamate a implementare nel settore energetico, incluse quelle concorrenziali in senso stretto⁴.

Da queste considerazioni di partenza scaturisce il desiderio di analizzare non tanto in che modo siano oggi sostanzialmente disciplinate nel nostro ordinamento le funzioni amministrative incaricate di dare seguito all'imperativo dell'ammodernamento infrastrutturale nel settore energetico (la funzione amministrativa di approvazione dei progetti di impianti, nonché quella, che della prima rappresenta un logico corollario, della pianificazione e/o programmazione preventiva dei relativi interventi)⁵, quanto piuttosto i titoli costituzionali che legittimano Stato e Regioni a intervenire, in via legislativa e/o amministrativa, in modo diretto e/o indiretto, nel settore dell'infrastrutturazione energetica e l'identificazione dei principali fattori problematici che rendono poco efficiente, in quanto caratterizzata da esagerata incertezza, l'odierna distribuzione delle attribuzioni decisionali nel suddetto settore fra il centro e la periferia del nostro sistema istituzionale.

2. IL RIPARTO DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE FRA LO STATO E LE REGIONI (E LE PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E BOLZANO) IN MATERIA DI ENERGIA

2.1. ENERGIA E COMPETENZE LEGISLATIVE CONCORRENTI

Con la riforma costituzionale del 2001, come è noto, fra le nuove materie in cui è chiamato a dispiegarsi il modello della legislazione concorrente è stata inclusa anche quella denominata «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» (art. 117, comma 3, Cost.)⁶: in questo ambito materiale, dunque, il legislatore statale dovrebbe limitarsi a porre i principi fondamentali, mentre competerebbe ai legislatori decentrati dettare la disciplina necessaria per la loro attuazione⁷.

La clausola costituzionale non è stata certamente formulata in termini impeccabili: basti pensare che l'aggettivo «nazionale», essendo stato declinato al singolare,

4 Ed è significativo che in tempi recenti sia l'Autorità *Antitrust* (segnalazione del 2 ottobre 2012 dal titolo "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013"), sia il Governo (si veda in proposito il documento, pubblicato nel mese di ottobre del 2012 dal Ministero dello sviluppo economico, che ha dato avvio alla fase di consultazione pubblica propedeutica all'approvazione della Nuova Strategia Energetica Nazionale) abbiano molto insistito sul valore pro-concorrenziale di misure di semplificazione (anche sotto il profilo delle competenze) delle procedure di approvazione dei progetti di opere energetiche.

In direzione analoga, d'altronde, si muove anche la proposta formulata dalla Commissione di nuovo regolamento sulle infrastrutture energetiche di rilievo strategico per l'Unione europea (documento COM(2011) 658 del 19 ottobre 2011): gli artt. 9, 10 e 11 della proposta individuano requisiti procedurali molto rigorosi (quanto a partecipazione degli interessati, sicuramente, ma anche quanto a tempi e a superamento dei dissensi amministrativi) per il rilascio delle autorizzazioni riguardanti i progetti riconosciuti di rilievo strategico.

5 Per un'esauritiva disamina di tale disciplina sostanziale si legga ora G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia. Annuario di diritto dell'energia* 2012, Il Mulino, Bologna, 2012.

6 L'assetto antecedente alla riforma del 2001 si trova descritto, fra gli altri, in G.G. GENTILE-P. GONNELLI, *Diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 23 ss.

7 Per un'accurata disamina dell'assetto attuale del riparto delle competenze fra Stato e Regioni in materia di energia, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, si vedano G. RAZZANO, *La materia concorrente della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia nella recente giurisprudenza costituzionale, fra leale collaborazione e doveri di solidarietà, in federalismi.it*, n. 13 del 2011, C. BUZZACCHI, *La materia energia nella giurisprudenza costituzionale*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Giuffrè, Milano 2011, p. 3 ss., nonché M. LUCIANI (a cura di), *Il rapporto fra Stato e Regioni alla luce della giurisprudenza costituzionale e il riordino della legislazione in materia energetica*, e S. MANGIAMELI, *Regioni e disciplina dell'energia, entrambi in Italiadecide. Rapporto 2011-2012. Il governo dell'energia per lo sviluppo del paese*, Il Mulino, Bologna, 2012, rispettivamente pp. 121 ss. e 363 ss.

parrebbe riferirsi solo alla distribuzione, ma non è affatto scontato che questa coinvolga immancabilmente questioni di dimensione sovraregionale (il vettoriamento su più larga scala dell'energia sembra compreso nella nozione di «trasporto»).

Al di là dei profili squisitamente terminologici, si può comunque convenire sul fatto che, con ogni probabilità, l'intento perseguito dalla riforma costituzionale sia stato quello di precisare che il legislatore statale è legittimato a intervenire nel settore energetico non solo attraverso unicamente la fissazione dei principi generali, ma anche esclusivamente quando si tratti di regolamentare profili della materia in cui siano in gioco interessi di portata nazionale: ma è insito nel modello della legislazione concorrente che il legislatore statale (per mezzo, appunto, della enucleazione dei principi) possa occuparsi solo degli aspetti della materia connessi a esigenze di rango sovraregionale, essendo i risvolti di interesse locale per definizione riservati a quelli regionali.

Presumibilmente consapevole della imprecisione tecnica del linguaggio utilizzato dal legislatore costituzionale del 2001, comunque, la Corte costituzionale ha ben presto abbandonato qualsiasi propensione a un'interpretazione meramente testuale della disposizione, finendo in sostanza per riconoscere che essa è riferibile alla disciplina del settore energetico in quanto tale⁸. Nella giurisprudenza della Corte si è altresì precisato che, al fine di valutare quando un intervento normativo dello Stato sia riferibile alla materia così individuata, è decisivo il dato concernente gli scopi perseguiti dallo stesso più che quello riguardante l'ambito materiale oggettivo (come, per esempio, il regime degli usi legittimi del territorio) su cui esso finisce per incidere⁹.

Detto questo, non ci si può nascondere che uno dei problemi più evidenti sotteso al modello della competenze legislativa concorrente¹⁰ è, indubbiamente, quello della distinzione fra ciò che realmente costituisce un principio, la cui introduzione è riservata alla legge statale, e quello che invece appartiene alla fase di attuazione normativa dello stesso (di competenza esclusiva dei legislatori regionali)¹¹.

8 Si vedano in questo senso, per esempio, Corte cost., 14 ottobre 2005, n. 383 (sulla quale Q. CAMERLENGO, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in *Le Regioni*, 2006, p. 422 ss.), Corte cost., 31 marzo 2006, n. 133 e Corte cost., 28 giugno 2006, n. 246.

9 In questa direzione, fra le numerose, Corte cost., 14 ottobre 2005, n. 383, riguardante la legge n. 239/2004. L'utilizzo del parametro finalistico per la perimetrazione delle materie è stato variamente commentato nella letteratura specialistica: si vedano F. BENELLI, *La smaterializzazione delle materie: problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006 e R. BIN-F. BENELLI, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, p. 1185 ss.

10 Si deve ricordare, per dovere di completezza, che l'art. 10, legge cost. n. 3/2001 ha stabilito che la maggiore autonomia legislativa concessa alle Regioni ordinarie dalla riforma del Titolo V della Costituzione vale anche per quelle a statuto speciale: la fonte delle competenze normative di queste ultime (e delle Province autonome di Trento e Bolzano) nell'ambito energetico, dunque, deve oggi essere identificata dall'interprete in quella che garantisce la maggiore autonomia fra l'art. 117 Cost. e i singoli Statuti.

Si veda in argomento, di recente, Corte cost., 12 maggio 2011, n. 165.

Sono tuttora previste competenze legislative sostanzialmente esclusive delle Regioni speciali nelle seguenti materie: industria e commercio (Statuto siciliano, r.d.lgs. n. 455/1946, art. 14; Statuto friuliano, legge cost. n. 1/1963, art. 4) miniere (Statuto siciliano, art. 14; Statuto sardo, legge cost. n. 3/1948; art. 3; Statuto trentino, D.P.R. n. 670/1972, art. 8, con riferimento alle Province autonome di Trento e Bolzano); acque pubbliche (Statuto siciliano, art. 14; Statuto sardo, art. 3).

La verità è che la specialità dell'autonomia legislativa di queste Regioni era particolarmente accentuata, perlomeno con riferimento al settore energetico, prima della riforma costituzionale del 2001, quando in effetti i poteri normativi delle Regioni ordinarie in questa materia erano sostanzialmente nulli, mentre non privi di consistenza erano quelli (ancorché improntati soprattutto al modello della legislazione concorrente) delle Regioni speciali: la distanza si è però notevolmente ridotta proprio con la riscrittura del Titolo V della Costituzione.

11 Sui problemi sollevati dall'attuale modello di competenza concorrente si veda, da ultimo, A.G. ARABIA, *L'attività normativa delle Regioni ordinarie: tipologia dei poteri e materie di intervento*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano tra tradizioni unitarie e processi di federalismo. Contributo allo studio della crisi della forma di*

L'identificazione di un principio fondamentale, in definitiva, è rimessa al concreto atteggiarsi della prassi e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte costituzionale, competente ad esprimere l'ultima parola nel caso di insorgenza di un contrasto sul punto: per quello che qui può interessare, secondo la Corte rappresentano principi fondamentali della materia energetica le disposizioni riguardanti il regime di accesso degli operatori ai relativi mercati (concessorio, autorizzatorio, liberalizzato, ecc.)¹², quelle concernenti la qualificazione di un cliente come cliente idoneo¹³, nonché quelle (di particolare interesse per noi) con cui il legislatore statale abbia identificato il termine entro cui i corrispondenti procedimenti amministrativi devono concludersi¹⁴ oppure il titolo abilitativo da acquisire per la costruzione degli impianti¹⁵.

2.2. ENERGIA E COMPETENZE LEGISLATIVE ESCLUSIVE DELLO STATO.

Non può d'altra parte essere sottaciuta, per una valutazione complessiva e completa dell'assetto delle competenze legislative quale uscito dalla riforma costituzionale del 2001, la nuova categoria (art. 117, comma 2, Cost.) delle materie affidate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Si tratta, in larga parte, di attribuzioni normative trasversali, concernenti cioè non ambiti precisamente individuati, bensì fasci o categorie di esigenze e interessi di per sé contemporaneamente presenti (almeno a livello potenziale) in una pluralità di materie e che devono comunque ricevere un trattamento giuridico unitario sull'intero territorio nazionale: esse di fatto consentono allo Stato di varare legittimamente atti legislativi anche di grande dettaglio, indipendentemente dal fatto che le disposizioni normative così approvate interferiscano con settori che sarebbero riservati alla legislazione concorrente o esclusiva delle Regioni (anche di quelle ad autonomia speciale e delle Province di Trento e Bolzano).

Vi è in primo luogo la materia della «tutela della concorrenza» (art. 117, comma 2, lett. e), Cost.). La giurisprudenza della Corte costituzionale ha al riguardo chiarito che la competenza statale non è limitata alle sole disposizioni volte a reprimere comportamenti anticoncorrenziali delle imprese operanti in mercati già liberalizzati, ma include l'approvazione delle discipline normative finalizzate a promuovere la concorrenza in ambiti economici non ancora aperti (in tutto o in parte) alla competizione, nonché ad assicurare a tutti gli interessati «eguali chances di accesso al mercato»¹⁶: è persino ovvia la centralità di questa competenza per lo sviluppo del diritto energetico nazionale (basti pensare alle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas)¹⁷.

Non meno importante, in secondo luogo, è la competenza legislativa esclusiva

Stato in Italia, Giuffrè, Milano, 2012, p. 211 ss.

12 Corte cost., 14 ottobre 2005, n. 383.

13 Corte cost., 28 giugno 2006, n. 248.

14 Corte cost., 14 ottobre 2005, n. 383; Corte cost., sentenza 9 novembre 2006, n. 364.

15 Corte cost., 26 marzo 2010, n. 119.

16 Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, ove è stato affermato che la tutela della concorrenza deve essere intesa in modo da comprendere «misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o a instaurare assetti concorrenziali». Si vedano anche, nello stesso senso, le sentenze 6 aprile 2005, n. 134, 4 maggio 2005, n. 175, 27 luglio 2005, n. 336, nonché la sentenza 14 dicembre 2007, n. 430.

17 Un'approfondita panoramica circa la giurisprudenza costituzionale formatasi dopo la riforma del 2001 in materia di tutela della concorrenza è offerta da A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, Studi e ricerche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, n. 5, Roma, 2011.

dello Stato per ciò che riguarda «la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti sull'intero territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.)¹⁸. In tale competenza (che può tradursi tanto in atti legislativi, quanto in provvedimenti amministrativi, adottati sulla base di un'espressa e precisa delega da parte del legislatore) è insito il carattere vincolante delle scelte compiute dagli organi centrali, cui dunque tutti gli altri livelli istituzionali devono adeguarsi senza potersene discostare in senso peggiorativo (come la Corte costituzionale ha prontamente dichiarato, la clausola costituzionale in questione non può però essere utilizzata per permettere allo Stato di riappropriarsi surrettiziamente di materie ormai devolute in periferia, ma occorre che l'intervento centrale rimanga confinato nei limiti oggettivi delineati dalla norma: determinazione dei livelli essenziali e, se del caso, erogazioni a favore delle amministrazioni territoriali delle disponibilità di bilancio indispensabili per soddisfarli)¹⁹: anche in questo caso scontata è la rilevanza della previsione ai fini che qui interessano, tenuto conto del fatto che appare davvero arduo negare l'ascrizione delle prestazioni relative alle forniture energetiche al novero di quelle dirette a garantire l'appagamento di diritti fondamentali dell'individuo²⁰.

Altra competenza legislativa statale esclusiva assai incisiva è quella riguardante la materia (notoriamente cruciale per gli assetti dei comparti energetici) della «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» (art. 117, comma 2, lett. s), Cost.)²¹.

Appare necessario in proposito precisare che la giurisprudenza costituzionale ha cercato di gestire con gli strumenti interpretativi a sua disposizione quella che sembra essere, almeno a una prima lettura, una contraddizione interna della riforma del 2001 (ispirata dalla volontà di accrescere gli ambiti di competenza delle Regioni, essa finirebbe – assegnando allo Stato una competenza legislativa esclusiva in materia ambientale – per contraddire la premessa proprio in un comparto che le autonomie territoriali si erano faticosamente conquistate durante il periodo precedente), anche se l'approccio della Corte al problema non è andato esente, a sua volta, da oscillazioni evolutive di non poco conto.

La Corte aveva infatti inizialmente sancito il carattere trasversale del valore ambientale e l'impossibilità di qualificarlo alla stregua di una vera e propria materia, riconoscendo quindi la possibilità per le Regioni, nell'esercizio di una delle altre competenze legislative loro attribuite in forza del nuovo Titolo V, di dettare anche norme aventi risvolti di salvaguardia ambientale: con il che, in definitiva, pareva confermarsi il carattere concorrente della competenza legislativa regionale nel settore²².

18 Si leggano in proposito, fra i tanti, A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, p. 1068 ss., A. COMINO-A. DEMARCO-A. NATALINI, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 93 ss., nonché G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza e dell'evoluzione interpretativa*, Cedam, Padova, 2007.

19 Corte cost., 5 novembre 2004, n. 320; Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282.

20 Così come in fondo riconosciuto, proprio per il settore energetico, da Corte cost., 28 giugno 2006, n. 248, ove è anche affermato che nulla vieta alle Regioni di perseguire l'obiettivo di assicurare ai consumatori forme di protezione maggiori di quelle contemplate dalla legge statale.

21 Sulla distribuzione delle attribuzioni in materia ambientale si vedano M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011, nonché D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, *Principi generali*, Cedam, Padova, 2012, p. 232 ss.

22 Si leggano, fra le tante, Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407 e Corte cost., 24 giugno 2003, n. 222.

Successivamente, però, la giurisprudenza costituzionale ha parzialmente mutato indirizzo²³: si è qualificato l'ambiente come una materia (sebbene *sui generis*), si è ribadita la facoltà per le Regioni di approvare disposizioni aventi interferenze con la disciplina della salvaguardia ambientale (purché dettate, si badi, per il perseguimento di finalità differenti dalla tutela dell'ecosistema), ma nello stesso tempo si è rafforzato il ruolo del legislatore statale, stabilendosi il suo potere di fissare *standard* di protezione valevoli per l'intero territorio nazionale (ma gli *standard* sono cosa differente dai principi generali), non derogabili dalle Regioni se non in senso più restrittivo²⁴ (ma talvolta non è possibile neppure questo, come dimostra il caso dell'inquinamento elettromagnetico²⁵).

Non deve poi essere trascurata la competenza legislativa esclusiva dello Stato circa la disciplina delle funzioni fondamentali di Comuni e Province (art. 117, comma 2, lett. p, Cost.): la clausola è di qualche rilievo anche per il settore energetico, posto che incombenza tradizionale (e, in questo senso, sicuramente "fondamentale") di tali enti (soprattutto dei Comuni) è l'organizzazione dei servizi pubblici locali e fra questi sono compresi anche alcuni riguardanti l'energia (si allude, fra gli altri, al servizio di gestione delle reti di distribuzione locale del gas naturale).

Non si deve infine dimenticare che seguitano anche nel nuovo testo costituzionale a essere riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato anche le materie dell'«ordinamento penale» e di quello «civile» (art. 117, comma 2, lett. l), Cost.): il secondo titolo di competenza statale garantisce al legislatore nazionale, fra le altre cose, il monopolio della disciplina dei rapporti contrattuali, anche quelli riguardanti i negozi della pubblica amministrazione²⁶.

2.3. COMPETENZE LEGISLATIVE REGIONALI E "CHIAMATA IN SUSSIDIARIETÀ"

Già di per sé solo, il quadro che si è delineato permette di prendere atto dei notevoli limiti che i legislatori decentrati seguitano a incontrare nel nostro sistema in materia energetica: è sì vero che gli stessi sembrerebbero disporre (in virtù del riconoscimento di una loro competenza legislativa concorrente) di una spazio di manovra maggiore rispetto al passato; la concreta estensione della loro potestà normativa, tuttavia, deve tenere conto non solo dei principi fondamentali che continuano a essere appannaggio del legislatore statale, ma anche delle disposizioni che esso è autorizzato a dettare in tutti i settori trasversali cui gli è attribuita una competenza esclusiva.

A ciò si deve peraltro ora aggiungere che lo stesso meccanismo di riparto delle competenze normative per materie, configurato dall'art. 117 Cost., non è considerato dalla giurisprudenza costituzionale come rigido, bensì in definitiva improntato a un grado veramente consistente di flessibilità.

23 I più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sulla materia della tutela ambientale si trovano descritti, fra gli altri, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Alcune riflessioni sui rapporti tra potestà normativa statale e regionale a margine della recente giurisprudenza costituzionale sulla materia ambiente. L'ambiguo caso delle aree protette regionali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 5132 ss., F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale sul codice dell'ambiente tra moderazione e disinvoltura*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, p. 1455 ss., e P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e fruizione dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, p. 735 ss.

24 Emblematica di questo nuovo indirizzo è Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182; si veda anche Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 62.

25 Su cui si è formata una copiosa giurisprudenza costituzionale a partire da Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307.

26 Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 431.

Ci si riferisce, in particolare, al principio di sussidiarietà²⁷ (codificato dall'art. 118 Cost.) e al modo con cui questo, pur essendo stato dettato con specifico riferimento delle funzioni amministrative, riesce a condizionare anche l'esercizio di quelle legislative: per come è stato inteso dalla Corte costituzionale, infatti, il principio di sussidiarietà non rappresenta solo uno strumento di protezione delle sfere di competenza degli enti minori, ma costituisce nello stesso tempo anche un mezzo attraverso cui lo Stato può legittimamente ritagliare a proprio favore la titolarità di funzioni amministrative (e, di riflesso, legislative) che, riguardando materie non ricadenti nella sfera delle sue competenze esclusive, dovrebbero rimanere riservate alle istituzioni locali.

Il ragionamento della Corte parte da una duplice premessa: da un lato, possono ricorrere dei casi in cui è discrezionalmente avvertibile da parte dello Stato l'esigenza di un intervento amministrativo che, a prescindere dal settore materiale di riferimento, assuma veste unitaria e, come tale, sia in grado di dispiegarsi in modo uniforme sull'intero territorio nazionale; dall'altro, il principio di legalità, postulando sempre l'esistenza di una legge che regoli l'azione amministrativa, impedisce che il potere di assegnare una competenza esecutiva sia dissociato dal dovere di regolarne legislativamente l'esercizio.

Il meccanismo, denominato nella giurisprudenza costituzionale "chiamata in sussidiarietà"²⁸ consente allo Stato di arrogarsi funzioni amministrative che di per sé non gli spetterebbero, ma solo nella misura in cui ricorrano alcune condizioni sostanziali: si deve trattare di interventi volti alla protezione di interessi generali davvero di cruciale importanza; la deroga alla competenza decentrata, inoltre, deve essere contenuta nei limiti dello strettamente necessario.

Fra le esigenze di rango unitario che possono giustificare l'attivazione della "chiamata in sussidiarietà" vi sono indubbiamente anche quelle riguardanti l'energia: ed è stato esattamente in questo ambito che la Corte costituzionale ha ammesso la possibilità per lo Stato di disciplinare legislativamente in forma analitica, affidandone l'esecuzione a organi governativi, le procedure di approvazione di impianti produttivi²⁹ e di definizione dei programmi di potenziamento delle infrastrutture energetiche lineari³⁰, nonostante il loro indubbio impatto territoriale e la loro conseguente astratta riconducibilità a una delle materie in cui le Regioni detengono una competenza legislativa concorrente³¹.

D'altronde, se la "chiamata in sussidiarietà" postula che, nel rispetto delle condizioni sostanziali poc'anzi richiamate, da ritenersi imposte dalla Costituzione, sia la legge nazionale a disciplinare modi e tempi dell'esplicazione della funzione amministrativa mantenuta a livello centrale, quand'anche si tratti di ambiti mate-

27 Per una sintetica, ma completa ricostruzione del significato del principio di sussidiarietà nel nostro ordinamento si veda S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 93 ss.

28 Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale sulla chiamata in sussidiarietà si veda, nei tempi più recenti, C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, p. 455 ss.

29 Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6, sulla quale si veda O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004, p. 941 ss.

30 Corte cost., 24 maggio 2005, n. 383.

31 La Corte, peraltro, ha negato che esista una materia autonoma (di competenza legislativa esclusiva dello Stato) riguardante l'elaborazione della politica energetica nazionale con particolare riferimento alla programmazione degli interventi infrastrutturali strategici (Corte cost., 27 luglio 2009, n. 339): ne consegue che qualsiasi competenza amministrativa statale riguardante direttamente e specificamente le infrastrutture energetiche può attualmente trovare una giustificazione costituzionale unicamente nell'istituto della chiamata in sussidiarietà.

riali che sarebbero sottratti alle competenze legislative esclusive dello Stato sulla base dell'art. 117 Cost., la legge medesima deve comunque soddisfare anche un requisito di carattere procedimentale, deve prevedere, cioè, l'esercizio del potere da parte dell'organo statale avvenga secondo modelli procedurali idonei ad assicurare alle Regioni reali spazi di codecisione: ma di ciò si parlerà più approfonditamente nel paragrafo che segue.

3. IL RIPARTO DELLE COMPETENZE AMMINISTRATIVE FRA STATO, REGIONI E AUTONOMIE LOCALI IN MATERIA DI ENERGIA

3.1. IL MODELLO ASTRATTO BASATO SUL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

In forza della nuova formulazione dell'art. 118, Cost., tutte le competenze amministrative (indipendentemente dalla materia di afferenza) dovrebbero essere allocate al livello istituzionale più vicino ai cittadini (e, quindi, ai Comuni), salvo che si tratti di funzioni concernenti o comunque coinvolgenti interessi di dimensione territoriale superiore: in questi casi, invero, i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza ammettono (e, per certi versi, impongono) una deroga alla competenza comunale a favore del livello istituzionale sovraordinato (Province, Città metropolitane, Regioni e Stato) che risulti il più adeguato a curare efficacemente quegli interessi.

Il compito di provvedere materialmente alla distribuzione delle competenze amministrative fra i diversi livelli istituzionali interessati è nel nostro ordinamento riservato al legislatore (art. 97 Cost.): esso spetta poi in concreto a quello statale o a quelli regionali, ai sensi dell'art. 117 Cost., a seconda della materia cui inerisce la funzione amministrativa della cui attribuzione si tratta.

Ciò in pratica comporterebbe che il legislatore statale potrebbe assegnare a organi amministrativi parimenti statali solo le funzioni esecutive riguardanti materie di sua competenza esclusiva (e sempre che non si tratti di funzioni "fondamentali" di Comuni e Province), mentre nelle altre materie (incluse quelle soggette al modello della competenza legislativa concorrente) l'operazione di distribuzione delle funzioni sarebbe di pertinenza dei legislatori regionali e la relativa attribuzione, di riflesso, non potrebbe che coinvolgere il livello regionale o sub-regionale (la Regione non può ovviamente, neppure con legge, conferire competenze amministrative allo Stato³²).

Ne dovrebbe conseguire a rigore, concentrando l'attenzione sulla regolazione del settore energetico, che lo Stato potrebbe oggi riservarsi l'esercizio delle sole funzioni amministrative riguardanti, in definitiva, la tutela e la promozione della concorrenza nei relativi mercati, la fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei fornitori ovvero la determinazione delle misure necessarie per la salvaguardia dell'ambiente: tutte le altre funzioni, comprese quelle rivolte all'attuazione delle regole dettate dalla legge dello Stato nella materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», viceversa, non potrebbero che restare concentrate in capo alle Regioni o da queste conferite agli enti locali.

La conclusione, sempre teoricamente parlando, dovrebbe valere anche per quel che concerne la programmazione delle opere energetiche, oltre che l'approvazione dei relativi progetti: la correttezza dell'affermazione discende direttamente dal

³² Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6.

testo costituzionale e, ad ogni buon conto, ha già trovato il riconoscimento della Corte costituzionale, che ha negato che esista una materia autonoma riguardante l'elaborazione della politica energetica nazionale, in termini generali e anche, nello specifico, con particolare riferimento alla programmazione degli interventi infrastrutturali strategici (secondo la tesi rigettata dalla Corte si sarebbe trattato di una materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato, nella quale dunque la legge nazionale avrebbe potuto riservare all'amministrazione centrale le conseguenti funzioni attuative)³³.

3.2. LE DEVIAZIONI DAL MODELLO ASTRATTO E LE RELATIVE CONDIZIONI PROCEDIMENTALI

La rigidità di questo schema apparentemente geometrico è però notevolmente attenuata da almeno due fattori.

In primo luogo, e in modo per così dire fisiologico, si possono dare casi di attribuzioni dell'amministrazione centrale che, pur riguardando di per sé ambiti funzionali di competenza statale, finiscono comunque per incidere, nel momento dell'esercizio (a causa, per esempio, degli effetti territoriali dei relativi provvedimenti), con processi decisionali che sarebbero di competenza delle Regioni e delle autonomie locali. In tali evenienze non si ha propriamente una modifica (più o meno surrettizia) dell'assetto delle competenze amministrative quale delineato dalla Costituzione, bensì, molto più semplicemente, una conseguenza per certi versi inevitabile della logica stessa sulla cui base quell'assetto è stato configurato (e, in particolare, del fatto che alcune delle competenze statali sono definite in termini funzionali, anziché materiali): nonostante questo, tuttavia, è innegabile che anche in tali circostanze si abbia comunque come risultato finale una pratica riduzione dei margini di scelta amministrativa che in teoria l'art. 118 della Costituzione vorrebbe riservati alle autorità locali.

Altro potentissimo elemento di alterazione del sistema di distribuzione delle competenze amministrative, in secondo luogo, è il già citato meccanismo della chiamata in sussidiarietà, in forza del quale, come si è visto, in presenza di una funzione amministrativa che, per i suoi caratteri intrinseci e soprattutto per la dimensione dell'interesse curato, non può tollerare un esercizio disomogeneo sul territorio, anche se di per sé ricadente in una materia non riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, il legislatore nazionale ne può conferire l'esercizio a un'autorità centrale: qui, bisogna ammetterlo francamente, non si è più in presenza di problemi fisiologici di coordinamento fra competenze diversificate, ma di un vero e proprio mutamento genetico (introdotto in via pretoria) dello spirito (buono o cattivo che fosse) che animava la riforma costituzionale del 2001.

Sarebbe impossibile offrire in questa sede una panoramica completa delle funzioni amministrative in materia di programmazione e localizzazione delle infrastrutture energetiche (lineari e non) che, con l'assenso (talvolta condizionato o limitato) della Corte costituzionale, sono attualmente previste in capo a qualche amministrazione dello Stato.

Senza nessuna pretesa di esaustività si possono in ogni caso menzionare i seguenti esempi (dalla cui lettura emergono evidenti numerosi difetti di coordinamento e, comunque, sovrapposizioni e ripetizioni: ma questo è tutto un altro di-

³³ Corte cost., 27 luglio 2009, n. 339.

scorso):

- la programmazione delle grandi reti infrastrutturali e degli insediamenti produttivi ritenuti di interesse strategico nazionale, gli indirizzi di sviluppo della rete elettrica di trasmissione nazionale e l'individuazione della rete nazionale dei gasdotti e degli oleodotti³⁴;
- l'identificazione delle necessità minime di realizzazione o ampliamento di impianti (di generazione elettrica; di rigassificazione; di stoccaggio di gas e petrolio; di trasmissione e di trasporto di energia) funzionali al perseguimento degli obiettivi fissati dalla Strategia Energetica Nazionale³⁵;
- le linee guida per la localizzazione sul territorio, con particolare riferimento ai valori paesaggistici, degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili³⁶;
- l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio delle centrali elettriche di potenza superiore a 300 MW³⁷;
- l'autorizzazione alla costruzione e alla gestione dei rigassificatori³⁸;
- il rilascio delle concessioni per la coltivazione di giacimenti di idrocarburi liquidi e gassosi³⁹;
- il rilascio della concessione per lo stoccaggio in sotterraneo di gas naturale⁴⁰;
- l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli elettrodotti, dei gasdotti e degli oleodotti facenti parte delle rispettive reti nazionali⁴¹.

Come è agevole notare dall'elenco (parziale) appena fornito, si tratta di funzioni che in molti casi sono direttamente configurate dal legislatore statale come di pianificazione e di puntuale localizzazione di opere energetiche, negli altri sono in ogni caso strumentali a produrre un forte condizionamento esterno (e, almeno in teoria preventivo) rispetto a decisioni formalmente di spettanza periferica: sono, comunque sia, funzioni sempre destinate a interferire (talvolta molto pesantemente) con attribuzioni che, astrattamente parlando, il combinato disposto dell'art. 117 e dell'art. 118 Cost. imporrebbe di ritenere di esclusiva pertinenza delle Regioni e degli altri enti locali.

Orbene, se i principi costituzionali (espressi e non) e, in particolare, l'istituto della chiamata in sussidiarietà servono a giustificare l'esistenza di una competenza amministrativa dello Stato anche in ambiti in cui essa non avrebbe potuto sopravvivere alla riforma del 2001, vi è da dire che l'interferenza con materie di spettanza regionale, che in questo modo si viene concretamente a produrre, non rimane priva di conseguenze.

È da tempo, infatti, che per ipotesi di questo genere (con una serie di orientamenti interpretativi che si erano già affermati nel vigore della precedente formulazione del Titolo V della Costituzione e che, naturalmente, si sono rafforzati dopo la riforma del 2001) la giurisprudenza della Corte costituzionale ha individuato, richia-

34 Art. 1, commi 7 e 8, legge n. 239/2004.

35 Art. 3, d.lgs. n. 93/2011.

36 Art. 12, d.lgs. n. 387/2003.

37 Art. 1, comma 8, legge n. 239/2004.

38 Art. 8, legge n. 340/2000.

39 Art. 1, comma 7, legge n. 239/2004.

40 Art. 11, d.lgs. n. 164/2000.

41 Art. 52-*quinquies*, D.P.R. n. 327/2001 e disposizioni ivi richiamate.

mandosi alla nozione suggestiva di leale collaborazione⁴², il dovere per lo Stato di escogitare (o, in ogni caso, di servirsi di) meccanismi organizzativi e procedurali particolari, preordinati – sebbene con intensità differente a seconda dei casi – a garantire un sufficiente coinvolgimento del livello istituzionale decentrato (in particolare di quello regionale) nell'iter destinato poi a sfociare nella determinazione amministrativa finale di una pubblica amministrazione centrale.

Fra tutti gli istituti organizzativi e procedurali disponibili per dare effettiva applicazione al canone della leale cooperazione, ci si può ora limitare a brevemente segnalare i due che paiono dotati del maggior interesse rispetto al discorso che si sta conducendo.

Vi è, anzitutto, la figura dell'intesa fra lo Stato e la singola Regione interessata, ormai elevata, anche in virtù di un'ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, a condizione imprescindibile per l'approvazione da parte del primo di iniziative (comprese, naturalmente, quelle energetiche) aventi un impatto territoriale (il pensiero corre immediatamente alle procedure di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di opere come centrali, metanodotti, elettrodotti, ecc.)⁴³, soprattutto quando si tratti di casi in cui l'esercizio della funzione amministrativa sia stato conferito all'amministrazione centrale in forza della chiamata in sussidiarietà.

Di per sé, ovviamente, l'intesa costituisce la massima espressione possibile di un sistema procedimentale ispirato alla logica della condivisione del potere decisionale fra i due livelli istituzionali, statale e regionale e, una volta raggiunta essa non può essere disattesa unilateralmente né dall'amministrazione centrale⁴⁴, né da quella regionale⁴⁵.

Sulla portata dell'onere per lo Stato di raggiungere una previa intesa con la Regione, peraltro, si è assistito a una significativa evoluzione, e proprio con riferimento alle infrastrutture energetiche, della giurisprudenza costituzionale.

In un primo momento, infatti, la Corte aveva prescritto il ricorso allo schema dell'intesa c.d. forte⁴⁶ fra lo Stato e la Regione interessata per la legittima assunzione, da parte del primo, delle decisioni riguardanti la localizzazione degli impianti di rilevanza nazionale, schema cui faceva da corollario l'impossibilità per l'autorità governativa centrale di neutralizzare unilateralmente l'eventuale dissenso regionale⁴⁷.

Successivamente, invece, probabilmente resasi conto della sostanziale impraticabilità del modello, la stessa Corte ha adottato una prospettiva improntata a minore rigore: l'intesa rimane sì necessaria, ma la legge statale può attribuire all'auto-

42 Sul principio di leale collaborazione e sui suoi risvolti procedurali si veda S. AGOSTA, *La leale collaborazione fra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano, 2008 (in particolare p. 179 ss.).

43 Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6; Corte cost., 24 maggio 2005, n. 383.

44 Corte cost., 1° febbraio 2006, n. 31 (sulla quale si veda C. FRATICELLI, *Stato, Regioni e sdemanializzazione: la Corte "rafforza" il principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2006, p. 810 ss.). La sentenza si riferisce al vincolo derivante dall'intesa sui successivi adempimenti amministrativi da parte dello Stato. Più controverso è se l'intesa possa vincolare anche le future scelte legislative dello Stato: la giurisprudenza costituzionale è stata, fino ad ora, di opinione negativa (Corte cost., sentenza n. 437/2001; Corte cost., sentenza n. 98/2007).

45 La giurisprudenza amministrativa ha infatti chiarito che la Regione non può pretendere di neutralizzare gli effetti di un'autorizzazione statale già rilasciata attraverso una (non ammissibile) revoca dell'intesa già manifestata.

46 L'evoluzione dell'istituto dell'intesa fino al 2004 è ben tratteggiato da S. AGOSTA, *Dall'intesa in senso debole alla leale cooperazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità*, in *federalismi.it*, n. 6 del 2004.

47 Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303; Corte cost., sentenza 24 maggio 2003, n. 383; Corte cost., 16 marzo 2007, n. 88.

rità governativa il potere finale di superare il dissenso regionale (e, dunque, di determinare unilateralmente la localizzazione dell'impianto) a patto che, prima di pervenire a una conclusione di questo genere, sia stato attivato un apposito sub-procedimento rivolto a cercare una ragionevole composizione non contenziosa della contrapposizione⁴⁸.

Si deve comunque segnalare (come se la mancanza di univocità nella stessa giurisprudenza costituzionale non fosse già di per sé un fattore di indesiderata incertezza) che, da ultimo, il legislatore statale sembra (il condizionale è d'obbligo, dal momento che si tratta di una produzione normativa che definire alluvionale, incoerente e intrinsecamente provvisoria è addirittura eufemistico) a sua volta volersi distaccare dal meccanismo dell'intesa per imboccare la strada (della cui costituzionalità è lecito dubitare) di procedimenti in cui, in caso di dissenso espresso da parte della Regione competente o di sua inerzia, il potere di decisione ultima transita in capo al Consiglio dei Ministri, che provvede in una seduta allargata alla partecipazione del rappresentante regionale⁴⁹ (ma la partecipazione alla riunione del Governo è qualcosa di diverso, naturalmente, da un vero e proprio accordo⁵⁰).

Gli schemi concertativi di cui si è appena parlato, riguardando singole iniziative, valgono ovviamente nell'ambito di rapporti bilaterali fra lo Stato procedente e la singola Regione la cui specifica competenza risulti intaccata dall'azione amministrativa centrale.

Capita sovente, d'altra parte, che l'esercizio della funzione amministrativa da parte dello Stato sia destinata a tradursi in provvedimenti coinvolgenti il sistema delle autonomie territoriali nel suo complesso (Comuni e Province inclusi), più che questa o quella Regione isolatamente considerata (è sufficiente, in proposito, il riferimento agli atti regolamentari o a quelli aventi un contenuto generale, come programmi, piani, ecc.): qui naturalmente l'intesa bilaterale sarebbe fuori luogo e, comunque, non riuscirebbe a produrre il risultato utile preteso dal principio di leale cooperazione.

Per evenienze di questo tipo lo strumento procedimentale dell'intesa bilaterale può

48 Corte cost., 21 marzo 2011, n. 93; Corte cost., sentenza 12 maggio 2011, n. 165 (sulla quale si veda M. MICHETTI, *La Corte censura il potere sostitutivo statale in materia di "interventi urgenti e indifferibili" nel settore energetico*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2011).

49 Si veda in tal senso il comma 1 dell'art. 38, d.l. n. 83/2012, come modificato in sede di conversione dalla legge n. 134/2012: la previsione vale con riferimento ai procedimenti statali di cui ai commi 7 e 8 dell'art. 1, legge n. 239/2004, a quelli relativi alle infrastrutture energetiche lineari destinate a divenire parte delle reti nazionali e infine a quelli riguardanti i progetti attuativi della Strategia Energetica Nazionale di cui al comma 1 dell'art. 3, d.lgs. n. 93/2011.

50 Lo schema procedimentale appena descritto nel testo, in effetti, sembra contrastare in modo davvero insanabile con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 165/2011.

Tale pronuncia aveva anzitutto ricordato che la giurisprudenza costituzionale sia contraria alla possibilità di una decisione unilaterale da parte dello Stato, quand'anche questa assuma la valenza di intervento sostitutivo ai sensi dell'art. 120 Cost., ove si tratti di funzioni amministrative attribuite all'amministrazione centrale in base all'istituto della chiamata in sussidiarietà. Essa aveva altresì statuito che «la previsione ... di un invito, rivolto al Presidente della Regione o della Provincia interessata, a partecipare – in posizione minoritaria – alla riunione del Consiglio dei ministri, nella quale si decide l'esercizio del potere sostitutivo, non può essere considerata valida sostituzione dell'intesa, giacché trasferisce nell'ambito interno di un organo costituzionale dello Stato un confronto tra Stato e Regione, che deve necessariamente avvenire all'esterno, in sede di trattative ed accordi, rispetto ai quali le parti siano poste su un piano di parità».

La questione di legittimità dell'art. 38, comma 1, d.l. n. 83/2012 è stata però dichiarata infondata da Corte cost., 11 ottobre 2013, n. 239, sulla base dell'assunto che lo schema procedimentale delineato dalla disposizione non consentirebbe di neutralizzare un eventuale dissenso esplicito della Regione, ma unicamente a permettere la conclusione del procedimento nel caso in cui la Regione sia rimasta meramente inerte: a parere di chi scrive, la portata oggettiva della previsione era di per sé ben più ampia; si deve tuttavia prendere atto che secondo la Corte quello appena indicato è il suo unico significato costituzionalmente legittimo.

(e anzi, secondo la Corte costituzionale, deve) essere sostituito da quello, di per sé organizzativo ma non privo di risvolti procedurali, del coinvolgimento della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano o, ancora meglio, della Conferenza unificata (essa riunisce la Conferenza permanente e la Conferenza Stato– città e autonomie locali)⁵¹.

Si tratta di organismi misti, composti, per quanto riguarda la Conferenza permanente, da un rappresentante del governo e da un rappresentante per ciascuna Regione (e Provincia autonoma), cui si aggiunge, ove la riunione riguardi la Conferenza unificata, una rappresentanza qualificata di Comuni e Province. La particolare composizione di queste Conferenze le rende particolarmente adatte a fungere da stanza di compensazione per fronteggiare situazioni in cui sia indispensabile una stretta cooperazione fra i diversi livelli istituzionali in cui è articolata la nostra organizzazione pubblica territoriale allo scopo di, da un lato, individuare una soluzione omogenea per l'intero territorio nazionale e, dall'altro, salvaguardare le sfere di competenza di cui le Regioni e le autonomie locali sono titolari.

Per quanto non esista di per sé una schema unico per il coinvolgimento delle Conferenze (esse possono intervenire con atti di diversa natura e diversa efficacia, a seconda dei casi), è bene ricordare che, nel loro ambito, è comunque possibile che vengano definite specifiche intese fra il governo centrale e i rappresentanti delle amministrazioni regionali e locali, finalizzate a coordinare «l'esercizio delle rispettive competenze e svolgere attività di interesse comune»⁵².

Come si accennava, la Corte costituzionale ha ormai chiaramente e decisamente privilegiato il modello della intesa, da stipulare in sede di Conferenza unificata, quale condizione per la legittima adozione da parte dell'amministrazione statale di atti di programmazione e di pianificazione nel settore energetico⁵³: sulla stessa linea sembra ormai essersi assestato anche il legislatore statale⁵⁴.

3.3. LE ALTRE FUNZIONI AMMINISTRATIVE

Tutte le competenze amministrative che non riguardino materie, in un modo o nell'altro, riservate all'apparato statale, spettano al livello istituzionale individuato dal legislatore regionale (il quale, è bene non dimenticarlo, è sua volta tenuto a uniformarsi al principio di sussidiarietà): quindi, a seconda delle scelte compiute da ciascun legislatore decentrato, all'amministrazione regionale, a quella provinciale o a quella comunale (si ricordi che il bagaglio di competenze amministrative di Comuni e Province è costituito anche quelle loro assegnate direttamente dal legislatore statale nell'esercizio del suo potere di disciplinarne le funzioni fondamentali).

51 Le due Conferenze sono ora disciplinate dal d.lgs. n. 281/1997. Per una sintetica disamina delle loro strutture e funzioni si veda R. BIFULCO, *Conferenza Stato-Regioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1229 ss.

52 Artt. 4 e 9, d.lgs. n. 281/1997.

53 Si veda, in tal senso, la già citata Corte cost., 14 ottobre 2005, n. 383.

54 Significativa, in questa direzione, è la previsione di cui al comma 1 dell'art. 3, d.lgs. n. 93/2011 per quel che riguarda l'esercizio del potere governativo volto a individuare, «con riferimento a grandi aree territoriali e a un adeguato periodo temporale, le necessità minime di realizzazione o di ampliamento di impianti di produzione di energia elettrica, di rigassificazione di gas naturale liquefatto, di stoccaggio in sotterraneo di gas naturale e di stoccaggio di prodotti petroliferi, e le relative infrastrutture di trasmissione e di trasporto di energia, anche di interconnessione con l'estero, tenendo conto della loro effettiva realizzabilità nei tempi previsti, al fine di conseguire gli obiettivi di politica energetica nazionale, anche con riferimento agli obblighi derivanti dall'attuazione delle direttive comunitarie in materia di energia, e di assicurare adeguata sicurezza, economicità e concorrenza nelle forniture di energia».

Per quanto qui interessa si tratta, essenzialmente, delle funzioni concernenti l'approvazione di progetti energetici di rilievo esclusivamente locale fra i quali, peraltro, sono espressamente inclusi quelli dedicati allo sfruttamento delle fonti rinnovabili⁵⁵. Il fatto che tali funzioni siano, per definizione, di appannaggio delle autorità locali non esclude però (non scordiamoci che ci si muove nell'ambito di una materia, l'energia, a competenza concorrente) che sulla disciplina del loro esercizio (di per sé prerogativa dei legislatori regionali) possa influire il legislatore statale attraverso l'approvazione di principi inderogabili, come per esempio (si richiamano qui esempi già formulati in precedenza) quelli riguardanti i termini per la conclusione del procedimento o quelli relativi al titolo abilitativo per la costruzione dell'opera che può essere legittimamente preteso che l'operatore interessato previamente acquisisca.

Vi è piuttosto da evidenziare che, già prima della riscrittura del Titolo V della Costituzione, il legislatore statale aveva riconosciuto il potere-dovere per le Regioni di approvare specifici piani nel settore energetico⁵⁶: molte Regioni si sono da tempo avvalse di questa possibilità, che naturalmente ha ricevuto nuova linfa dalla riforma costituzionale del 2001 e che ha poi trovato ulteriori avalli nella legislazione statale anche con riferimento a provvedimenti attribuiti alla competenza dell'amministrazione centrale⁵⁷.

Ora, a prima vista potrebbe destare non poche perplessità la circostanza che sia esplicitamente ammesso un potere regionale di pianificazione e/o programmazione capace in qualche misura di condizionare anche l'esercizio di competenze amministrative statali⁵⁸: ed è indubbio che, nei fatti, tale potere sia stato sovente utilizzato dalle Regioni per rafforzare il tentativo di inibire decisioni governative di localizzazione di impianti sgraditi⁵⁹.

Dal punto di vista strettamente giuridico, tuttavia, l'apparente contraddizione insita in un simile assetto normativo può essere agevolmente superata attraverso la constatazione che, rispetto al ruolo giocato dalle Regioni quando esercitino le loro attribuzioni amministrative nell'ambito di procedimenti energetici attratti in capo all'autorità governativa, non rileva tanto lo strumento provvedimentale da queste utilizzato (il piano o un provvedimento puntuale), quanto piuttosto il grado di vincolatività che la posizione espressa dalle Regioni può dispiegare sulle scelte statali: è insomma ovvio che, una volta ammesso che l'amministrazione centrale può neutralizzare in qualche modo un eventuale dissenso regionale, non importa che questo dissenso derivi dalle previsioni contenute in un precedente piano, le quali dunque giocoforza finiranno per perdere qualsiasi concreta rilevanza⁶⁰.

⁵⁵ Art. 12, d.lgs. n. 387/2003.

⁵⁶ Si pensi ai piani regionali per le fonti energetiche rinnovabili già contemplati dall'art. 5, legge n. 10/1991.

⁵⁷ Il comma 8 dell'art. 1, legge n. 239/2004, per esempio, attribuisce allo Stato numerosi poteri di programmazione e di approvazione di opere nel settore elettrico esigendo però che, in sede di loro concreto esercizio, si considerino anche i piani energetici regionali.

⁵⁸ Giova ricordare peraltro che è presente nel nostro ordinamento anche l'ipotesi opposta, cioè quella di norme statali che pongono importanti condizionamenti sui contenuti che può assumere la pianificazione regionale riguardante la localizzazione di impianti la cui approvazione è sua volta in linea di principio di competenza regionale: è il caso, molto noto e dibattuto, dei piani regionali riguardanti le fonti energetiche rinnovabili e delle linee guida di competenza della Conferenza unificata, di cui all'art. 12, d.lgs. n. 387/2003.

⁵⁹ Lo testimonia l'infinito contenzioso riguardante i limiti fissati da atti di pianificazione regionale all'installazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, in particolare di parchi eolici.

⁶⁰ Si consideri che nella giurisprudenza amministrativa si è anche sostenuto che il piano energetico regionale sarebbe per definizione irrilevante rispetto ai procedimenti energetici di competenza statale e alle intese che le Regioni territorialmente competenti dovrebbero ivi manifestare: Cons. Stato, VI, 19 febbraio 2008, n. 561.

Occorre in ogni caso ricordare che lo Stato conserva comunque un incisivo potere di intervento anche per le funzioni amministrative che, per qualsiasi ragione, fuoriescano dal suo perimetro organizzativo. Il Governo è infatti legittimato, ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost., a sostituirsi a qualsiasi autonomia territoriale (anche alle Regioni) che sia venuta meno all'obbligo di esercitare effettivamente la competenza che le è stata assegnata, in particolare quando «lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali»⁶¹.

Stando alla (condivisibile) giurisprudenza della Corte costituzionale, il potere sostitutivo – che, astrattamente parlando, può riguardare anche procedure di localizzazione degli impianti energetici – appartiene inderogabilmente al Consiglio dei Ministri: il Governo può sì, di volta in volta, decidere di delegarne l'esercizio in concreto a un suo commissario, ma non è possibile che la legge stabilisca a priori che esso appartenga, come potere proprio, a un organo diverso dal Consiglio dei Ministri⁶².

Anche il potere sostitutivo del Governo deve essere esercitato secondo modalità rispettose del canone della leale cooperazione: il che comporta, in pratica, che, fatti salvi i casi di urgenza, l'autonomia territoriale inadempiente debba essere anzitutto inviata ad abbandonare l'inerzia (che deve comunque essere connotata in termini di gravità⁶³ e che l'atto sostitutivo possa essere adottato solo qualora l'inottemperanza prosegua.

4. PER CONCLUDERE: I PROFILI DI MAGGIORE CRITICITÀ E QUALCHE SPUNTO PER UN LORO POSSIBILE SUPERAMENTO

Dall'analisi che precede emerge, ci si augura con sufficiente chiarezza, che almeno due sono i profili di maggiore criticità del riparto attuale di competenze fra Stato e autonomie territoriali in tema di procedure di localizzazione delle infrastrutture energetiche.

Il primo, di carattere generale, è che si tratta di un settore che, a causa della logica che ha ispirato la riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione, si trova al centro di un intreccio di materie soggette a regole diverse di distribuzione delle attribuzioni legislative fra centro e periferia.

Tale risvolto del problema, per quanto in sé ovviamente non secondario, in realtà però sarebbe potuto rimanere confinato entro limiti tutto sommato accettabili se non fosse stato accompagnato dall'altro fenomeno negativo, questa volta concreto, che costituisce il secondo profilo di criticità cui si è accennato.

Come si è visto, la Corte costituzionale ha elaborato nel tempo alcuni criteri (sostanziali e procedimentali) rivolti a dipanare la sovrapposizione delle attribuzioni nelle materie oggetto di rivendicazioni di competenze reciprocamente contrapposte fra Stato e autonomie territoriali (il che avviene tipicamente nei rapporti fra opere di interesse nazionale e usi possibili del territorio) e a identificare di volta in volta i modi corretti per coordinare i poteri del primo con quelli delle seconde.

Si tratta, è vero, di criteri a loro volta fondati su clausole generiche, sicché è sem-

61 Si veda ancora, in argomento, S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova*, cit., p. 209 ss. Si legga anche R. DICKMANN, *Poteri sostitutivi, avocazione in sussidiarietà e poteri di ordinanza. Una lettura di sistema*, in *federalismi.it*, n. 19 del 2012.

62 Corte cost., 12 maggio 2011, n. 165.

63 Ancora Corte cost., 12 maggio 2011, n. 165.

pre difficile prevedere in che modo essi potranno essere applicati in concreto a una singola fattispecie: ma questo è un dato ineliminabile in qualsiasi sistema politico di carattere federale o comunque caratterizzato dalla partecipazione di più livelli istituzionali all'esercizio del potere legislativo.

Il punto vero è un altro: è l'incapacità dei principali attori istituzionali del sistema italiano di individuare una soluzione univoca e, una volta operata la scelta, di perseguirla coerentemente.

Il caso dell'intesa, per l'approvazione del singolo progetto, fra lo Stato e la Regione individualmente interessata è, da questo punto di vista, davvero illuminante. Dichiarata in un primo momento imprescindibile dalla Corte costituzionale, essa è stata successivamente degradata dalla stessa Corte al rango di semplice passaggio procedimentale (ciò che realmente rileva sul piano costituzionale è l'avvio di seri negoziati fra le parti; qualora essi falliscano, però, il Governo è autorizzato a procedere unilateralmente).

Con disposizioni asseritamente assistite da urgenza, ma in verità espressione solo dell'ormai drammatica frammentazione delle maggioranze parlamentari (la loro coesione, se così si può chiamare, è possibile solo ricorrendo alla decretazione d'urgenza e alla sua successiva ratifica con voto di fiducia), il legislatore statale ha continuamente rimescolato la carte, da un lato prestando formale ossequio alle pronunce costituzionali, dall'altro però cercando in ogni modo di aggirarle (creando figure commissariali speciali chiaramente esorbitanti rispetto all'estensione del potere sostitutivo; trasformando il diritto delle Regioni a perlomeno essere chiamate a prendere parte a dei negoziati degni di questo nome in un mero diritto di tribuna dei loro Presidenti in seno al Consiglio dei Ministri; ecc.).

Il vero problema, in questa come in tante altre materie, è dunque quello della cronica instabilità dell'indirizzo politico generale e della conseguente impossibilità di pervenire, nei singoli settori, a punti fermi non destinati a essere travolti al primo agitarsi di fronda.

In uno scenario di questo genere, due alternative si prospettano al giurista, che non sia disponibile a trasfigurare la sua funzione: farsi tramortire dal senso di sconforto e di inattività; tentare di fornire il suo pur modesto contributo nell'indicare alcuni strumenti che, nel contesto dato, siano in grado di almeno attenuarne le conseguenze negative.

Qui si opta per la seconda alternativa e si formulano le brevi osservazioni che seguono.

Ragionando in termini generali, potrebbe rilevarsi di una certa utilità procedere a una revisione del testo costituzionale per giungere a una più precisa distribuzione delle competenze fra Stato e Regioni nella materia dell'energia.

Non sono mancati, come è noto, i tentativi di riscrittura del Titolo V della Costituzione, tutti non a caso imperniati su una logica di ri-centralizzazione delle attribuzioni concernenti i settori ritenuti strategici per il futuro del Paese e, fra questi, anche quello energetico.

Il tentativo più ambizioso si è arenato in sede referendaria e ne è attualmente in fase di concepimento un altro, nelle intenzioni dotato di una portata non meno generale del precedente: anche in questo caso l'attuale stato di incertezza del quadro politico nazionale non favorisce un approccio ottimistico circa le sue possibilità di effettiva approvazione.

È stata peraltro anche formulata, nel recente passato, una proposta di revisione di

iniziativa governativa, per il momento accantonata per effetto della fine della XVI legislatura e che tuttavia, per essere riferita specificamente alla materia dell'energia, merita di essere qui brevemente descritta.

La proposta⁶⁴ ipotizza anzitutto di assegnare alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia «produzione, trasporto e distribuzione dell'energia, di interesse non esclusivamente regionale» e di, correlativamente, conservare alla competenza concorrente solo quei profili della materia in questione che siano di «interesse esclusivamente regionale».

Traspare qui con evidenza il tentativo di razionalizzare e rafforzare, per il tramite di un'esplicita copertura costituzionale, la tendenza (che è già in atto, ma che ha fin qui scontato la necessità di fronteggiare la giurisprudenza costituzionale sui meccanismi ispirati al principio di leale cooperazione) di progressivamente depotenziare il potere di veto che la riforma del 2001 aveva assegnato alle Regioni: dire che, quando si tratti di programmi e impianti di interesse sovraregionale, la competenza legislativa spetta al solo Stato, significa in concreto escludere che l'attribuzione delle relative competenze amministrative all'autorità governativa debba passare attraverso le forche caudine della chiamata in sussidiarietà; significa anche, pur non potendosi naturalmente escludere la necessità di un coinvolgimento delle Regioni di volta in volta interessate (le quali mantengono il titolo a interloquire con lo Stato derivante dalla loro confermata competenza in materia di governo del territorio), permettere al legislatore statale di prevedere a favore dell'amministrazione centrale modelli di concertazione e di superamento di eventuali dissensi periferici differenti da quelli ruotanti attorno alla figura dell'intesa.

Altro merito del disegno governativo di riforma costituzionale di cui si sta parlando è altresì quello di adombrare l'eventualità che, nelle materie di competenza concorrente, si abbandonino finalmente il criterio di distribuzione delle potestà legislative fra Stato e Regioni incentrato sulla distinzione fra norme di principio e norme di dettaglio, prevedendosi che, in tali materie, il legislatore statale possa spingersi fino all'introduzione di prescrizioni, inderogabilmente vincolanti per i legislatori regionali, recanti la disciplina dei «profili funzionali all'unità giuridica ed economica della Repubblica stabilendo, se necessario, un termine non inferiore a centoventi giorni per l'adeguamento della legislazione regionale»: l'idea in sé non è nuova (sembra di essere in presenza, in sostanza, di una riedizione delle norme di riforma economico-sociale che, un tempo, rappresentavano un valico insuperabile per le leggi di talune delle Regioni a statuto speciale) e la sua traduzione in regola costituzionale comporterebbe la possibilità per il legislatore statale di imporre a quelli regionali scelte normative anche di dettaglio ove ciò sia ritenuto necessario per il raggiungimento di un obiettivo (legittimamente) perseguito dallo Stato.

La proposta governativa risulta certamente nel suo complesso quanto mai opportuna (anche se non mancano i punti oscuri: non è chiaro, per esempio, quale sarebbe il meccanismo costituzionalmente corretto per stabilire quando un determinato progetto energetico sia di interesse esclusivamente locale e quando invece di interesse sovraregionale): indubbiamente, però, la sua effettiva capacità di pervenire a una (contro)riforma (oramai improcrastinabile) della riforma del 2001 è quanto mai dubbia (ma potrebbe fungere, se non altro, da base di partenza per

64 Il disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa è stato presentato in Senato il giorno 15 ottobre 2012 e reca il numero AS 3520. Esso ingloba, modificandola e migliorandola sensibilmente, una precedente proposta di iniziativa parlamentare.

future riflessioni sul tema)⁶⁵.

Stando così le cose, non pare allora superfluo ragionare su quali strade sarebbero percorribili da parte del legislatore statale, a Costituzione invariata, per pervenire comunque al risultato di un consistente riordino del regime giuridico riguardante i procedimenti di approvazione degli impianti energetici.

Anche nel modello della competenza legislativa ripartita, infatti, non deve essere dimenticato che, secondo la Corte costituzionale, già oggi gli spazi di regolamentazione a disposizione del legislatore statale sono tutt'altro che angusti.

Stando agli orientamenti di cui si è parlato nelle pagine che precedono, in effetti, il legislatore statale attualmente sarebbe legittimato, fra le altre cose: ad avocare all'amministrazione centrale l'approvazione degli impianti energetici di rilevanza nazionale; a disciplinare in via generale e in termini omogenei, per questi medesimi impianti, il meccanismo della concertazione con le Regioni e il superamento procedimentalizzato di eventuali dissensi; a stabilire, per gli altri impianti, il tipo di procedimento da attivare al fine di ottenere il via libera amministrativa alla realizzazione degli stessi (autorizzazione, SCIA, ecc.).

Insomma, se solo lo volesse, il legislatore statale si troverebbe già adesso nelle condizioni di introdurre elementi di profonda razionalizzazione del materiale normativo esistente: razionalizzazione che, oltre a costituire un passo in avanti in sé, rappresenterebbe un miglioramento di non poco conto rispetto alla situazione attuale se fosse introdotta da uno strumento particolare, che ha già dato buona prova di sé nel recente passato.

Si allude, naturalmente, alla forma del testo unico⁶⁶, la quale presenterebbe almeno tre vantaggi.

Il primo è che la preparazione di un testo unico comporta inevitabilmente un livello di approfondimento e di attenzione assai maggiore di quello solitamente garantito dai meccanismi caotici attraverso cui si è ormai usi approvare disposizioni legislative anche di grande impatto sistematico: è lecito cioè attendersi che, almeno dal punto di vista della tecnica normativa, il solo fatto di ricorrere a un testo unico sia in grado di assicurare un risultato finale (in termini di configurazione degli istituti e di determinazione dell'estensione del loro campo di applicazione, nonché di coordinamento anche logico fra gli istituti stessi) di una certa qualità e, perlomeno, non troppo approssimativo.

Il secondo vantaggio deriva dalla circostanza che un testo unico sarebbe idoneo a catalizzare su di sé tutte le eventuali rimostranze regionali, con la conseguenza, di non poco momento, che il relativo contenzioso costituzionale sarebbe a sua volta costretto a svolgersi in un contesto unitario e temporalmente ravvicinato (sicché, in definitiva, eventuali questioni di illegittimità di singole disposizioni e degli istituti ivi previsti sarebbero destinate fatalmente a trovare un riscontro, positivo o negativo non importa, una volta per tutte e in un lasso temporale ristretto).

Il terzo vantaggio sarebbe un riflesso dei primi due: una volta esauritasi la sua formazione, anche in seguito alla definizione di ipotetici giudizi costituzionali, la sistemazione data alla materia dal testo unico, pur non essendo ovviamente in sé immodificabile, assumerebbe inevitabilmente i contorni di una disciplina dotata di una certa stabilità.

⁶⁵ Vedi Allegato.

⁶⁶ Una proposta analoga è formulata in M. LUCIANI (a cura di), *Il rapporto fra Stato e Regioni alla luce della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 160 ss.

Lo strumento di cui sta ora discorrendo non sarebbe certo la panacea di tutti i mali: l'iter di sua formulazione e di suo controllo costituzionale, tuttavia, fornirebbe agli operatori del settore un punto di riferimento unitario, e ci si augura omogeneo, al posto del magma normativo, confuso e sovente contraddittorio, di cui invece adesso disponiamo.

La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato

di Aldo Travi

ABSTRACT

The author holds that the evaluation of the legislative framework concerning water tariffs, under a legal perspective, should be carried out in compliance with the general economic principles, and points out how this criterion has often been neglected.

With specific reference to the current framework concerning water services in Italy, as shaped by the outcome of the referendum held in June 2011, the author deems that the exclusion of any “adequate remuneration” for private capital and the implementation of a system exclusively aimed at covering the costs entail the establishment of a de facto public monopoly in the sector and the obliteration of every potential space for freedom of private economic initiative. This circumstance, beside its institutional peculiarity, produces two significant contradictions. The first one is represented by the situation of the economic players that already performed water services before the referendum: it appears necessary for them to be indemnified for the economic loss deriving from the elimination of private capital’s remuneration, which they were originally granted with the entrustment of the concession. The second drawback is represented by the practical incompatibility between a regime of public monopoly in the sector of water services and the urgent need for massive financial fundings in the sector itself: according to the author, the effective impracticability of the model deriving from the referendum would assume relevance not only under a social or economic point of view, but also under a legal perspective, causing its unlawfulness.

SOMMARIO: 1. La disciplina tariffaria nel servizio idrico prima del referendum. – 2. Le tensioni evidenti in questa disciplina. – 3. Il referendum e la questione della remunerazione del capitale impiegato. – 4. L’incidenza dell’esito del referendum e i tentativi di una sua ‘emarginazione’. – 5. Le iniziative dell’Autorità per l’energia. – 6. L’introduzione di una ‘riserva’ in forma implicita. – 7. Il rapporto problematico con i principi costituzionali.

1. LA DISCIPLINA TARIFFARIA NEL SERVIZIO IDRICO PRIMA DEL REFERENDUM

Nel sistema dei servizi pubblici il tema della tariffa rappresenta un profilo centrale, perché identifica le condizioni per la gestione economica del servizio. Nello stesso tempo ogni tariffa rappresenta un punto di equilibrio fra esigenze diverse alle quali è attribuito rilievo, in un dato momento, ai fini della gestione del servizio. È il «prisma» attraverso il quale i diversi valori coinvolti assumono concretezza, superando e talvolta contraddicendo le affermazioni enfatiche che sono così frequenti

nella normativa sui servizi pubblici. La fattibilità della gestione, gli indirizzi perseguiti per lo sviluppo, i livelli di efficienza sono profili che richiedono di essere verificati concretamente innanzi tutto alla luce del sistema tariffario. In questo modo la disciplina della tariffa assume un valore anche programmatico, perché è uno strumento che, al di là del profilo inerente alla rifusione dei costi, orienta l'attività del gestore e, più in generale, l'impegno collettivo verso quel servizio. Tutto ciò vale in modo particolare per il servizio idrico, che per ragioni oggettive identifica un servizio per eccellenza.

Il servizio idrico, d'altronde, ha caratteristiche singolari, determinate dall'utilizzo di un bene comune, l'acqua, e dal soddisfacimento di esigenze essenziali delle persone non subordinabili ad altre. Si tratterebbe, insomma, di un servizio "diverso", con la conseguenza che rispetto alla sua disciplina, secondo un comune modo di pensare, le diverse componenti economiche dovrebbero ricevere un rilievo minore, mentre le ragioni sociali sarebbero preponderanti.

La tariffa nel servizio idrico finisce così col rappresentare un profilo di particolare interesse, per vari profili di ordine giuridico, che attengono alla disciplina dei servizi, alla destinazione delle risorse, ai livelli di qualità ambientale¹, al principio di solidarietà. Anche per la convergenza di tutte queste ragioni, spesso difficilmente conciliabili, il tema della tariffa nel servizio idrico finisce col rappresentare un ambito importante per verificare alcuni caratteri del diritto dell'economia e, soprattutto, per confrontarsi con uno dei problemi nodali di questa disciplina, che è rappresentato dalla rilevanza giuridica delle regole economiche.

Le vicende che hanno contraddistinto nell'ultimo quindicennio la disciplina del servizio idrico vengono lette frequentemente proprio in una logica di contrapposizione fra ragione politica e ragione economica: questa logica è emersa pienamente in occasione dei referendum del 12-13 giugno 2011. Con riferimento specifico alla tariffa, il referendum comportò l'abrogazione della previsione dell'art. 154, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, che imponeva che la tariffa del servizio idrico garantisse anche una remunerazione adeguata del capitale investito². Con riferimento più generale ai modelli di gestione, secondo una lettura comune, il successo della proposta referendaria rispetto all'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, avrebbe determinato una cesura netta fra il servizio idrico e gli altri servizi a rete, e questa lettura ha trovato argomento anche negli interventi legislativi successivi³. Essi, come è noto, nel riproporre modelli fondati sulla precedenza dell'affidamento esterno rispetto alle gestioni "in house", avevano espressamente escluso dall'applicazione il servizio idrico.

In realtà, ben prima del referendum del giugno 2011 la disciplina delle tariffe per il servizio idrico aveva evidenziato alcune smagliature di sistema.

¹ Per la rilevanza ai fini della qualità ambientale, cfr. Corte cost., 24 luglio 2009, n. 249, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, I, p. 1070, con nota di De Leonadis, e Corte cost., 4 febbraio 2009, n. 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1106, e in *Giur. cost.*, 2010, p. 385, con nota di Moscarini.

² L'art. 154, comma 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, disponeva: «La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo».

³ Cfr. in particolare art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in legge 14 settembre 2011, n. 148, e succ. modif.

L'attuazione della legge Galli⁴ aveva incontrato difficoltà consistenti, emerse particolarmente in alcune Regioni, come la stessa Lombardia, dove la costituzione degli "ambiti territoriali ottimali" aveva subito ostacoli d'ogni genere ed era stata oggetto di incertezze e di ripensamenti, determinati in ultima analisi dall'esigenza di non turbare alcuni equilibri consolidati e dall'opposizione di numerosi enti locali all'obbligo di cedere le loro reti⁵. In parte del territorio nazionale restava pertanto in vigore la disciplina tariffaria precedente; anche il d.m. 1 agosto 1996, che aveva introdotto il c.d. metodo tariffario normalizzato in attuazione della legge Galli, faceva espressamente salve le condizioni precedenti, per le gestioni già esistenti. Questa disciplina precedente contemplava una formula rudimentale di "price cap", con aggiornamenti con periodicità annuale, ma a partire dall'anno 2002 l'aggiornamento tariffario non fu più posto all'ordine del giorno del CIPE⁶, con l'argomento che si sarebbe concluso il periodo transitorio di applicazione della legge Galli. Solo dopo l'intervento del giudice amministrativo, che giunse ad imporre la convocazione del CIPE⁷, fu deliberato un aggiornamento, molto contenuto e ciò nonostante gravido di conseguenze in una fase in cui erano particolarmente intense le operazioni di aggregazione societaria nel settore. L'impossibilità per alcuni concessionari di far fronte ai costi della gestione del servizio fu all'origine di un progressivo indebolimento di molte gestioni private a favore di quelle pubbliche, in un quadro in cui l'introduzione del sistema normalizzato previsto dalla legge Galli sembrava tutt'altro che certo⁸.

In questo ambito emergevano pertanto indirizzi diversi. Da un lato non era ancora del tutto superata la difficoltà di attuare la riallocazione della titolarità effettiva del servizio, dal livello comunale al livello sovracomunale omogeneo, ed emergeva una dialettica tutta interna alle amministrazioni pubbliche. Rispetto a questa dialettica il profilo tariffario, che teoricamente avrebbe dovuto rappresentare un incentivo per accelerare l'attuazione della legge Galli⁹, rimaneva assolutamente sullo sfondo. Centrale invece era il dato patrimoniale, rappresentato dalla circostanza che il trasferimento delle reti avrebbe dovuto avvenire a titolo gratuito (fatte salve alcune previsioni complementari, come l'accollo delle rate di mutuo eventualmente ancora in corso per gli investimenti): ciò penalizzava i Comuni più diligenti, che disponevano di reti più efficienti. Inoltre era diffusa l'opinione che la riforma avrebbe comportato (ed in effetti non poteva che essere così) un incremento dei costi

4 Si tratta della legge 5 gennaio 1994, n. 36, sulla quale cfr. *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, a cura di Pototschnig e Ferrari, Cedam, Padova, 2000. La disciplina introdotta dalla legge n. 36/1994 fu confermata, per i profili che qui interessano maggiormente, nel c.d. codice dell'ambiente, approvato con d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Con riferimento particolarmente alla disciplina prevista nel codice dell'ambiente, cfr. ATELLI, *Il ruolo della tariffa nella disciplina del servizio idrico integrato*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2010, n. 1, p. 221 ss.

5 Alla fine dell'anno 2009, secondo quanto riportato dall'Autorità per l'energia nel suo documento di consultazione n. 204/2012/R/IDR, su 92 ambiti ottimali previsti dalla legge Galli ne risultavano costituiti 91, ma soltanto 69 erano pienamente operativi e avevano proceduto all'affidamento del servizio idrico.

6 La competenza era stata trasferita al CIPE in seguito alla soppressione del CIP, disposta dalla legge 24 dicembre 1993, n. 537.

7 Tar Lazio, sez. I, 5 novembre 2008, n. 9673.

8 Secondo Tar Lazio, sez. I, 14 febbraio 2012 n. 1437, la competenza del CIPE (esercitata per l'ultima volta per il 2009) a determinare la tariffa per i regimi c.d. "transitori" sarebbe cessata in seguito al riassetto della materia determinato dal referendum del giugno 2011 e dalla legislazione successiva (d.l. n. 70/2011, d.l. n. 138/2011, d.l. n. 201/2011). Anche per le gestioni che adottano transitoriamente forme diverse dal servizio idrico integrato la disciplina tariffaria sarebbe oggi di competenza dell'Autorità per l'energia (questa conclusione risulta recepita dall'Autorità per l'energia nel documento di consultazione n. 204/2012/R/IDR pubblicato il 22 maggio 2012 e nella successiva deliberazione 28 dicembre 2012 347/2012/R/IDR).

9 Non sembra, però, che questa fosse la ragione delle inadempienze del CIPE.

per le utenze domestiche e avrebbe contribuito pertanto ad aggravare gli squilibri dei bilanci familiari.

In questo quadro, nelle zone in cui la riforma non era ancora attuata, gli investimenti nel settore si stavano fortemente ridimensionando, proprio per la previsione che i Comuni che li avessero avviati non avrebbero neppure recuperato i costi sostenuti.

L'applicazione della legge Galli, nel resto del territorio nazionale, incontrò a sua volta molte difficoltà. Fra tutte merita di essere ricordata la decurtazione della tariffa imposta da Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 335, con riferimento alla voce tariffaria inerente al servizio di depurazione, che le amministrazioni competenti destinavano agli investimenti per gli impianti e che la Corte costituzionale dichiarò non dovuta, nei casi in cui gli impianti depurazione fossero ancora mancanti o inattivi¹⁰.

La sentenza della Corte costituzionale del 2008 meriterebbe di essere analizzata a fondo, per le sue implicazioni sulla concezione del servizio idrico. In questa sede è sufficiente porre all'attenzione l'argomentazione di fondo della Corte, secondo cui la tariffa, in tutte le sue componenti, si sarebbe configurata come corrispettivo di una prestazione commerciale complessa. Essa avrebbe avuto titolo non in un provvedimento amministrativo, ma in un contratto d'utenza; di conseguenza sarebbe risultata illogica e ingiustificata l'imposizione all'utente di corrispondere importi per un servizio non erogato. Questo ragionamento era sviluppato dalla Corte fino ad escludere che l'accantonamento dei proventi in un fondo vincolato per gli investimenti fosse sufficiente ad evitare l'illegittimità costituzionale e fino a negare che la tariffa potesse essere considerata in termini complessivi, così che anche singole componenti potessero sfuggire alla logica del sinallagma. Tutto ciò comportava, a ben vedere, l'adesione a una concezione commerciale del servizio idrico e della sua tariffa.

La sentenza della Corte costituzionale innescò, come era naturale, richieste di rimborso che alcuni ambiti territoriali ottimali cercarono di tamponare come potevano, in genere incrementando la quota fissa della tariffa. Nei contenziosi che ne seguirono questo espediente risultò soccombente¹¹.

2. LE TENSIONI EVIDENTI IN QUESTA DISCIPLINA

Il sistema tariffario del servizio idrico era dunque caratterizzato, ben prima del referendum del giugno 2011, da alcune criticità evidenti. La riflessione su questa situazione consente di rilevare come le criticità non fossero contingenti, ma corrispondessero all'emersione di contraddizioni strutturali.

La vicenda delle inadempienze del CIPE rispetto alle tariffe non normalizzate, al di là delle giustificazioni ufficiali, rispecchiava anche ragioni di politica tariffaria e la convinzione dei Governi succedutisi in quegli anni che il servizio idrico dovesse essere reso 'a tariffe sociali', per non incidere sui bilanci delle famiglie: in questo modo qualsiasi prospettiva imprenditoriale risultava solo secondaria. Anche

10 Cfr. Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 335, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3731. La Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, legge 5 gennaio 1994, n. 36, come modif. dall'art. 28 della legge 31 luglio 2002, n. 179, nonché dell'art. 155, comma 1, primo periodo, d.leg. 3 aprile 2006 n. 152, concernenti la quota della tariffa destinata al servizio di depurazione.

11 In particolare, alcune amministrazioni modificarono la tariffa in via 'retroattiva', così da re-cuperare le quote perdute per effetto della sentenza della Corte costituzionale. Questa soluzione fu respinta da Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3920 (che conferma sul punto Tar Toscana, sez. II, 25 agosto 2010, n. 4892), anche alla luce del divieto di retroattività dei provvedimenti in materia di prestazioni imposte.

la prospettiva di un utilizzo della leva tariffaria come strumento per rendere più responsabili gli utenti rispetto ai consumi e per porre limite agli sprechi risultava sostanzialmente trascurata. La sentenza della Corte costituzionale del 2008 proponeva invece apparentemente una logica infra-ordinamentale, basata sull'analisi della tariffa e delle sue componenti e tesa ad affermare rispetto ad essa un modello tipicamente sinallagmatico.

Le due posizioni, espresse a livelli diversi e con caratteri e valore molto differenti, testimoniavano però una convergenza d'attenzione per l'utente del servizio, che non doveva essere gravato da oneri crescenti e che nello stesso tempo avrebbe dovuto godere di tutte le garanzie economiche previste per un rapporto commerciale. La preoccupazione di assicurare un costo marginale del servizio idrico per l'utente è prevalente. Invece l'attenzione per l'equilibrio delle gestioni appare minore¹².

3. IL REFERENDUM E LA QUESTIONE DELLA REMUNERAZIONE DEL CAPITALE IMPIEGATO

Le vicende più recenti hanno invece come motivo comune l'incidenza del referendum del 2011 sulla remunerazione del capitale investito.

Il referendum fu dichiarato ammissibile dalla Corte¹³ sulla base di un'analisi che si concentrò su considerazioni di ordine principalmente formale, riferite alla formulazione del quesito. Il passaggio, nella parte conclusiva della sentenza, dedicato alla coerenza del testo normativo residuo¹⁴ dimostra indubbiamente che la Corte non aveva percepito la portata dirompente del referendum¹⁵. Dalla sentenza emerge comunque la convinzione che si potesse distinguere fra i costi dell'investimento, di cui doveva essere assicurata la piena copertura, e il capitale investito, che il referendum voleva lasciare senza margini adeguati di remunerazione. La Corte afferma, inoltre, che «il quesito risulta idoneo al fine perseguito, perché coessenziale alla nozione di “rilevanza” economica del servizio è la copertura dei costi (sentenza n. 325/2010), non già la remunerazione del capitale» (§ 5.2). E, ancora, «il carattere remunerativo della tariffa non può essere definito elemento caratterizzante la nozione di “rilevanza” economica del servizio idrico integrato» (§ 5.1).

In definitiva la pronuncia della Corte sembra postulare la distinzione fra due modelli: quello “economico” e quello “imprenditoriale”. Il primo modello ha di mira anch'esso l'efficienza del servizio, ma tende a realizzarlo in un contesto di copertura dei meri costi gestionali e d'investimento. Invece il secondo modello si ambienta in un contesto concorrenziale, che non può ignorare l'apporto di un capitale e pertanto la necessità della sua remunerazione. Nella prospettiva accolta dalla Corte costituzionale, questa distinzione è possibile ed è assoluta, anche se nella sentenza la sua conseguenza diretta, che è fondamentale, è rimasta quasi solo

¹² La sfiducia delle istituzioni finanziarie per gli investimenti nel settore idrico trova quindi le sue origini in condizioni ben precedenti alla vicenda del referendum del giugno 2011.

¹³ Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 26. La sentenza si legge in *Giur. cost.*, 2011, I, p. 293, con nota di Lucarelli; in *Foro it.*, 2011, I, c. 670, con nota di Romboli; in *Giur. it.*, 2012, p. 279, con nota di Scarlatti.

¹⁴ Cfr. § 5.4: «la normativa residua, immediatamente applicabile (sentenza n. 32 del 1993), data proprio dall'art. 154 d.lgs. n. 152 del 2006, non presenta elementi di contraddittorietà, persistendo la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare “la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio “chi inquina paga”».

¹⁵ Cfr. MASSAUTTO, *I conti senza l'oste. Chi pagherà l'acqua dopo il referendum di giugno 2011*, in *Economia dei servizi*, Bologna, 2011, p. 232 ss.

sullo sfondo¹⁶: mi riferisco alla circostanza che una gestione che ignori la remunerazione del capitale può essere soltanto pubblica e che una gestione solo pubblica deve disporre di risorse importanti provenienti dal sistema fiscale, perché il servizio idrico richiede investimenti molto consistenti¹⁷. Questa conseguenza, fra l'altro, rappresenta un corollario di altre precedenti affermazioni della stessa Corte: si pensi, in particolare, alla giurisprudenza costituzionale che, nell'esaminare i possibili livelli di "compressione" dell'iniziativa economica privata aveva concluso che doveva comunque essere salvaguardata «la necessità di lasciare all'operatore un ragionevole margine di utile», eccedente per definizione rispetto alla semplice copertura dei costi¹⁸. L'iniziativa economica privata non è garantita se è ammessa soltanto la copertura dei costi: è possibile soltanto se c'è una remunerazione del capitale.

Come si avrà modo di segnalare, la concreta praticabilità della distinzione postulata dalla Corte sembra fortemente posta in dubbio nell'evoluzione successiva, tutta incentrata, anche nell'attuazione datane dall'Autorità per l'energia, verso il recupero di uno spazio per un modello imprenditoriale. Tuttavia nella pronuncia della Corte costituzionale che ha ammesso il referendum sulla tariffa idrica non pare emergere una contraddizione di ordine giuridico: nessun principio costituzionale impone che il servizio idrico debba essere gestito in forma imprenditoriale, attraverso operatori pubblici o privati in grado di finanziarsi sul mercato. La stessa evoluzione tormentata dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, condizionata dal confronto col diritto comunitario, testimonia la possibilità di distinguere fra una imprenditorialità che ha come elemento naturale la remunerazione del capitale ed una economicità che corrisponde ad un ambito più ampio¹⁹. La «rilevanza economica» del servizio non rinuncia a una gestione equilibrata ed efficiente, ma ricomprende anche situazioni in cui l'impiego del capitale non assume una rilevanza specifica. È singolare come questa distinzione, nelle vicende del d.lgs. n. 267/2000, avesse avuto contribuito ad estendere la concorrenza nell'ambito dei servizi pubblici, mentre nel caso del servizio idrico la sua applicazione alla tariffa finisce col legittimare una riduzione della sfera di attività aperta al mercato.

4. L'INCIDENZA DELL'ESITO DEL REFERENDUM E I TENTATIVI DI UNA SUA 'EMARGINAZIONE'

Se non si aderisce a questa conclusione, la distinzione accolta dalla Corte costituzionale si risolve soltanto in una contraddizione clamorosa, che non può essere superata, nonostante i vari tentativi dell'Autorità per l'energia di sostenere la compatibilità fra la rifusione dei costi e la remunerazione del capitale²⁰. Il valore pre-

¹⁶ Era ben presente, però, nelle posizioni espresse dai promotori del referendum.

¹⁷ Basti pensare al tema delle reti, che rappresenta un profilo critico nella gestione della risorsa idrica nel nostro Paese e che risente della mancanza di investimenti.

¹⁸ Cfr. Corte cost., 10 luglio 1975, n. 200: per l'importanza di questa pronuncia, per il suo svolgimento nella giurisprudenza costituzionale successiva e per alcune critiche della dottrina all'eccessivo margine di apprezzamento che la Corte in definitiva avrebbe avvocato a sé stessa, si veda MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1982.

¹⁹ Come è noto, l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, dopo le modifiche introdotte dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, faceva riferimento alla "rilevanza industriale" del servizio pubblico locale, alludendo indirettamente alla sua natura imprenditoriale. Invece, a partire dall'art. 14 della legge 24 novembre 2003, n. 326, la disciplina è estesa ai servizi pubblici locali di "rilevanza economica". Sul tema, con riferimento specifico al servizio idrico, cfr. SPUNTARELLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al vaglio della Corte e il caso del servizio idrico integrato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1770, in nota a Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325.

²⁰ L'Autorità per l'energia, nel suo documento di consultazione n. 204/2012/R/IDR, che sarà richiamato *infra* nel

gnante successivamente riconosciuto all'esito referendario da parte della stessa Corte costituzionale²¹ renderebbe ancora più evidenti i termini della contraddizione.

Che fra i costi del servizio idrico potessero essere inclusi anche i costi finanziari e che fra i costi finanziari potesse essere considerato anche il rendimento del capitale appare coerente con ogni considerazione economica e trovava riscontro anche in interventi specifici, fra l'altro non analizzati dalla Corte costituzionale nella sua sentenza sull'ammissibilità del referendum. Per esempio la Comunicazione della Commissione europea COM(2000)477, con riferimento all'art.9 della direttiva 2000/60/CE, richiamava l'esigenza che la tariffa del servizio idrico coprisse anche «i costi del capitale (quota capitale e quota interessi, nonché l'eventuale rendimento del capitale netto)». In realtà anche queste affermazioni vanno ambientate in un contesto specifico, che era quello di una gestione del servizio aperta al mercato. La Commissione, però, non ha inteso imporre una gestione essenzialmente privata del servizio idrico, perché il diritto comunitario non prevede che il servizio idrico venga gestito necessariamente in un regime di concorrenza²². Di conseguenza anche nell'ordinamento nazionale, l'aspirazione a una gestione imprenditoriale, in regime di concorrenza, non può invocare, come argomento prioritario, una scelta del diritto comunitario²³.

Il discorso sul piano giuridico potrebbe concludersi qui, ma in effetti non pare possa essere così. Anzi, a ben vedere, la riflessione giuridica trova proprio a questo punto una ragione fondamentale.

Infatti, dopo il referendum, sono emersi subito almeno due profili dissonanti con il successo della proposta abrogativa.

Il primo è rappresentato dalla circostanza che nella gestione del servizio idrico erano presenti operatori privati: ipotizzare che soggetti pubblici subentrassero in queste gestioni è risultato subito irrealistico. Il secondo è rappresentato dalle condizioni di crisi generale della finanza pubblica, che non consentono un recupero delle gestioni pubbliche, ma che in molti casi non consentono neppure gli investimenti necessari per conservare l'efficienza nel servizio idrico. L'Autorità per l'energia, in un suo documento di consultazione²⁴, ha ipotizzato la necessità di un fabbisogno di oltre 25 miliardi di Euro nel prossimo quinquennio²⁵. Ritenere che in

testo, dal riferimento nella sentenza della Corte costituzionale alla «copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio» deduce che l'esito del referendum non avrebbe posto in discussione la copertura dei costi finanziari.

21 Cfr. Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2877, con nota di PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, e di CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*. Sulla specifica tematica degli effetti del referendum abrogativo rispetto alla legislazione successiva, cfr. anche CARNEVALE, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2013, p. 405 ss.

22 Il diritto comunitario prevede, invece, alcune regole che devono essere rispettate, per il caso che il servizio sia gestito in regime di concorrenza.

23 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ancora sulla concorrenza per il mercato e gli equivoci della giurisprudenza costituzionale*, in *www.astrid-online.it* (27 aprile 2012).

24 Autorità per l'energia elettrica e il gas, Documento per la consultazione 25 luglio 2013, n. 339/2013/R/IDR. L'importo indicato nel testo è rappresentato dalla sommatoria di nuovi investimenti per ca. 19,5 miliardi di Euro e da investimenti programmati ma non attuati negli anni scorsi per oltre 6 miliardi di Euro.

25 Fra l'altro il settore è gravato anche da cospicue insolvenze pregresse. L'associazione di categoria Federutility, in un'analisi presentata a Roma il 25 settembre 2013, ha rilevato che sulle imprese di gestione gravano insoluti per oltre otto miliardi di Euro riconducibili in misura rilevante al settore pubblico, e di tale importo oltre un miliardo di Euro è classificato come insoluto 'storico' (ossia, maturato da oltre 24 mesi). Cfr. TROVATI, *Il peso delle bollette non pagate*, in *Il Sole 24 Ore* del 25 ottobre 2013, p. 17.

periodi come l'attuale la finanza pubblica sia in grado di disporre di importi del genere è del tutto irrealistico. Di conseguenza, all'affermazione di una gestione economica ma non imprenditoriale, corrisponde l'impossibilità di attuarla, e ciò anche sul piano giuridico non è irrilevante a maggior ragione quando si abbia a che fare con un servizio essenziale. Il quadro delle soluzioni giuridicamente legittime non può che comprendere soluzioni che siano tutte concretamente attuabili. Anche in questo caso non è possibile lasciare spazio a una riflessione che si confronti soltanto con la dimensione puramente formale dei problemi: una dimensione del genere è inadeguata, perché i suoi presupposti formali non sono coerenti con la realtà e perciò non possono neppure confrontarsi con essa.

Le vicende più recenti testimoniano la difficoltà di ricercare una soluzione che risulti nello stesso tempo coerente con l'esito del referendum e concretamente attuabile alla luce della situazione effettiva. Nei confusi interventi legislativi immediatamente successivi al referendum (che fra l'altro comportavano in un primo tempo l'istituzione di un'apposita Agenzia, l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua²⁶, e pochi mesi dopo la sua soppressione e la devoluzione delle sue competenze all'Autorità per l'energia elettrica e il gas²⁷, in un contesto caratterizzato anche da un progetto di riorganizzazione territoriale del servizio²⁸ emergeva l'affermazione che il «modello tariffario» dovesse darsi carico «in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi ed il principio «chi inquina paga»²⁹. In questo modo si cercava di avvalorare la convinzione che «il recupero dei costi finanziari» non fosse precluso dall'esito del referendum; per sostenere ciò, però, si sarebbe dovuto dimostrare che tale recupero fosse altra cosa rispetto alla «adeguata remunerazione del capitale».

5. LE INIZIATIVE DELL'AUTORITÀ PER L'ENERGIA

La «marginalità» dell'esito del referendum fu sostenuta con vigore anche dall'Autorità per l'energia nel suo documento di consultazione n. 204/2012/R/IDR pubblicato il 22 maggio 2012. L'Autorità nel suo documento non ha cercato di ricostruire il significato e gli effetti del referendum: ha sottolineato piuttosto come il principio della remunerazione dei costi finanziari fosse già acquisito pacificamente nel diritto comunitario, con effetti vincolanti anche per l'ordinamento italiano, e nella normativa nazionale sui servizi pubblici locali (art. 117 del d.lgs. n. 267/2000). In particolare, le valutazioni critiche nei confronti del metodo tariffario normalizzato previsto dal d.m. 1 agosto 1996, se da una parte mettevano in luce le numerose inadeguatezze consistenti (come l'individuazione dei costi con metodo contabile non supportato da regole di unbundling, o la definizione dei costi operativi in termini non parametrati sulle situazioni locali), dall'altra parte non ponevano in discussione la remunerazione del capitale. L'Autorità si limitava soltanto a rilevare che la previsione di un tasso fisso di remunerazione (il d.m. 1 agosto 1996 preve-

26 Cfr. art. 10 d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. in legge 12 luglio 2011, n. 106.

27 Art. 21 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in legge 22 dicembre 2011, n. 214.

28 La soppressione degli ATO era stata prevista dall'art. 2, comma 186-bis della legge finanziaria per il 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191), introdotto dal d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, conv. con modif. dalla legge 26 marzo 2010, n. 42; l'efficacia di queste previsioni è stata però più volte rinviata, fino al 31 dicembre 2012.

29 Cfr. ancora art. 154, comma 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, e Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 26 cit.

deva fosse pari al 7% prima delle tasse) non avrebbe rispecchiato «gli andamenti del mercato finanziario». In concreto, nel documento di consultazione, l'effetto del referendum sembrava esaurirsi nella incompatibilità con la previsione del tasso fisso (§ 7.28), come se in gioco fosse sostanzialmente la misura della remunerazione, e non la remunerazione stessa.

Si tenga presente che nei suoi documenti l'Autorità prospettava anche una incidenza diretta dei suoi atti tariffari sulle gestioni in corso, senza dare rilievo all'affidamento maturato sulla base delle convenzioni in essere. In altre parole, è emersa negli atti dell'Autorità la ricerca di una soluzione "mediana", che non è del tutto indifferente alle ragioni del referendum, ma che a ben vedere finisce col risultare incoerente con entrambe le posizioni rappresentate. Questa posizione dell'Autorità si è attuata anche nella deliberazione 28 dicembre 2012, con la quale veniva approvato il c.d. metodo tariffario transitorio.

Da parte sua il Consiglio di Stato, in un suo parere del gennaio 2013, è parso consapevole della discontinuità determinata dall'esito del referendum, ma ha finito a sua volta col minimizzarla. Infatti l'ha tradotta ad una mera dimensione quantitativa e comunque ha riproposto la vecchia tesi, cara anche alla Corte costituzionale, secondo cui l'ordinamento comunitario avrebbe colmato ogni lacuna e avrebbe imposto la copertura dei costi nel senso già sopra descritto³⁰.

Questa soluzione è stata coltivata dall'Autorità nei suoi successivi atti tariffari: il criterio del riconoscimento dei "costi standard" accolto dall'Autorità è stato attuato dando rilievo, per la tariffa, a un costo per l'acquisizione delle risorse finanziarie che è stato distinto, sul piano formale e sul piano quantitativo, dalla remunerazione del capitale³¹. La remunerazione del capitale è stata esclusa, perché è incompatibile con l'esito del referendum, ma è stato riconosciuto una componente tariffaria per il recupero del costo di finanziamento degli interventi. La distinzione, negli atti dell'Autorità, assume un rilievo concreto anche per gli operatori. Infatti il costo riconosciuto nella tariffa idrica è inferiore rispetto ai tassi per la remunerazione del capitale considerati dalla stessa Autorità nei suoi provvedimenti tariffari in altri settori (come nei settori dell'energia elettrica e del gas). Inoltre la distinzione trova evidenza nella circostanza che è stata disposta la restituzione agli utenti finali della componente tariffaria relativa alla remunerazione del capitale che per un certo periodo aveva continuato ad essere riscossa, e la restituzione ha avuto come titolo proprio l'esito del referendum (deliberazione 25 giugno 2013, n. 273/2013/R/IDR). Da parte sua il Tar Lombardia, respingendo il ricorso contro i nuovi atti tariffari, proposto dalle associazioni che avevano promosso il referendum del 2011³² e il ricorso proposto da altra associazione che si richiamava all'esito del referendum³³, ha dimostrato di condividere la posizione dell'Autorità.

Resta da capire, però, se la distinzione che è alla base di questi provvedimenti

30 Cons. Stato, sez. II, parere 25 gennaio 2013 n. 267: «il d.m. 1° agosto 1996, limitatamente alla parte in cui considera il criterio dell'adeguatezza della remunerazione dell'investimento, ha avuto applicazione nel periodo compreso tra il 21 luglio e il 31 dicembre 2011 in contrasto con gli effetti del referendum del 12 e 13 giugno del 2011. Di tanto l'Autorità – fermo il rispetto del complessivo ed articolato quadro normativo che, sul piano nazionale ed europeo, regola i criteri di calcolo della tariffa, in specie imponendo che si assicuri la copertura dei costi – terrà conto, nell'esercizio dei poteri riconosciuti alla stessa e nello svolgimento dei conseguenti ed autonomi apprezzamenti tecnici, in sede di adozione dei nuovi provvedimenti tariffari».

31 Cfr. le deliberazioni 28 dicembre 2012, n. 585/2012/R/IDR, 28 febbraio 2013, n. 88/2013/R/IDR e 21 febbraio 2013, n. 73/2013/R/IDR dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed il sistema idrico.

32 Tar Lombardia, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779.

33 Tar Lombardia, sez. II, 26 marzo 2014, n. 780.

ti tariffari sia pienamente condivisibile, o se invece essa non rappresenti invece una soluzione compromissoria, giustificata solo sul piano pratico, per ragioni di contenimento dei costi finanziari nella tariffa. Prescindendo qui da considerazioni più generali che saranno formulate più avanti, il dubbio nasce per il fatto che, al di là di ogni elemento quantitativo, la contrapposizione fra i costi affrontati per acquisire le risorse finanziarie e la remunerazione del capitale appare debole, sul piano dei principi e della teoria economica: infatti sembra trattarsi piuttosto di voci omogenee, che descrivono una distinzione (quella fra il ricorso al credito di terzi e l'utilizzo del capitale di rischio già a disposizione dell'operatore) che non è sostanziale. La distinzione fra le due voci finisce semmai col rispecchiare elementi contingenti, che certamente non attengono alla meritevolezza dell'operatore, ma che addirittura possono produrre un effetto discriminatorio, deprimendo gli investimenti con capitale proprio ed enfatizzando il ricorso a finanziamenti esterni. Si tratta, fra l'altro, di una soluzione che almeno nel lungo periodo potrebbe comportare oneri più consistenti per il sistema complessivo del servizio idrico, perché per un'impresa il costo del capitale proprio è in genere inferiore rispetto al costo di un finanziamento esterno.

6. L'INTRODUZIONE DI UNA 'RISERVA' IN FORMA IMPLICITA

Il contenzioso in atto avanti al giudice amministrativo rispetto ai primi provvedimenti tariffari dell'Autorità ha riproposto le tensioni suscitate dall'esito del referendum e le incertezze che esso ha concretamente determinato. Il giudice amministrativo è stato chiamato a prendere posizione fra due letture opposte, che propongono entrambe argomenti seri, ma che in qualche modo sono entrambe vulnerabili: la lettura ispirata a ragioni di coerenza col referendum, che difficilmente riesce a conciliarsi con la situazione generale delle gestioni idriche, caratterizzata dalla insufficienza delle risorse pubbliche, e la lettura che accoglie un modello imprenditoriale, che però è in contraddizione con l'esito del referendum. Il Tar Lombardia, nei suoi primi interventi in materia, ha dimostrato di condividere la soluzione "media", già propugnata dall'Autorità per l'energia; tuttavia è facile profezia che il dibattito, in questo ambito, sia destinato a proseguire ancora a lungo.

A me pare, però, che dal punto di vista giuridico emerga un elemento di rilievo.

Ho già accennato alla circostanza che dalla sentenza della Corte del 2011 sull'ammissibilità del referendum sulla tariffa idrica si delinea un nuovo modello di "riserva" a favore della gestione pubblica. Questo profilo merita però di essere precisato. La riserva non attiene semplicemente all'esclusione di una libertà di accesso alla effettuazione del servizio: da questo punto di vista, nel settore del servizio idrico, la riserva era già codificata ed era espressa anche dalla disciplina sulle modalità di affidamento della gestione. A ben vedere, in seguito al referendum, la riserva riguarda oggi anche la gestione del servizio.

Certamente si tratta di una riserva non usuale. Non è fondata su disposizioni legislative che escludano il privato dalla titolarità o dalla gestione di un'attività economica, come era nei modelli studiati in passato e ricavati dall'art. 41 e soprattutto dall'art. 43 Cost.³⁴. Si delinea invece una riserva non formalmente sancita, perché

³⁴ Basti pensare, per tutti, all'analisi di POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi: elementi e disciplina*, Cedam, Padova, 1962. Per la dottrina successiva, nella stessa prospettiva, cfr. GALGANO, *Commento all'art. 43*, in *Comment. Cost. Branca, Rapporti economici*, t. II, Bologna-Roma 1982, p. 193 ss.; DI GASPARE, *Monopolio e riserva*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1996.

la gestione del privato non è esclusa in modo espresso dal referendum. Semplicemente, viene considerata e superata proprio quella condizione economica che era essenziale per la gestione da parte di un imprenditore privato³⁵. Il privato che gestisca il servizio non può pretendere una componente tariffaria (la remunerazione del capitale) che è fondamentale per l'utilità imprenditoriale della sua gestione; eppure la remunerazione del capitale identifica concretamente, come si è già segnalato, lo spazio vitale dell'iniziativa economica privata. Se un imprenditore assume la gestione, rinuncia preventivamente a questa componente e non può neppure invocare lo *status* di "privato" per rivendicarla. Questo risultato non si può risolvere semplicemente in una questione della misura della "redditività" della gestione³⁶: il problema ha una dimensione più ampia.

In questo senso, appunto, mi sembra ragionevole accostare la situazione che si delinea nel servizio idrico dopo il referendum a quella della "riserva" pubblica (della gestione) di una attività economica: la specifica ragione economica del privato è resa infatti istituzionalmente irrilevante. Questa soluzione non comporta un elemento di incompletezza dell'ordinamento positivo, come se, per effetto del referendum, si fosse determinata una lacuna in materia tariffaria. Rappresenta invece una componente essenziale per l'assetto normativo e istituzionale che la proposta referendaria intendeva imporre per quel servizio.

L'esito del referendum, in conclusione, è assimilabile alla introduzione indiretta di una "riserva di gestione". La riserva viene realizzata non istituendo formalmente un'esclusiva pubblica, ma espungendo dalla tariffa una componente che è essenziale per assicurare una gestione imprenditoriale.

7. IL RAPPORTO PROBLEMatico CON I PRINCIPI COSTITUZIONALI

A sostegno della conclusione appena raggiunta si può osservare che l'introduzione di una riserva si può attuare con varie modalità: l'art. 43 Cost. non impone una formula tipica, ma richiede (fatto salvo quanto si illustrerà di seguito) una fonte primaria³⁷; pertanto in linea di principio non è incompatibile con una nuova regolazione tariffaria del genere di quella prospettata dai promotori del referendum. Dobbiamo interrogarci, però, se l'elasticità delle disposizioni normative in materia tariffaria possa essere indiscriminata, anche nella scelta fra modello "economico" e modello "imprenditoriale", o se debba confrontarsi anche con la situazione reale delle strutture economiche e gestionali.

Nulla vieta allo Stato di istituire una riserva attraverso la costituzione di esclusive che operino in via originaria, oppure mediante espropriazione di imprese private. L'art. 43 Cost. lo ammette espressamente, proprio con riferimento ai servizi pubblici essenziali, con una formulazione che però in un passato non recente, quando sembrava più vicina un'attuazione pratica, aveva suscitato più di un dubbio. Mi riferisco in particolare all'alternativa fra "riserva originaria" e "trasferimento" e alla tesi secondo cui anche nel caso di "riserva" sarebbe sempre dovuto l'indenniz-

³⁵ Nel senso che la remunerazione del capitale rappresenti una componente fondamentale della tariffa, nel contesto della gestione del servizio pubblico da parte di imprenditori privati, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 84 ss. (ivi anche riferimenti anche alla giurisprudenza amministrativa: in particolare v. Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105).

³⁶ Da questo punto di vista il tentativo dell'Autorità di operare "calmierando" i costi finanziari, per quanto ispirato a una apprezzabile criterio equitativo, non risulta convincente.

³⁷ Ad essa, però, in base ai principi costituzionali (art. 75 Cost.) deve essere assimilato anche l'esito del referendum abrogativo.

zo³⁸, o all'altra tesi secondo cui per lo meno l'indennizzo sarebbe sempre necessario nel caso di riserva che incida su attività imprenditoriali già in corso da parte di privati³⁹. Alla stregua di esse, a differenza di quanto vale per la "riserva" allo Stato di diritti proprietari (cfr. art. 42, comma 1, Cost.), quando si attui una riserva di attività economiche è necessario riconoscere un indennizzo per le imprese private che ne subiscano gli effetti. Questa lettura, prospettata originariamente per una prima interpretazione del testo costituzionale, e riemersa poi nel dibattito sui modelli di 'pubblicizzazione' economica così vivace agli inizi degli anni '60, riacquista piena attualità oggi, in un contesto in cui la libertà d'iniziativa economica ha assunto un rilievo portante anche per l'influenza dell'ordinamento europeo e si percepisce con maggiore chiarezza che lo stesso diritto europeo orienta la lettura dell'art. 43 Cost.

La conclusione che impone l'indennizzo alle imprese private che subiscano il mutamento di regime economico del loro settore significa, per esempio, che un'incidenza del nuovo sistema tariffario sulle gestioni in corso dovrebbe essere possibile, ma a condizione che operino le necessarie compensazioni. Non si può invece ammettere una riserva surrettizia che sia introdotta senza prendere in considerazione la situazione in atto delle gestioni e del servizio e i relativi affidamenti. Se il referendum, come si è visto, ha introdotto una riserva, si profila la seguente alternativa: o si ammette che le gestioni private in corso siano salvaguardate fino alla loro naturale scadenza, o diventa necessario introdurre meccanismi di indennizzo. Soluzioni intermedie, meramente quantitative, quali sono quelle perseguite dall'Autorità per l'energia nei suoi interventi più recenti, non sembrano convincenti.

Tutto ciò induce a rilevare un ulteriore profilo problematico, derivato dall'esito del referendum. L'art. 43 Cost., al quale si dovrebbe ricondurre la situazione determinata dall'esito del referendum, riconnette l'introduzione di 'riserve' a situazioni specifiche: si pensi al riferimento fondamentale alle 'ragioni' della riserva («ai fini di utilità generale ...») e ai caratteri delle attività economiche oggetto di "riserva" («di preminente interesse generale»)⁴⁰. Il profilo 'funzionale' emerge con evidenza dalle norme costituzionali e risulta rilevante per la legittimità degli interventi legislativi: esso però, come ho già accennato, comporta anche che ogni "riserva" debba essere preventivamente verificata anche su un piano concreto, che è quello della sua "praticabilità".

Se oggi, come viene riconosciuto da più parti, per ragioni di scarsità delle risorse pubbliche non sussistono le condizioni concrete per un intervento sistematico di gestioni pubbliche, non è possibile ammettere ancora le gestioni private e nello stesso tempo escludere per esse una «adeguata» remunerazione del capitale. La "riserva", per risultare «funzionale all'assolvimento degli specifici compiti

38 Questa tesi fu prospettata nei primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione da BERTOLINO, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* a cura di Calamandrei e Levi, Firenze, 1950, vol. I, p. 435. All'inizio degli anni '60, quando avrebbe potuto assumere un evidente rilievo pratico in occasione della costituzione del monopolio nel settore dell'energia elettrica, fu vivacemente criticata da PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1961, p. 427.

39 Fra i primi temi affrontati negli studi di diritto dell'economia vi fu appunto l'analisi del carattere "originario" della riserva nell'art. 43 Cost. In particolare, oggetto di discussione era se l'originarietà dovesse essere riferita non tanto al modello giuridico astratto, quando all'incidenza concreta su attività economiche 'nuove', non esercitate da privati. Su questi profili cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 324.

40 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 30 ss.

assegnati al servizio»⁴¹, presuppone la praticabilità di una gestione pubblica; se una gestione pubblica non è praticabile, non è possibile introdurre una riserva, tanto meno in termini indiretti. Insomma, dalla verifica di legittimità costituzionale sull'ammissibilità del referendum sembra essere stato estromesso nel 2011 un elemento importante, rappresentato dalla praticabilità del modello che la consultazione referendaria intendeva imporre. Ed è evidente come la rigidità dello strumento referendario e dei suoi effetti (per lo meno, alla stregua di quanto affermato dalla Corte nella sua pronuncia del 2012⁴²) renda più difficile la coerenza a criteri di concretezza.

Dal punto di vista giuridico tutto ciò non appare come un profilo secondario. L'attendibilità e la concreta praticabilità del modello tecnico perseguito in una disciplina legislativa rappresentano anch'esse una componente del principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost.⁴³; se l'intervento legislativo investe il diritto d'impresa, oltre al principio di ragionevolezza sono coinvolti inoltre gli artt. 41 e 43 Cost. La stessa considerazione avrebbe dovuto valere rispetto alla disciplina della tariffa idrica determinata da una proposta referendaria: anche tale proposta avrebbe dovuto soggiacere a una condizione generale di attendibilità e a una verifica preventiva di praticabilità, senz'altro giuridicamente rilevanti, perché riconducibili all'art. 43 Cost. e, prima ancora, al canone di ragionevolezza sancito nell'art. 3 Cost.

41 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 117.

42 Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199 cit.

43 Cfr. Corte cost., 21 marzo 2011, n. 93, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1357.



COMMENTI

Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche: l'art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 2012

di Francesco Goisis

“d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario)

Art. 4. Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche

1. Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si procede, alternativamente:

a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013. Gli atti e le operazioni posti in essere in favore delle pubbliche amministrazioni di cui al presente comma in seguito allo scioglimento della società sono esenti da imposizione fiscale, fatta salva l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, e assoggettati in misura fissa alle imposte di registro, ipotecarie e catastali;

b) all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 31 dicembre 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° luglio 2014. Il bando di gara considera, tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dei livelli di occupazione. L'alienazione deve riguardare l'intera partecipazione della pubblica amministrazione controllante

2. Ove l'amministrazione non proceda secondo quanto stabilito ai sensi del comma 1, a decorrere dal 1° luglio 2014 le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari. I servizi già prestati dalle società, ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale.

3. Le disposizioni di cui al comma 1 del presente articolo non si applicano alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica, alle società che svolgono prevalentemente compiti di centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché alle società di cui all'articolo 23-quinquies, commi 7 e 8, del presente decreto, e alle società finanziarie partecipate dalle regioni, ovvero a quelle che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari, individuate, in relazione alle esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati, non-

ché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare su proposta del Ministro o dei Ministri aventi poteri di indirizzo e vigilanza, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Le medesime disposizioni non si applicano qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, predispone un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione. Il parere dell'Autorità è comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Le disposizioni del presente articolo non si applicano altresì alle società costituite al fine della realizzazione dell'evento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 agosto 2007, richiamato dall'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto-legge 15 maggio 2012, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2012, n. 100.

3-bis. Le attività informatiche riservate allo Stato ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 414, e successivi provvedimenti di attuazione, nonché le attività di sviluppo e gestione dei sistemi informatici delle amministrazioni pubbliche, svolte attualmente dalla Consip S.p.A. ai sensi di legge e di statuto, sono trasferite, mediante operazione di scissione, alla Sogei S.p.A., che svolgerà tali attività attraverso una specifica divisione interna garantendo per cinque esercizi la prosecuzione delle attività secondo il precedente modello di relazione con il Ministero. All'acquisto dell'efficacia della suddetta operazione di scissione, le disposizioni normative che affidano a Consip S.p.A. le attività oggetto di trasferimento si intendono riferite a Sogei S.p.A.

3-ter. Fermo restando lo svolgimento da parte di Consip S.p.A. delle attività ad essa affidate con provvedimenti normativi, le attività di realizzazione del Programma di razionalizzazione degli acquisti, di centrale di committenza e di e-procurement continuano ad essere svolte dalla Consip S.p.A. La medesima società svolge, inoltre, le attività ad essa affidate con provvedimenti amministrativi del Ministero dell'economia e delle finanze. Sogei S.p.A., sulla base di apposita convenzione disciplinante i relativi rapporti nonché i tempi e le modalità di realizzazione delle attività, si avvale di Consip S.p.A. nella sua qualità di centrale di committenza, per le acquisizioni di beni e servizi.

3-quater. Per la realizzazione di quanto previsto dall'articolo 20 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, Consip S.p.A. svolge altresì le attività di centrale di committenza relative alle Reti telematiche delle pubbliche amministrazioni, al Sistema pubblico di connettività ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e alla Rete internazionale delle pubbliche amministrazioni ai sensi all'articolo 86 del decreto medesimo nonché ai contratti-quadro ai sensi dell'articolo 1, comma 192, della legge 30 dicembre 2004, n. 311. A tal fine Consip S.p.A. applica il contributo di cui all'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo 1° dicembre 2009, n. 177.

3-quinquies. Consip S.p.A. svolge, inoltre, l'istruttoria ai fini del rilascio dei pareri di congruità tecnico-economica da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale che a tal fine

stipula con Consip apposita convenzione per la disciplina dei relativi rapporti. 3-sexies. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 possono predisporre appositi piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate. Detti piani sono approvati previo parere favorevole del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi di cui all'articolo 2 del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, e prevedono l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative di cui all'articolo 118 della Costituzione, che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di in house providing. I termini di cui al comma 1 sono prorogati per il tempo strettamente necessario per l'attuazione del piano di ristrutturazione e razionalizzazione con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, adottato su proposta del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi.

4. I consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1 devono essere composti da non più di tre membri, di cui due dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero due scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta. Il terzo membro svolge le funzioni di amministratore delegato. I dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, ferme le disposizioni vigenti in materia di onnicomprensività del trattamento economico, ovvero i dipendenti della società controllante hanno obbligo di riversare i relativi compensi assembleari all'amministrazione, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio, e alla società di appartenenza. È comunque consentita la nomina di un amministratore unico. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto.

5. Fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge, i consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, devono essere composti da tre o cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte. Nel caso di consigli di amministrazione composti da tre membri, la composizione è determinata sulla base dei criteri del precedente comma. Nel caso di consigli di amministrazione composti da cinque membri, la composizione dovrà assicurare la presenza di almeno tre dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero almeno tre membri scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta. In tale ultimo caso le cariche di Presidente e di Amministratore delegato sono disgiunte e al Presidente potranno essere affidate dal Consiglio di amministrazione delegato

esclusivamente nelle aree relazioni esterne e istituzionali e supervisione delle attività di controllo interno. Resta fermo l'obbligo di riversamento dei compensi assembleari di cui al comma precedente. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto.

6. A decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria. Gli enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile, che forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche. Sono escluse le fondazioni istituite con lo scopo di promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica e gli enti e le associazioni operanti nel campo dei servizi socio-assistenziali e dei beni ed attività culturali, dell'istruzione e della formazione, le associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, gli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, le organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49, le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, le associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, nonché le associazioni rappresentative, di coordinamento o di supporto degli enti territoriali e locali.

6-bis. Le disposizioni del comma 6 e del comma 8 non si applicano all'associazione di cui al decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 6. A decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il relativo consiglio di amministrazione è composto, oltre che dal Presidente, dal Capo del dipartimento della funzione pubblica, da tre membri di cui uno designato dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione e due designati dall'assemblea tra esperti di qualificata professionalità nel settore della formazione e dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Ai membri del consiglio di amministrazione non spetta alcun compenso quali componenti del consiglio stesso, fatto salvo il rimborso delle spese documentate. L'associazione di cui al presente comma non può detenere il controllo in società o in altri enti privati e le partecipazioni possedute alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono cedute entro il 31 dicembre 2012.

7. Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo. È ammessa l'acquisizione in via diretta di beni e servizi tramite convenzioni realizzate ai sensi dell'articolo 30 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, dell'articolo 7 della legge 11 agosto 1991, n. 266, dell'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e dell'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381. Sono altresì ammesse le convenzioni siglate con le organizzazioni non governative per le acquisizioni di beni e servizi realizzate negli ambiti di attività previsti dalla legge 26 febbraio 1987,

n. 49, e relativi regolamenti di attuazione.

8. A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014. Sono altresì fatte salve le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il cui valore complessivo sia pari o inferiore a 200.000 euro in favore delle associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, degli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, delle associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, delle organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49, e delle cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381. (61) (67)

8-bis. I commi 7 e 8 non si applicano alle procedure previste dall'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381.

9. A decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2015, alle società di cui al comma 1 si applicano le disposizioni limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante. Resta fermo, sino alla data di entrata in vigore del presente decreto, quanto previsto dall'articolo 9, comma 29, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Salva comunque l'applicazione della disposizione più restrittiva prevista dal primo periodo del presente comma, continua ad applicarsi l'articolo 18, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

10. A decorrere dall'anno 2013 le società di cui al comma 1 possono avvalersi di personale a tempo determinato ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009. Le medesime società applicano le disposizioni di cui all'articolo 7, commi 6 e 6-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in materia di presupposti, limiti e obblighi di trasparenza nel conferimento degli incarichi.

11. A decorrere dal 1° gennaio 2013 e fino al 31 dicembre 2014 il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti delle società di cui al comma 1, ivi compreso quello accessorio, non può superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011.

12. Le amministrazioni vigilanti verificano sul rispetto dei vincoli di cui ai commi precedenti; in caso di violazione dei suddetti vincoli gli amministratori esecutivi e i dirigenti responsabili della società rispondono, a titolo di danno erariale, per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati.

13. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle società quotate ed alle loro controllate. Le medesime disposizioni non si applicano alle società per azioni a totale partecipazione pubblica autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio. L'amministrazione interessata di cui al comma 1 continua ad avvalersi degli organismi di cui agli articoli 1, 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 14 maggio 2007, n. 114. Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.

14. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto è fatto divieto, a pena di nullità, di inserire clausole arbitrali in sede di stipulazione di contratti di servizio ovvero di atti convenzionali comunque denominati, intercorrenti tra società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, e amministrazioni statali e regionali; dalla predetta data perdono comunque efficacia, salvo che non si siano già costituiti i relativi collegi arbitrali, le clausole arbitrali contenute nei contratti e negli atti anzidetti, ancorché scaduti, intercorrenti tra le medesime parti.”

SOMMARIO: 1. Il problema tradizionale della natura delle società in mano pubblica: la sua rilevanza regolatoria e la centralità del profilo teleologico (scopo di lucro). – 2. Una norma di interpretazione autentica nel senso di una lettura privatistica delle società e del ruolo del socio pubblico. – 3. Alcune ipotesi di rilievo pratico del comma 13: la pretesa strumentalità pubblicistica delle società in mano pubblica. – 4. (Segue): il problema dell'incompatibilità tra *in house* (controllo analogo) e diritto societario italiano. – 5. Conclusioni: la piena appartenenza al diritto privato (e quindi la imprenditorialità-lucratività) delle società in mano pubblica come strumento di realizzazione del principio costituzionale di equilibrio dei bilanci.

1. IL PROBLEMA TRADIZIONALE DELLA NATURA DELLE SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA: LA SUA RILEVANZA REGOLATORIA E LA CENTRALITÀ DEL PROFILO TELEOLOGICO (SCOPO DI LUCRO)

Non pare richiedere particolari dimostrazioni l'affermazione per cui l'utilizzo da tempo significativo dell'istituto societario nell'organizzazione e regolazione di determinati mercati acquisti diversi significati e si presti a differenti rilievi anche in punto di legittimità costituzionale e comunitaria a seconda della visione che si abbia delle società a partecipazione pubblica.

Basti pensare alla questione dei limiti dell'*in house* nella disciplina dei servizi pubblici locali. Attualmente il legislatore pare rimandare pressoché totalmente ai principi del diritto dell'Unione Europea¹. Ebbene, come si mostrerà, proprio un'analisi attenta del regime giuridico delle partecipazioni pubbliche porta a dubitare della concreta realizzabilità, alla luce dei principi europei, del controllo analogo, e quindi della relazione *in house*, nell'organizzazione dei servizi pubblici locali.

Venendo dunque al tema della natura delle società in mano pubblica², va detto come già prima della codificazione del 1942 il relativo dibattito fosse nutrito e non significativamente diverso da quello manifestatosi a seguito del processo di privatizzazione degli anni '90 del secolo scorso³. In dottrina, ad es., si osservava come

1 Art. 34, comma 20, d.l. 20 giugno 2012, n. 79: «Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste». Sull'attuale assetto legislativo dei servizi pubblici locali, da ultimo, J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, p. 155 ss.

2 Riprendo qui molte delle considerazioni già svolte in F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. p. 113 ss., a cui rinvio per più estese osservazioni su alcune delle tematiche qui trattate. Cfr. anche F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 41 ss.

3 Sul punto si veda in particolare R. RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 324 ss., ove un'ampia trattazione del tema con numerosi riferimenti di diritto comparato e la conclusione che, in Italia: «l'autorità pubblica, nel ricorrere a forme giuridiche offerte dal diritto privato, le ha adottate, più che altrove, nella loro integrità, senza modificarle e spesso deformatle».

Per un'ampia e documentata trattazione dell'esperienza italiana ed europea delle società in mano pubblica, si veda altresì (in una prospettiva, però, eminentemente economica e comunque descrittiva), L. GANGEMI, *Le società anonime miste*, La Nuova Italia, Firenze, 1932.

la società in mano pubblica rappresentasse «un travestimento in forma privata di una impresa sostanzialmente pubblica»⁴; dal canto suo, il Consiglio di Stato già aveva tentato di imporre (scontrandosi con l'opposta visione della Corte regolatrice) l'idea della società di capitali-ente pubblico (in quanto, in tesi, chiamata al diretto perseguimento di fini statuali e quindi solo apparentemente commerciale)⁵. Non certo inconsapevole appare quindi la opzione del Codice civile a favore della piena, ordinaria, riconduzione dell'azionariato pubblico al diritto privato commerciale e alle relative logiche: salvo diverse previsioni di legge, le società a partecipazione pubblica sono soggette al medesimo regime giuridico delle altre società (a partecipazione privata). Sono cioè persone giuridiche di diritto privato. Il socio pubblico di controllo esercita dunque dei poteri privatistici: poteri sì potenzialmente assai pervasivi (come portato del principio maggioritario che innerva il diritto societario)⁶, ma nel rispetto dei limiti previsti dal diritto societario comune e, quindi, non diversi da quelli di un qualunque altro socio di controllo. Celebre quanto inequivoco è, sul punto, il passo della *Relazione* al Codice civile, ove, nel riecheggiare la (di poco precedente) osservazione dottrinale per cui costituire una società di capitali significa, per l'ente pubblico, «spogliarsi, per ragioni varie, di quella posizione di supremazia indubbiamente inerente alla sua qualità di persona giuridica pubblica»⁷, si legge che, nei vari casi di partecipazione pubblica a società, «...è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici»; con il che «La disciplina comune delle società per azioni [e con essa lo scopo di lucro, di cui all'art. 2247 c.c.] deve ... applicarsi anche alle società

4 R. RAVÀ, *op. cit.*, p. 340.

5 Cfr. Cons. Stato, 19 gennaio 1938, n. 33, che vedi ora pubblicata in G. PASQUINI-A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 235 ss., resa in tema di qualificazione della allora società anonima AGIP, dove, al fine della affermazione della giurisdizione amministrativa, si dice che: «... se alla A.G.I.P. si volesse contestare la qualifica di Ente pubblico, perché essa si presenta sotto la forma di un'anonima commerciale, basterebbe opporre la notorietà del fatto, che tale forma fu data, unicamente, per ragioni di opportunità contingente e che, del resto, è comune ad altre imprese, - create dallo Stato o con il suo concorso, - senza che questa esteriorità influisca sulla sostanza e sugli scopi loro, diretti in linea principale all'incremento e conseguimento di finalità di generale interesse e che, appunto per essere tali, lo Stato, quale Ente originario e sovrano, ha, non solo il diritto, ma altresì l'obbligo di controllare». Notano poi i giudici amministrativi che una messa in discussione della natura pubblica della società sarebbe «per di più inopportuna, perché in aperto contrasto con le direttive del Regime, intese ad assicurare, in ogni campo, quella autarchia per cui l'AGIP fu costituita e che, con la lavorazione delle materie prime, con la messa in valore di riserve petrolifere e con le ricerche, essa encomiabilmente persegue, non solo nell'interesse economico generale, ma altresì per la difesa Nazionale» (pp. 239-240). Insomma, la società a partecipazione pubblica sarebbe soggetto in realtà di diritto pubblico, perché con finalità pubblicistiche.

Questa decisione venne poi annullata da Cass., Sez. un., 26 aprile 1940, n. 1337, in Foro it., 1941, I, c. 199 ss., con nota adesiva di G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, sulla base della considerazione per cui «Un Ente che nasce, vive e del quale sia prevista la fine secondo le regole proprie delle società anonime non rientra nella categoria delle persone giuridiche pubbliche, quando non si dimostri che specifici elementi investono e modificano la sua intima struttura».

6 In particolare G. GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, I, Giuffrè, Milano, 1962, p. 31 ss., spec. p. 49 ss., segnala la capacità del controllo societario di creare una accentuata strumentalità.

7 R. RAVÀ, *op. cit.*, p. 340, ove si legge che «... si deve riconoscere che l'ente pubblico nel divenire fondatore e azionista di una società anonima nella forma ora accennata ha voluto spogliarsi, per ragioni varie, di quella posizione di supremazia indubbiamente inerente alla sua qualità di persona giuridica pubblica, ma che tuttavia non esclude delle sue manifestazioni *iure privatorum*. È quindi avvenuto che in un campo a priori pubblicistico, quale è quello dell'intervento degli enti pubblici in materia economica, è stato adottato integralmente un istituto di diritto privato. In questo senso, quindi, ammesso che, senza possibilità di dubbio, vi è stata interferenza tra diritto pubblico e diritto privato, deve riconoscersi che è stato il diritto pubblico ad essere influenzato dal diritto privato anzi che questo da quello pubblico. La compenetrazione verificatasi tra i due rami del diritto è avvenuta in direzione contraria alla più generale tendenza ...» (p. 340). Sicché, nemmeno esisterebbe (dovrebbe esistere) «un problema relativo alla natura giuridica delle società di Stato e di enti pubblici» (p. 347).

con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente»⁸.

Si tratta di indicazioni che, nella loro nettezza, non potevano che influenzare fortemente il dibattito giurisprudenziale. Non è un caso, ad es., che la Corte regolatrice periodicamente ricordi che la società in mano pubblica «non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo per il rapporto di dipendenza con l'ente pubblico, e tutti i rapporti che ne derivano, restano di assoluta autonomia», sicché all'ente pubblico «non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento di questi e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, non prevedendo la legge alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società»⁹.

Le società in mano pubblica sono insomma enti pienamente privatistici, anche (e soprattutto) perché lucrativi, ex art. 2247 c.c. (norma che, a dispetto di letture non di rado fatte proprie dalla dottrina pubblicistica, non è affatto disapplicabile, ma bensì ben vigente ed inderogabile da parte della autonomia statutaria¹⁰, espressamente riaffermata dal legislatore del 2002¹¹, nonché, infine, rafforzata dalla riforma del 2003 del diritto societario)¹². In effetti, se si condivide l'assunto che l'ente pubblico sia sempre chiamato (tra l'altro ex artt. 97 e 98 Cost., che configurano un'Amministrazione efficientemente ed imparzialmente al servizio della Nazione) al perseguimento dell'interesse pubblico-collettivo (altro problema è se il dato teleologico basti, da solo, ad identificare la persona giuridica di diritto pubblico), sfugge come definire pubblico un soggetto, invece, assegnatario di uno scopo

⁸ *Relazione del Ministro Guardasigilli*, n. 998.

⁹ Così, da ultimo, Cass., Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4217.

¹⁰ Si veda in particolare la perspicua motivazione di Cass., Sez. I, 12 aprile 2005, n. 7536, ove si nota che alla essenzialità dello scopo di lucro «si è autorevolmente obiettato che l'originario legame, esistente nella disciplina del codice civile, tra forma della società e suo contenuto, è stato messo in ombra dall'impiego che il legislatore ha fatto poi della forma della società per azioni, utilizzandola come struttura per il perseguimento di scopi diversi». Ma un conto sono le leggi speciali, altro i principi applicabili alla generalità delle società di capitali: «L'insegnamento della dottrina, tuttavia, se descrive efficacemente una linea di tendenza della legislazione, non giustificerebbe la conclusione che, attualmente, l'autonomia statutaria delle società capitalistiche possa creare società per azioni o a responsabilità limitata senza scopo di lucro, fuori dei casi espressamente previsti da norme di legge». Le conseguenze di una diversa impostazione, nel senso della valida prevedibilità statutaria della eterodestinazione degli utili, sarebbero, del resto, potenzialmente gravissime, ed eversive di tutto l'ordine pubblico societario posto a tutela dei soci di minoranza attuali e potenziali e dei creditori: «Una diversa conclusione vanificherebbe di fatto il valore della pubblicità legale, in materia, per la tutela delle aspettative dei terzi che entrano in contatto con la società; questi si vedrebbero esposti al rischio di contrattare con una società che persegue fini essenzialmente diversi da quelli desumibili dalla sua natura giuridica, come è definita dalla legge. Ciò vale anche per coloro che acquistano partecipazioni sociali: nel contrasto tra la natura giuridica dichiarata nella stessa denominazione sociale, e gli scopi sociali desumibili da una laboriosa ricostruzione delle modificazioni dello statuto, deve essere tutelato l'affidamento riposto nella prima».

¹¹ Cfr. l'art. 90, comma 17, legge n. 289/2002, che stabilisce che «Le società ... sportive dilettantistiche ... possono assumere una delle seguenti forme ... società sportiva di capitali ... costituite secondo le disposizioni vigenti, ad eccezione di quelle che prevedono le finalità di lucro». Evidentemente, dunque, lo scopo di lucro è generalmente previsto nelle società di capitali, quale necessario elemento tipizzante, salvo chiare deroghe di rango necessariamente legislativo.

¹² In particolare, l'ultima riforma organica del diritto delle società di capitali mirava, in conformità ai criteri di delega, (ben lungi che alla neutralizzazione delle società) alla valorizzazione della loro natura imprenditoriale e lucrativa, ossia a rendere possibile «il proficuo svolgimento dell'impresa sociale ...» (art. 1, comma 4, lett. a), legge 3 ottobre 2001, n. 366). Ciò si è manifestato, tra l'altro, nel nuovo art. 2497 c.c.: esso tutela i soci esterni al gruppo di controllo e i creditori contro «le società e gli enti» che, nell'esercizio della attività di direzione e coordinamento, agendo «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società», producano pregiudizio «alla redditività ed al valore della partecipazione sociale», ovvero «all'integrità del patrimonio sociale». Come si legge nel paragrafo 13 della *Relazione* governativa alla riforma, e come del resto reso palese dal riferimento letterale alla «redditività» nell'art. 2497 cit., tra gli interessi così tutelati in capo ai soci, vi è proprio quello agli utili: esso è espressamente definito, nella *Relazione*, tra «i valori essenziali del "bene" partecipazione sociale».

strettamente egoistico, quale il suo (e quindi dei suoi soci) massimo incremento economico¹³.

Lo scopo lucrativo (inteso non solo come distribuzione di dividendi, ma anche come perseguimento della piena capacità di produzione di ricchezza da parte della società, ossia di creazione di valore per tutti i soci, con ciò quindi certamente ammettendo anche reinvestimenti dell'utile in vista dell'efficienza produttiva dell'impresa) ricerca, difatti, la propria massimizzazione (almeno nel momento produttivo, ferma restando la piena fisiologicità di scelte distributive che privilegino l'investimento in vista di futuri vantaggi economici per tutti i soci). Esso, quindi, ben di rado è in concreto compatibile con lo scopo pubblicistico (inteso, invece, come ricerca del bene comune di una data collettività).

Sicché, delle due l'una: o si rinuncia, in vista di finalità pubbliche-sociali, alla ricerca del massimo lucro, e quindi ad una parte del lucro possibile (e così si privilegia l'interesse di un dato socio, quello pubblico, che riceverà dalla società utilità proporzionalmente maggiori rispetto agli altri soci¹⁴, ovvero si perseguono gli interessi comuni dei soci (ma allora l'interesse pubblico non trova alcun particolare svolgimento).

Lo scopo di lucro – non, dunque, neutra regola formale, ma disciplina che mira a inderogabilmente permeare le scelte sostanziali di un dato ente – caratterizza insomma l'intero regime delle società in mano pubblica, sul piano organizzatorio-tipologico, come su quello funzionale. Esso fa sì che la loro appartenenza al diritto privato non sia mera affermazione formale, ma, anzitutto, conseguenza di una certa opzione teleologica. Così impostata la questione, la pretesa neutralità dell'istituto societario rispetto a qualificazioni ed interessi pubblicistici appare inevitabilmente messa in crisi¹⁵.

13 N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 162, parla di «contrasto ontologico» tra fine di lucro e pubblicità.

Ammette l'astratta incompatibilità tra causa lucrativa ex art. 2247 c.c. e pubblicità anche G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 171, chiedendosi retoricamente «Come può conciliarsi con la causa lucrativa del contratto di società la rilevanza nell'ambito sociale dell'interesse pubblico?», salvo poi giungere alla conclusione, peraltro, come si è detto, insoddisfacente sul piano del diritto societario, di un preteso tramonto della causa lucrativa.

Per la pretesa neutralizzazione della società di capitali anche M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1997. Il pensiero di questo Autore, proposto con particolare, ma non esclusivo, riferimento alle società a cui si riferisce il titolo della monografia, sembra essenzialmente fondarsi sul presupposto dell'evaporazione dello scopo lucrativo nella società in genere (che rende l'istituto mero modello organizzatorio, ossia, per usare le parole dello Studioso «modello organizzativo neutrale», incapace di imprimere caratteri sostanziali al soggetto che ne assuma la forma), con conseguente ampia rilevanza della sostanza (ontologia) pubblicistica delle società in mano pubblica, non occultabile sotto la forma di una personalità giuridica, (solo) formalmente privatistica (p. 149).

14 Sul punto, chiare riflessioni in M.T. CIRENEI, *Le società a partecipazione pubblica*, in G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol VIII, Utet, Torino, 1992, pp. 3 ss., 103 ss.

15 Si noti peraltro che il processo di lettura neutralizzante della società di capitali nella dottrina pubblicistica è giunto fino al punto da negare persino la formale appartenenza al diritto privato dell'istituto societario, ossia il suo essere neutro rispetto alla dicotomia ente pubblico-ente privato. Cfr. in partic. le recenti riflessioni di P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2007, spec. p. 649 ss., secondo cui né il Codice civile né, in tesi, alcuna altra legge, definirebbero mai la società espresamente come persona giuridica di diritto privato (a differenza delle fondazioni ed associazioni, ex art. 12 c.c., peraltro abrogato già nel 2000), sicché l'utilizzo legale della «locuzione società per azioni» non sarebbe di per sé significativa di una scelta per il diritto privato, ma, sotto questo profilo, meramente neutra. A queste conclusioni si giunge, però, significativamente, proprio tralasciando di considerare il rilievo tipologico dello scopo di lucro.

2. UNA NORMA DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA NEL SENSO DI UNA LETTURA PRIVATISTICA DELLE SOCIETÀ E DEL RUOLO DEL SOCIO PUBBLICO

Il tradizionale dibattito sulla natura delle società in mano pubblica deve oggi confrontarsi con una nuova disposizione di carattere generale. Si tratta dell'art. 4, comma 13, secondo periodo, d.l. 6 luglio 2012, n. 95: «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali».

Si legge, negli atti parlamentari, che «La previsione pare voler imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva “entificazione” pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione»¹⁶. Più volte la disposizione è poi definita come di interpretazione autentica¹⁷.

In una circolare regionale si è già parlato, poi, di «una norma di chiusura» la quale «dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie»¹⁸.

In una prima lettura della norma, i giudici contabili (in relazione ad una società mista locale) hanno osservato come il comma 13 cit. confermi come all'azionista pubblico sia imposto di rapportarsi con la società di capitali alla stregua di qualsiasi socio privato. È quindi precluso l'utilizzo di poteri autoritativi ed il rapporto tra ente pubblico e società deve ritenersi «di assoluta autonomia», e, così, necessariamente caratterizzato dalla logica propria dei rapporti societari. In sostanza, quanto ai profili economici della relazione ente pubblico – società, il legislatore amministrativo mirerebbe ad «impedire che gli enti pubblici, operanti a mezzo di società di diritto privato, agiscano con una razionalità estranea al mercato»¹⁹.

¹⁶ Dossier del Servizio studi del Senato, n. 382 del luglio 2012, 39.

¹⁷ Cfr. ad es. il parere del Comitato per la legislazione del Senato sul disegno di legge n. 5389: «il disegno di legge (agli artt. 3, comma 18; 4, comma 13; 6, comma 1, che definisce, in via generale, cosa debba intendersi per “controllo” in relazione ad enti controllati da pubbliche amministrazioni; 7, comma 42-ter; 14, commi 16 e 22; 15, comma 25; 16, comma 11) contiene numerose disposizioni formulate in termini di interpretazione autentica di previgenti normative, in relazione alle quali appare dubbio il rispetto della prescrizione della circolare sulla formulazione tecnica dei testi legislativi secondo cui “deve risultare comunque chiaro se ci si trovi in presenza di una disposizione di interpretazione autentica ovvero di una disposizione di modifica sostanziale alla quale si vuole dare effetto retroattivo”» e Servizio Studi della Camera – Osservatorio legislativo e parlamentare, Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto-legge, «Numerose disposizioni sono formulate in termini di interpretazione autentica. Si segnalano le seguenti: articolo 3, comma 18; articolo 4, comma 13, che, facendo riferimento al medesimo articolo, recita: “Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”; articolo 6, comma 1, che definisce in via generale cosa debba intendersi per “controllo”; articolo 7, comma 42-ter (introdotto da una finalità); articolo 14, comma 22; art. 15, comma 25; articolo 16, comma 11».

¹⁸ Regione siciliana, circ. 29 agosto 2012, prot. n. 5444, *Questioni applicative nell'ordinamento regionale dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135*.

¹⁹ Così Corte conti, Sez. contr. Lombardia, parere 27 dicembre 2012, n. 535, ove si legge che: «Detto in altri termini, avendo il Comune scelto di operare alla stregua di un socio di diritto comune, esso deve agire con la stessa razionalità economica, specie in considerazione del fatto che il rischio d'impresa è stato condiviso con dei privati, anche se soci di minoranza. In giurisprudenza, infatti, è stato ritenuto che “la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possiede in tutto o in parte, le azioni (Cass. civ., Sez. Un., n. 7799/2005; Cass. civ., Sez. Un., 17287/2006), giacché al Comune non è consentito incidere sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali diversi da quelli riconosciutigli dal codice civile, dal momento che il rapporto tra i due soggetti è di assoluta

Certamente degna di nota è altresì la recente presa di posizione della Cassazione: i giudici di legittimità hanno ben colto come l'art. 4, comma 13, cit. costituisca importante conferma del tradizionale insegnamento della stessa Corte per cui «le disposizioni del codice civile sulle società per azioni a partecipazione pubblica non valgono a configurare uno statuto speciale per dette società e che (alla luce anche di quanto indicato nella relazione al codice) la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta», fino a costituire una vera e propria «norma di chiusura del sistema», nel senso del carattere presuntivamente privatistico delle società partecipazione pubblica, pur ove anche soggette ad un regime legale particolare²⁰.

In effetti, tale dettato legislativo può rappresentare un reale passo in avanti verso il rafforzamento della appartenenza al diritto privato delle società a partecipazione pubblica. Se difatti il Codice civile – pur, come si è visto, affermando la generale soggezione delle società di capitali a partecipazione pubblica al diritto comune privatistico – poi omette di fornire una regola interpretativa di prudenza rispetto a possibili scelte del legislatore speciale in senso pubblicizzante, oggi invece il legislatore offre, in via specificamente vincolante, ossia di c.d. interpretazione autentica, una simile regola; e ciò fa in una direzione schiettamente di chiusura rispetto prospettive pubblicizzanti: le deroghe al diritto comune non possono essere ricostruite in via sistematica o comunque interpretando creativamente previsioni legislative in realtà quantomeno equivoche; occorre invece una volontà chiara ed espressa²¹. Nel dubbio, quindi, prevale la indicazione di cui alla *Relazione* al Codice: nelle partecipazioni pubbliche, è il pubblico che si piega al privato (ossia al diritto societario comune), non viceversa.

3. ALCUNE IPOTESI DI RILIEVO PRATICO DEL COMMA 13: LA PRETESA STRUMENTALITÀ PUBBLICISTICA DELLE SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

Per cogliere pienamente la portata di questa nuova regola interpretativa, proviamo ad applicarla, ad es., al tema, come noto centrale, dello scopo di lucro: se ne può ammettere la non vigenza in una data società pubblica solo perché assegnataria, *ex lege*, di un oggetto sociale di particolare interesse pubblico, senza che il legislatore ci dica espressamente che, per sua scelta derogatoria al diritto comune, l'oggetto non si distingue dalla causa e quindi tiene luogo di quest'ultima²²? La

autonomia. A conferma di ciò, il Legislatore, *ad explicationem*, nell'ambito della recente riforma delle società strumentali delle pubbliche amministrazioni (art. 4 del d.l. n. 95/2012, conv. legge n. 135/2012) ha recentemente ribadito che: «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali» (comma 13)».

²⁰ Cass., Sez. Un., 13 maggio 2013, n. 11417.

²¹ Riduttiva appare quindi l'opinione di G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, p. 61, secondo cui «Dal punto di vista sostanziale, la norma non ha una significativa portata innovativa, essendo il principio espressione di una consolidata volontà del legislatore riconducibile come si è visto (v. supra, par. 6) già alla relazione ministeriale al codice civile». Che il Codice civile avesse un'impostazione privatistica è indubbio. Tuttavia mancava (e su questa carenza si era innestata una corposa tendenza pubblicizzante) una regola interpretativa espressa.

²² Sul punto, cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, p. 170 ss. secondo cui sono enti pubblici le società «istituite con atto legislativo che ne determina quanto meno la denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria». Riprende da ultimo in sostanza questa impostazione G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.: contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*,

risposta non potrà che essere negativa; anzi diventa dubbia la stessa possibilità di ricavare dall'assegnazione *ex lege* di un oggetto sociale verosimilmente non profittevole la creazione di una società non lucrativa, visto che anche in tal caso la eliminazione dello scopo di lucro non è espressa.

Quest'ultima osservazione permette, tra l'altro, di ribadire con più certezza ciò che chi scrive ha già ipotizzato in punto di corretta interpretazione del concetto di strumentalità della società alle finalità istituzionali dell'ente di cui parla l'art. 3, comma 27, legge 24 dicembre 2007, n. 244²³: tale strumentalità attiene soltanto all'oggetto sociale (ossia all'attività) in cui la società è chiamata ad operare; non alla causa sociale (che rimane lucrativa). Deve cioè darsi pieno rilievo al riferimento testuale, nell'art. 3, comma 27 cit., all'oggetto (come distinto dalla causa). Altrimenti, ossia a ragionare come una recente pronuncia del Consiglio di Stato per cui art. 3, comma 27, cit. costituirebbe una «norma imperativa che ... pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico», così mutando la causa societaria²⁴, ancora una volta, al di là di ogni altro possibile argomento contrario, si derogherebbe ad un punto centrale del sistema codicistico, senza alcuna espressa autorizzazione legislativa.

4. (SEGUE): IL PROBLEMA DELL'INCOMPATIBILITÀ TRA *IN HOUSE* (CONTROLLO ANALOGO) E DIRITTO SOCIETARIO ITALIANO

Potenzialmente significative paiono poi le conseguenze quanto alla nota questione dell'ammissibilità dell'*in house*.

La giurisprudenza comunitaria e amministrativa ha esattamente riconosciuto come l'*in house*, e, in particolare, il relativo requisito del controllo analogo, esiga delle deroghe al comune diritto societario, tali, a ben vedere, da rendere la società totalmente eterodiretta dall'ente o enti pubblici di controllo. La Corte di giustizia europea, per negare la relazione *in house*, ha in specie osservato, con riguardo a società a partecipazione pubblica locale italiane, che «Il controllo esercitato dal Comune ... su queste ... società si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi»²⁵, e, prima ancora, nella sentenza *Parking Brixen*, che «il giudice del rinvio sottolinea che il controllo esercitato dal Comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci ...»²⁶. Analogamente,

Giappichelli, Torino, 2009, spec. p. 82 ss.

23 Art. 3, comma 27, legge 24 dicembre 2007, n. 244: «Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società».

Per più ampie considerazioni, rinvio a F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 396 ss. e, su questa ed altre delle tematiche qui trattate, F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1351 ss.

Da ultimo, in senso condivisibilmente critico rispetto a questi approcci del giudice amministrativo, G. SIGSMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, p. 52 ss.

24 Così, Cons. Stato, 20 marzo 2012, n. 1574.

25 Sentenza 11 maggio 2006, in causa C-340/04, Carbotermo, punto 38.

26 Punto 69.

Il Consiglio di Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1²⁷, ha notato che, perché vi sia *in house providing*, «il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale».

Ne ha preso da ultimo esattamente atto anche la Consulta che, nel dichiarare anticomunitaria e quindi incostituzionale una legge regionale che pretendeva di fondare il controllo analogo su blandi poteri di emanazione di pareri (meramente) obbligatori sugli atti fondamentali della società in mano pubblica facendo per di più espressamente salva la relativa autonomia gestionale, ha osservato come l'influenza determinante «è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale», nonché che «il condizionamento stretto, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, non può essere assicurato da pareri obbligatori, ma non vincolanti, resi peraltro – come esplicitamente prevede la norma impugnata – «sugli atti fondamentali del soggetto gestore *in house*»²⁸.

Il problema è che l'ordinario diritto societario consiste, in gran parte, in regole imperative²⁹. In effetti, come chi scrive ha più volte osservato, il diritto societario comune non solo impone un'autonomia teleologica della società rispetto ai soci (l'interesse sociale non è ridicibile, come già notato, all'interesse del socio dominante, mentre la giurisprudenza comunitaria pare esigere, ai fini del controllo analogo, una piena coincidenza di fini tra ente pubblico e società *in house*³⁰, ossia la circostanza che quest'ultima si conformi «a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico»³¹, ma, specie dopo la riforma del 2003 e in relazione alle società per azioni, ha inteso con ancor più chiarezza rimarcare la esclusiva competenza (e responsabilità) gestoria degli amministratori. Con ciò ha segnalato la sostanziale inconciliabilità tra controllo analogo (se

27 In precedenza, nello stesso senso, Cons. Stato, 3 aprile 2007, n. 1514 e poi Cons. Stato, 11 agosto 2010, n. 5620.

28 Corte cost., 28 marzo 2013, n. 50.

29 Per una riaffermazione del carattere tendenzialmente imperativo del diritto societario e dei limiti che ciò comporta quanto alla ricostruzione del regime delle società in mano pubblica in F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in www.giustamm.it, p. 7, secondo cui «buona parte delle disposizioni che compongono il diritto societario e che riguardano la struttura delle società consistono in altrettante norme di ordine pubblico, rivolte a tutelare interessi assunti come pubblici, generali e parimenti cogenti». Peraltro, lo Studioso sembra poi ammettere una forte contaminazione pubblicistica, in particolare, della società *in house*, vista come, almeno in ipotesi, una nuova tipologia societaria, in cui causa-interesse sociali potrebbero anche essere mutati in senso pubblicistico, fino alla affermazione per cui l'*in house* costituirebbe «una nozione avente una valenza qualificatoria di una fattispecie di società» (in partic. 22). Sembrerebbe aperto alla possibilità di realizzare il controllo analogo attra-verso gli strumenti del diritto societario comune, altresì F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. ed economia*, 2004, p. 589 ss., spec. p. 605 ss., che ac-cenna in particolare alla disciplina sulla direzione di gruppo. Da ultimo, sul tema, nella dottrina societaristica, E. CODAZZI, *Ingerenza nella gestione delle società di capitale tra "atti" e "attività"*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 11 ss., ove l'esatta notazione per cui è fondato il sospetto di contra-sto tra *in house* e diritto societario imperativo.

30 Sul punto, C. BOVIS, *Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 247 ss., 255: «However, the existence of private capital participating in an entity which has corporate links with a contracting authority negates the similarity of control requirement. *Stadt Halle* held that private sector participation cannot emulate the pursuit of public interest objectives entrusted to public sector entities. The relationship between a public authority which is a contracting authority and its own departments is governed by considerations and requirements proper to the pursuit of objectives in the public interest.».

31 Corte giust. CE, 11 gennaio 2005 in causa C-26/03, *Stadt Halle*, punto 50: «Al riguardo occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente».

rigorosamente inteso) e diritto societario comune.

In particolare, l'art. 2380-bis, comma 1, c.c. in punto di società per azioni prevede, in attuazione del criterio di delega di «definire le competenze dell'organo amministrativo con riferimento all'esclusiva responsabilità di gestione dell'impresa sociale» (art. 4, comma 8, lett. c), legge 3 ottobre 2001, n. 366), che «La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale». Ex art. 2364, n. 5, c.c., lo statuto può solamente prevedere, per determinati «atti degli amministratori», la previa «autorizzazione dell'assemblea», ferma però restando la «responsabilità di questi per gli atti compiuti»: dal che, tra l'altro, consegue che l'amministratore non è mai obbligato ad eseguire quanto autorizzato in materia gestoria dall'assemblea, ove, a suo giudizio, contrario ai suoi doveri e, quindi, fonte di possibile responsabilità.

Orbene, nella nota pronuncia comunitaria sul caso *Parking Brixen*³², una previsione statutaria che riservi agli amministratori la «facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale»³³ è stata ritenuta incompatibile con il controllo analogo, segnalando, assieme alla stessa assunzione del modello legale (evidentemente non meramente neutrale secondo i giudici del Lussemburgo) della «società per azioni» e alla «natura di questo tipo di società»³⁴, la «vocazione commerciale»³⁵ dell'impresa, come acquisita a seguito della privatizzazione, ossia del passaggio da ente pubblico economico (azienda speciale) a società.

Tuttavia, una previsione statutaria quale quella ritenuta nella pronuncia *Parking Brixen* incompatibile con l'*in house*, rappresenta, in realtà, null'altro che una presa d'atto del dettato codicistico.

Né sembra consentito giungere al controllo analogo tramite patti parasociali, o, tantomeno, clausole statutarie in contrasto con le norme codicistiche in tema di riparto delle competenze gestorie³⁶.

I patti parasociali, difatti, ove rivolti a spogliare gli organi sociali delle competenze gestorie loro spettanti per legge, o sono nulli, per violazione dell'ordine pubblico societario, o, comunque, anche nell'ipotesi più «ottimistica», hanno efficacia meramente obbligatoria, sicché è dubbio che siano in grado di soddisfare le esigenti pretese comunitarie di un controllo analogo non solo di fatto, ma anche di diritto, per di più con possibilità di un'efficacia non meramente obbligatoria ma altresì reale.

Ora, la reale cittadinanza dell'*in house* nel nostro ordinamento è da sempre, an-

32 Corte giust. UE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1915 ss., in cui, se si vuole, il mio commento, F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*.

33 Punto 67-68.

34 Punto 67.

35 Punto 67.

36 Sul punto M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *www.Federalismi.it*, 8/2010, p. 25, il quale peraltro ritiene invece tendenzialmente possibile una relazione *in house* con la società a responsabilità limitata, nonché patti parasociali per giungere, materialmente, al controllo analogo anche sulla società per azioni (26). Come si vedrà subito, però, ciò non pare coerente con l'insegnamento giurisprudenziale comunitario.

Nel senso del rilievo di patti parasociali, anche C. IAIONE, *Contributo al principio di auto-organizzazione e autoproduzione degli enti locali*, Napoli, 2012, spec. p. 231 ss. *Contra*, R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 179 ss., 206, sulla base della corretta osservazione del carattere meramente obbligatorio di tali patti e F. GUERRA, *Il 'controllo analogo'*, in *Giur. comm.*, I, 2011, pp. 774 ss., 788 ss.

che solo per le principali ragioni sovresposte, assai discutibile. Indubbio era ed è, tuttavia, il richiamo del modello organizzativo da parte della legislazione pubblicistica, per es. in materia di servizi pubblici locali, o, oggi, nello stesso art. 4, comma 8, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, con riferimento agli appalti strumentali al funzionamento di un ente pubblico. Con il che, fino alla introduzione della norma di interpretazione autentica in questione, ci si poteva, forse, porre il seguente interrogativo: o ritenere che il legislatore amministrativo non comprendesse la concreta irrealizzabilità dell'*in house* nel nostro ordinamento e quindi richiamasse un modello organizzativo solo apparentemente possibile (e questa, per le ragioni già accennate, appariva la spiegazione più realistica); oppure, in ipotesi, cercare di sostenere che, implicitamente, il diritto societario venisse derogato nei casi di richiamo *ex lege* all'*in house*. Come dire: il legislatore che prevede la gestione in house, lo fa sul presupposto di avere esso stesso, contemporaneamente, legittimato le connesse deroghe al diritto societario ordinario, creando uno statuto speciale (a ben vedere pubblicistico) per le società *in house*³⁷.

Ebbene, oggi, grazie, all'art. 4, comma 13, cit., è difficile sfuggire alla considerazione per cui l'*in house*, ove anche richiamato dal legislatore amministrativo come possibile modello organizzativo, debba fare pienamente i conti con il diritto societario comune e i suoi principi imperativi. Eventuali deroghe a quest'ultimo non possono difatti che essere espresse, e non meramente discendenti (secondo un ragionamento, a dire il vero, vagamente circolare) dal richiamo alla possibilità di affidamenti *in house*. In sostanza, occorre ritrovare delle previsioni espresse di autorizzazione dell'*in house*, simili, ad es., a quelle che (significativamente) il legislatore amministrativo ha ritenuto di dover dettare in tema di Anas s.p.a.³⁸ e Difesa Servizi s.p.a.³⁹.

5. CONCLUSIONI: LA PIENA APPARTENENZA AL DIRITTO PRIVATO (E QUINDI LA IMPRENDITORIALITÀ-LUCRATIVITÀ) DELLE SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA COME STRUMENTO DI REALIZZAZIONE DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI EQUILIBRIO DEI BILANCI

Si è detto come grazie alla norma di interpretazione autentica di cui all'art. 4, comma 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, le principali questioni interpretative che da tempo interessano il campo delle partecipazioni pubbliche reclamino ormai con certezza di essere risolte – salve chiare ed espresse diverse indicazioni legislative di specie – nel segno del diritto privato e (quindi) della lucratività, così smentendo diffuse teorizzazioni nel senso di una pretesa neutralità (e quindi facile apertura a prospettive pubblicistiche) dell'istituto societario, ove in mano pubblica.

³⁷ Questa mi pare la tesi di F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 22 ss. Un accenno anche in A. ROMANO TASSONE, *Gli statuti delle società per la gestione "in house" dei pubblici servizi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pp. 59 ss., 66, che osserva, a fronte della riserva legale di competenza gestoria in capo agli amministratori, che «potrebbe ritenersi che le norme codicistiche siano destinate di fronte alla disciplina particolare».

Nel senso del superamento dei delicati problemi dell'*in house* attraverso la creazione di uno statuto speciale della società *in house*, legalmente derogatorio al diritto societario comune, più estesamente, GUERRA, *op. cit.*, spec. p. 798 ss., secondo cui la legislazione in tema di servizi pubblici locali al tempo vigente avrebbe dovuto interpretarsi nel senso di legittimare la disapplicazione di regole fondamentali del diritto societario comune alla società *in house*.

³⁸ Art. 36, comma 9, d.l. n. 98/2011: «Il nuovo statuto di Anas s.p.a. prevede i requisiti necessari per stabilire forme di controllo analogo del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sulla società, al fine di assicurare la funzione di organo in house dell'amministrazione». La previsione è oggi abrogata.

³⁹ Art. 535, d.lgs. n. 66/2010: «Lo statuto prevede: ... c) le modalità per l'esercizio del «controllo analogo» sulla società, nel rispetto dei principi del diritto europeo e della relativa giurisprudenza comunitaria».

Una tale scelta legislativa appare non solo coerente con la volontà espressa fin dalla codificazione del 1942, ma altresì, per quel che forse più importa, del tutto in linea con il nuovo comma 1 dell'art. 97 Cost., secondo cui «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico». La norma mira a salvaguardare l'equilibrio dei conti pubblici in forma aggregata. Non sfugge però che perché ciò sia possibile, occorre, come già inizia ad emergere in giurisprudenza⁴⁰, che le singole e concrete scelte siano conformate alla massima attenzione verso l'uso oculato delle risorse pubbliche.

In effetti, uno dei primi e più naturali campi su cui intervenire con norme legislative di attuazione del nuovo principio costituzionale non poteva che essere quello delle società in mano pubblica, come noto luogo di vari sprechi di denaro (anche e soprattutto) pubblico, spesso giustificati attraverso la sostituzione dello scopo lucrativo con altri obiettivi di, vero o preteso, interesse pubblico, tali da giustificare la cronica incapacità delle società di operare in modo profittevole o anche solo in equilibrio economico. Ebbene, una volta legislativamente riaffermata la lucratività dell'impresa privata in mano pubblica, emerge con tutta chiarezza come il socio pubblico non possa trasformare (senza precisa autorizzazione legislativa) l'impresa in un soggetto che distrugge ricchezza. Al contrario, esso è chiamato a muoversi in linea con la vocazione della società a creare ricchezza, da poi reinvestire per finalità pubbliche-collettive.

In altri termini, la causa tipica societaria, e, in genere, la regolazione privatistica dell'impresa in mano pubblica, emergono come uno strumento di attuazione dell'art. 97, comma 1, Cost. È seguendo le logiche dell'impresa lucrativa, difatti, il socio pubblico non solo si conforma all'indicazione legislativa della società come ente che produce ricchezza (così immediatamente contribuendo all'equilibrio dei bilanci pubblici), ma altresì evita quell'uso distorto ed insincero⁴¹ dell'istituto societario che già di per sé, snaturando quest'ultimo, si è dimostrato strumentale alla dissipazione di risorse pubbliche; dissipazione favorita, tra l'altro, dall'elusione (grazie alla personalità giuridica formalmente privatistica) di quelle discipline di contabilità che, negli enti pubblici, mirano ad assicurare (in mancanza del vincolo dello scopo di lucro) una gestione nel segno dell'efficienza, imparzialità e legalità della spesa di denaro pubblico.

Con il che, mi pare, emerge la piena pertinenza ad una disciplina di *spending review* di una regola di protezione della appartenenza al diritto privato societario delle società in mano pubblica.

40 Cfr. ad es. TAR Liguria, 26 novembre 2012, n. 1508: «Oltre a ciò si osserva che l'art. 97 Cost. che sarà in vigore dal successivo anno finanziario a quello di deposito della presente sentenza prevede che le amministrazioni assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. In tal senso si osserva che l'alternativa prospettata dal comune all'amministrazione militare per la localizzazione della nuova e più grande caserma comporta l'acquisto di un'area di proprietà di terzi, mentre l'attuale impianto insiste su un bene del demanio statale». Ma l'idea che dall'art. 97, comma 1, Cost. emerga una generale giustificazione di scelte (in questo caso legislative) di contenimento delle spese pubbliche si legge anche in TAR Toscana, 30 maggio 2012, n. 1061.

41 Si ricordino le sempre attuali riflessioni di T. ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, pp. 995 ss., 1013, secondo cui la società in mano pubblica dovrebbe ritenersi una «formula insincera», destinata ad «essere superata» (a favore dell'ente pubblico economico, ove davvero si voglia coerentemente agire per finalità, dirette, di interesse pubblico).



COMMENTI

The Chinese walls between infrastructure managers and rail operators as a compromise between railway liberalization and State monopolies

di Davide Maresca

Proposal for a

DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL

amending Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area, as regards the opening of the market for domestic passenger transport services by rail and the governance of the railway infrastructure

(Extract)

Article 1

Directive 2012/34/EU is amended as follows:

(...)

3. Article 7 is replaced by the following:

Article 7

Institutional separation of the infrastructure manager

1. Member States shall ensure that the infrastructure manager performs all the functions referred to in Article 3(2) and is independent from any railway undertaking. To guarantee the independence of the infrastructure manager, Member States shall ensure that infrastructure managers are organized in an entity that is legally distinct from any railway undertaking.

2. Member States shall also ensure the same legal or natural person or persons are not allowed:

(a) to directly or indirectly exercise control in the sense of Council Regulation (EC) No 139/2004/10, hold any financial interest in or exercise any right over a railway undertaking and over an infrastructure manager at the same time;

(b) to appoint members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing an infrastructure manager, and at the same time to directly or indirectly exercise control, hold any financial interest in or exercise any right over a railway undertaking;

(c) to be a member of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertaking, of both a railway undertaking and an infrastructure manager;

(d) to manage the rail infrastructure or be part of the management of the infrastructure manager, and at the same time to directly or indirectly exercise control, hold any financial interest in or exercise any right over a railway undertaking, or to manage the railway undertaking or be part of its management, and at the same time to directly or indirectly exercise control, hold any interest in or exercise any right over an infrastructure manager.

3. For the implementation of this Article, where the person referred to in paragraph 2 is a Member State or another public body, two public authorities which are separate and legally distinct from each other and which are exercising control or other rights mentioned in paragraph 2 over the infrastructure manager, on the one hand, and the railway undertaking, on the other hand, shall be deemed not to be the same person or persons.

4. Provided that no conflict of interest arises and that confidentiality of commercially sensitive information is guaranteed, the infrastructure manager may subcontract specific development, renewal and maintenance works, over which it shall keep the decision-making power, to railway undertakings or to any other body acting under the supervision of the infrastructure manager.

5. Where on the date of entry into force of this Directive, the infrastructure manager belongs to a vertically integrated undertaking, Member States may decide not to apply paragraphs 2 to 4 of this Article. In such case, the Member State concerned shall ensure that the infrastructure manager performs all the functions referred to in Article 3(2) and has effective organisational and decision-making independence from any railway undertaking in accordance with the requirements set in Articles 7a to 7c.'

4. The following Articles 7a to 7e are inserted:

Article 7a

Effective independence of the infrastructure manager within a vertically integrated undertaking

1. Member States shall ensure that the infrastructure manager shall be organized in a body which is legally distinct from any railway undertaking or holding company controlling such undertakings and from any other legal entities within a vertically integrated undertaking.

2. Legal entities within the vertically integrated undertaking that are active in railway transport services markets shall not have any direct or indirect shareholding in the infrastructure manager. Nor shall the infrastructure manager have any direct or indirect shareholding in any legal entities within the vertically integrated undertaking active in railway transport services markets.

3. The infrastructure manager's incomes may not be used in order to finance other legal entities within the vertically integrated undertaking but only in order to finance the business of the infrastructure manager and to pay dividends to the ultimate owner of the vertically integrated company. The infrastructure manager may not grant loans to any other legal entities within the vertically integrated undertaking, and no other legal entity within the vertically integrated undertaking may grant loans to the infrastructure manager. Any services offered by other legal entities to the infrastructure manager shall be based on contracts and be paid at market prices. The debt attributed to the infrastructure manager shall be clearly separated from the debt attributed to other legal entities within the vertically integrated undertaking, and these debts shall be serviced separately. The accounts of the infrastructure manager and of the other legal entities within the vertically integrated undertaking shall be kept in a way that ensures the fulfilment of these provisions and allows for separate financial circuits for the infrastructure manager and for the other legal entities within the vertically integrated undertaking.

4. Without prejudice to Article 8(4), the infrastructure manager shall raise funds on the capital markets independently and not via other legal entities within the vertically

integrated undertaking. Other legal entities within the vertically integrated undertaking shall not raise funds via the infrastructure manager.

5. The infrastructure manager shall keep detailed records of any commercial and financial relations with the other legal entities within the vertically integrated undertaking and make them available to the regulatory body upon request, in accordance with Article 56(12).

Article 7b

Effective independence of the staff and management of the infrastructure manager within a vertically integrated undertaking

1. Without prejudice to the decisions of the regulatory body under Article 56, the infrastructure manager shall have effective decision-making powers, independent from the other legal entities within the vertically integrated undertaking, with respect to all the functions referred to in Article 3(2). The overall management structure and the corporate statutes of the infrastructure manager shall ensure that none of the other legal entities within the vertically integrated undertaking shall determine, directly or indirectly, the behaviour of the infrastructure manager in relation to these functions.

2. The members of the management board and senior staff members of the infrastructure manager shall not be in the supervisory or management boards or be senior staff members of any other legal entities within the vertically integrated undertaking. The members of the supervisory or management boards and senior staff members of the other legal entities within the vertically integrated undertaking shall not be in the management board or be senior staff members of the infrastructure manager.

3. The infrastructure manager shall have a Supervisory Board which is composed of representatives of the ultimate owners of the vertically integrated undertaking. The Supervisory Board may consult the Coordination Committee referred to under Article 7d on issues under its competence. Decisions regarding the appointment and renewal, working conditions including remuneration, and termination of the office of the management board members of the infrastructure manager shall be taken by the Supervisory Board. The identity and the conditions governing the duration and the termination of office of the persons nominated by the Supervisory Board for appointment or renewal as members of the management board of the infrastructure manager, and the reasons for any proposed decision terminating the office, shall be notified to the regulatory body referred to in Article 55. Those conditions and the decisions referred to in this paragraph shall become binding only if the regulatory body has expressly approved them. The regulatory body may object to such decisions where doubts arise as to the professional independence of a person nominated for the management board or in the case of premature termination of office of a member of the management board of the infrastructure manager.

Effective rights of appeal to the regulatory body shall be granted for members of the management board who wish to enter complaints against the premature termination of the office.

4. For a period of three years after leaving the infrastructure manager, members of the Supervisory Board or management board and senior staff members of the infrastructure manager shall not be entitled to hold any senior position with any other legal entities within the vertically integrated undertaking. For a period of three years after leaving those other legal entities within the vertically integrated undertaking,

their supervisory or management boards' members and senior staff members shall not be entitled to hold any senior position with the infrastructure manager.

5. The infrastructure manager shall have its own staff and be located in separate premises from the other legal entities within the vertically integrated undertaking. Access to information systems shall be protected to ensure the independence of the infrastructure manager. Internal rules or staff contracts shall clearly limit contacts with the other legal entities within the vertically integrated undertaking to official communications connected with the exercise of the functions of the infrastructure manager which are also exercised in relation to other railway undertakings outside the vertically integrated undertaking. Transfers of staff other than those referred to under point (c) between the infrastructure manager and the other legal entities within the vertically integrated undertaking shall only be possible if it can be ensured that sensitive information will not be passed on between them.

6. The infrastructure manager shall have the necessary organizational capacity to perform all of its functions independently from the other legal entities within the vertically integrated undertaking and shall not be allowed to delegate to these legal entities the operation of these functions or any activities related to them.

7. The members of the supervisory or management boards and senior staff of the infrastructure manager shall hold no interest in or receive any financial benefit, directly or indirectly, from any other legal entities within the vertically integrated undertaking. Performance-based elements of their remuneration shall not depend on the business results of any other legal entities within the vertically integrated undertaking or any legal entities under its control, but exclusively on those of the infrastructure manager.

SOMMARIO: 1. Introduction: the growing period of rail liberalization: from the nineties to the first package. – 2. The innovations of the first package: organizational separation, capacity allocation and independent regulation. – 3. The paradox of further railway packages: internal market rules as the legal basis for the harmonization of technical and safety requirements. – 4. From rationalization to compromise: approval of the fourth railway package. – 5. Overview of the fourth railway package. – 6. Opening up domestic passenger markets and centralization of safety certificates: the innovations of the fourth package. – 7. The “heart” of the fourth package: the institutional separation between the infrastructure managers and transport operators. – 8. Conclusion: Chinese walls as a compromise between institutional separation and holding companies.

1. INTRODUCTION: THE GROWING PERIOD OF RAIL LIBERALIZATION: FROM THE NINETIES TO THE FIRST PACKAGE

While it is, formally, possible to assert that the rail industry has already been liberalized¹, a more specific analysis highlights a fluctuation of the policies that lead to a compromise: the introduction of informational barriers (“Chinese walls”)

¹ A perspective of rail liberalization and of the application of market principles to the railway sector is analyzed by L. CARPANETO, *Il diritto comunitario dei Trasporti tra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto ferroviario*, Giappichelli, Torino, 2009; S. BUSTI, *Profili innovative nella disciplina comunitaria del trasporto ferroviario*, in *Dir. trasporti*, 2003, 27 ff.; A. BATTAGLIA, *Verso la liberalizzazione del trasporto ferroviario?*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 962 ff.; L. AFFUSO, *Il servizio ferroviario nell'esperienza britannica ed internazionale*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, 99 ff.; AA.VV., *Vers le marché unique des transports ferroviaires: le avantages et les dangers de la stratégie européenne*, in *St. diplomatica*, 2004, 9 ff.; M. CASANOVA-M. BRIGNARDEL-LO, *Diritto dei trasporti. Infrastrutture e accesso al mercato*, Giuffrè, Milano, 2004; S. CASSESE, *La trasformazione delle ferrovie statali*, in *La testimonianza del giurista dell'impresa. Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2001, 3 ff.; M. FRIGO, *Politica comunitaria dei trasporti, sicurezza e attuazione dello spazio ferroviario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 203 ff.; G.P. CIMOLINO, *I trasporti ferroviari nella UE*, in L.G. RADICATI DI BROZOLO (ed.), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2001, 193 ff.

between infrastructure managers and rail operators². Since the negotiations for the Treaty of Rome, two rail transport policies were opposed in the Council of Europe³. Traditionally speaking, the Dutch preferred a free market access policy while France⁴, Germany⁵ and Italy, because of the low density of their territories, wanted a strong public intervention in the land transport economy for both trucks and trains⁶. Despite those contrasts, the majority of the Member States decided to begin to completely open up transport markets through the adoption of specific legislative acts. Nevertheless, the earliest Commission proposals were not approved by the Council of Ministers due to the continuation of the monopolized system of rail network. This situation led to a judicial controversy between the Parliament⁷ and the Council before the European Court of Justice. The objective was to force the Council to approve the Commission proposals. The European Court of Justice⁸, first of all, declared that «under Article 175 the Court must find that there has been an infringement of the Treaty if the Council or the Commission fails to act when under an obligation to do so». In conclusion, the Court declared «that in breach of the Treaty the Council has failed to ensure freedom to provide services in the sphere of international transport⁹ and to lay down the conditions under which non-resident carriers may operate transport services in a Member State». However, the effect of this decision was not very far-reaching¹⁰.

After the judgment, the Commission published a white paper with new proposals to achieve the liberalization of internal markets by 1992. In 1991 the Council finally adopted the first and most important Directive (91/440/EEC¹¹ on the rail sector¹²). This Directive required Member States to guarantee that railway undertakings could have the status of independent operators behaving in a commercial manner and adapting to market needs. In any case, the Council understood that liberalization needed a balance with the current railway market structure, still composed

2 See the report of the WORLD BANK, *The benefits of separating rail Infrastructure from operations*, note o. 135 December 1997.

3 See I.B.F. KORMOSS (ed.), *Le chemin de fer et l'Europe*, Bruges, 1972; J. AUSSANT-R. FOURNASIER, *La politique commune des transports*, in *Commentaire Mègret*, III, Bruxelles, 1991, 265 ff., I. BON-GARCI, *L'evoluzione del diritto dei trasporti in Europa*, in *Rev droit transp.*, 2008, 10 ff. and F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei Trasporti*, Giuffrè, Milano, 1996.

4 See E. QUINET, *France: avoiding competition*, in J.A. OMEZ-IBANEZ-G. DE RUS (ed.), *Competition in the railway industry – an international comparative analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006.

5 See S. LALIVE, *Entry in liberalized railway markets: the German experience*, University of Zurich paper series, Zurich, 2007.

6 For a very interesting analysis on how infrastructure access regulation can influence the time measures and the distribution of power in a community, see L. CUOCOLO, *Tempo e Potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009.

7 Complaint submitted through the Resolution, September 16th 1982, in OJEC, C 267, 62 ff.

8 European Court of Justice, May 22nd 1985, case 13/83, *European Parliament v. Council*, in *Rep.*, 1985, p. 1556 ss.

9 An in-depth analysis is made by F. MUNARI, *il diritto comunitario*, cit., 113 ff., providing evidence of the importance of integrated transport policies in order to achieve efficient European intermodal transport: «L'integrazione dei diversi modi di trasporto costituisce da lungo tempo obiettivo della Comunità» e «la trasformazione in senso intermodale del trasporto presuppone l'adozione di misure volte a incentivare l'intermodalità, quali, ad esempio, misure agenti sulla realizzazione e gestione delle infrastrutture, sulla tassazione (differenziata) del loro utilizzo, sulla regolamentazione degli accessi al traffico mono- e pluri-modale».

10 See STEVENS H., *Transport policy in the European Union*, New York, 2004, 276 ff. and G.P. CIMOLINO, *I trasporti ferroviari*, cit., 193 ff.

11 Council Directive 91/440/EEC of 29 July 1991 on the development of the Community's railways, in OJ L 237, 24 August 1991, pp. 0025-0028.

12 A clear explanation of the directive can be read in G.B. DI MICELI G.B., *La nuova configurazione delle ferrovie europee*, in *Economia pubbl.*, 1993, 19 ff. and A. ALEXIS, *Transports ferroviaires et concurrence. Le principaux apports de la Directive n. 91/440*, in *Droit eur. transp.*, 1993, 499 ff.

of national operators; thus, «*in order to boost competition in railway service management in terms of improved comfort and the services provided to users, it is appropriate for Member States to retain general responsibility for the development of the appropriate railway infrastructure*».

Within the new legal framework, the Council identified four instruments in order to achieve liberalization. First of all, each Member State was required to ensure the independence of management of railway undertakings. The same rule was adopted through the separation of the management of infrastructures and the provision of railway transport services. Other important instruments were the improvement of the financial structure of national companies and the obligation to ensure access to the networks of Member States for international groupings of railway undertakings and for companies engaged in the international combined transport of goods¹³. Therefore, at the first stage of liberalization, the European Union considered it sufficient to require an account separation: this route created many differences among the Member States. In fact, while Great Britain and Netherlands fully implemented a complete separation between the network manager and the transport provider, Germany, France and Italy simply introduced account separation.

In an attempt to harmonize the different Member State legislations, in 1995 the European Commission proposed (and the Council approved) two important Directives: the first, Directive 95/18/EC¹⁴, liberalized the licensing of railway companies; the second, Directive 95/19/EC¹⁵, regulated the allocation of railway infrastructure capacity and the charging of infrastructure fees¹⁶. Directive 95/18/EC recognized the right to access to railway infrastructure throughout the European Union on a uniform and non-discriminatory basis. Nevertheless, having regard to the balance between the market and the public interests, the Council established that Member States should give the priority to services provided in the interest of the public¹⁷ and services wholly or partly operated on infrastructure constructed or developed for certain specific services (specialized high-speed or freight lines), without prejudice to the competition law¹⁸. Thus, new licensing requirements were introduced having regard to the principle of subsidiarity¹⁹ and in order to ensure the required

13 According to the current interpretation, the internal market rules (G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2011 and M. MARESCA (ed.), *Lo Spazio Mediterraneo della Mobilità*, Forum editrice universitaria udinese, Udine, 2010) entail a real enforceable right of access to the European market; thus, according to the Directive, international groupings had the right to access and transit in the Member States through their constituent railway undertakings, as well as transit in other Member States, for international services between the Member States where the undertakings were established. See L. IDOT, *L'ouverture des transports ferroviaire à la concurrence*, in *Cahiers droit eur.*, 1995, 263 ff. and A. MACCHIATI-A.CESARINI-A.MALLUS-M. MASSIMILIANO, *Concorrenza e privatizzazione nel settore ferroviario in Europa*, in *Merc. conc. reg.*, 2007, 13 ff.

14 Council Directive 95/18/EC of 19 June 1995 on the licensing of railway undertakings, in OJ L 143, 27 June 1995, pp. 0070-0074.

15 Council Directive 95/19/EC of 19 June 1995 on the allocation of railway infrastructure capacity and the charging of infrastructure fees, in OJ L 143, 27 June 1995, pp. 0075-0078.

16 See EUROPEAN CONFERENCE OF MINISTERS OF TRANSPORT, *Rail reform and charges for the use of infrastructure*, 2005 in <http://www.cemt.org>.

17 As defined in Council Regulation (EEC) No 1191/69 of 26 June 1969 on action by Member States concerning the obligations inherent in the concept of a public service in transport by rail, road and inland waterway, in OJ L 237, 24 August 1991, 25.

18 The Directive clearly specified that those preferences should not determine the breach of article 101 (anti-competitive agreements), 102 (abuses of dominant position) and 106 (exclusive rights) of the Treaty on the Functioning of the European Union. See L. IDOT L., *L'ouverture*, cit., 263 ff.

19 For a complete understanding of the subsidiarity principle, see, S.M. CARBONE-F. MUNARI, *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti, aeroporti ed infrastrutture del tra-sporto, aeroporti, porti e servizi*

uniformity and transparency.

The political resistance to guarantee access rights prescribed in Directive 91/440/EEC had an important stop thanks to the judgment of the European Court of Justice in the European Nights Services (ENS) case²⁰. According to the European Court of Justice, the refusal to provide traction services to an international joint venture (ENS) to operate the Channel tunnel is a restriction of competition. It states that ENS's parent undertakings were not withdrawing permanently from the relevant market, since their technical and financial resources could easily enable them to set up an international grouping under the scope of Article 3 of Directive 91/440 and to provide overnight passenger transport services. Furthermore, they continued to operate primarily on a market upstream from ENS's market, namely the market in necessary rail services which the railway undertakings sold to transport operators such as ENS. Indeed, new railway companies hold to the rights of access conferred by that provision, and Member States may enact domestic legislation which is more generous in the access it allows to infrastructure²¹.

The European Commission²², in the GVG case, consistent with the European Court of Justice, stated that the refusal to deal on both of these markets is considered an abuse of dominant position unless the restraining company justifies its conduct through reasonable and proportionate public interests.

2. THE INNOVATIONS OF THE FIRST PACKAGE: ORGANIZATIONAL SEPARATION, CAPACITY ALLOCATION AND INDEPENDENT REGULATION

After the ENS and GVG cases, in order to achieve complete market opening in 2010, the first package was approved. Directive 2001/12/EC²³ prescribed a more intense separation between network managers and transport operators. With respect to Directive 91/440/EEC the new act strengthens the separation by introducing a new obligation for organizational division between network managers and transport companies. The first package Directive emended article 6 imposing a

di trasporto pubblico locale, in *Dir. Un. eur.*, 2003, 425 ff.; C. CATTABRIGA, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, 361 ff.; U. DRAETTA, *Brevi note sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 415 ff.; R. HOFMANN-R. MASTROIANNI, *Principio di sussidiarietà, politiche culturali e libera circolazione dei servizi*, in *Jus*, 1994, 423 ff.; P.A. PILLITU, *Sull'interpretazione del principio di sussidiarietà*, in *Jus* 1994, 437 ff.; G. STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel Trattato di Maastricht*, in *Riv. dir. int.*, 1992, n. 2, 376 ff.; ID., *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, 59 ff.; ID., *Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: une énigme et beaucoup d'attentes*, in *Révue trimestrielle de droit européen*, 1994, 373 ff.; ID., *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, in *Jus, Rivista di Scienze giuridiche*, 1994, 359 ff.; A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, 229 ff.; C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2000.

20 European Court of Justice, 15th September 1998, Joined cases T-374/94, T-375/94, T-384/94, *European Nights Services Ltd (ENS)*, in *Rep.*, 3141 ff.

21 For a reasoned reading of the case see D. MARESCA, *Regulation of Infrastructure Markets*, Springer, Berlin-New York, 2012, 192 ff.

22 European Commission, 27th August 2003, GVG c. FSI, in OJ L011 16th January, 2004, 17 ff.

23 Directive 2001/12/EC of the European Parliament and of the Council of 26 February 2001 amending Council Directive 91/440/EEC on the development of the Community's railways, in OJ L 075, 15 March 2001, pp. 0001-0025. The other Directives of the first package were: Directive 2001/13/EC of the European Parliament and of the Council of 26 February 2001 amending Council Directive 95/18/EC on the licensing of railway undertakings, in OJ L 075, 15 March 2001, pp. 0026-0028, Directive 2001/14/EC of the European Parliament and of the Council of 26 February 2001 on the allocation of railway infrastructure capacity and the levying of charges for the use of railway infrastructure and safety certification, in OJ L 075, 15 March 2001, pp. 0029-0046 and Directive 2001/16/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001, on the interoperability of the trans-European conventional rail system, in OJ L 110, 20 April 2001, pp. 0001-0027.

separation that is more or less the same as Directive 91/440/EC with the new obligation to keep separate balance sheets and disclose all accounts in detail.

The most important innovation was provided in the second paragraph of the same article where each Member State is given the right to opt for organizational separation within the same entity or the provision of two separate legal entities²⁴. In fact, article 1 of the former version considered organizational or institutional separation as an option. While article 1 was completely repealed from Directive 2001/12/EC, the new article 6 prescribed the need to opt for organizational or institutional separation.

The Directive also extended the notion of undertaking²⁵ including two kinds of companies: those providing traction and transport and those providing traction only, whereas the former version of article three included only those companies whose main business was to provide at the same time traction and rail transport services for goods and/or passengers. Moreover, the notion of infrastructure manager introduced an innovation thanks to the ability to provide separately the functions of the infrastructure manager to different bodies in different parts of the national network.

The licensing of rail operators, already subject to Directive 95/18/EC, had an important modification thanks to Directive 2004/13/EC, which introduced a stronger separation. In fact, the new article 3 of the Directive imposed that the body responsible for issuing licenses was prohibited from providing rail transport services itself and should be independent from bodies or companies that provide such services²⁶. The new license system imposed the adoption of a uniform procedure in order to guarantee high standards of quality, safety and non-discrimination in access rights.

The allocation of railway infrastructure capacity and the levying of charges for the use of railway infrastructure and safety certification were reformed by Directive 2001/14/EC, which brought certain modifications to Directive 95/19/EC²⁷. According to Directive 2001/14/EC the infrastructure manager, in performing the capacity allocation process, must ensure that infrastructure capacity is allocated on a fair and non-discriminatory basis and in accordance with Community law. Some problems could arise in those cases where the infrastructure manager, in its legal form, organization or decision-making functions is not independent from any railway undertaking, also due to the lack of Chinese walls and informational barriers. To overcome these situations, the charging schemes and capacity allocation must be performed by a body that is independent in its legal form, organization and decision-making from any railway undertaking. In this case, informational barriers (Chinese walls) are not sufficient to avoid conflict of interests²⁸.

24 It is important to compare the texts of the two Directives in order to appreciate the increase of separation needed. A comparative analysis of the directives can also be read in G.P. CIMOLINO, *I trasporti ferroviari*, cit., 193 ff., L. CELLI-L. PETTINARI-R. PIAZZA, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, Giappichelli, Torino, 2007.

25 For a confirmation of this perspective, see I.G. ANTONINI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, in LOBIANCO R. (ed.), *Compendio di diritto ferroviario*, Giuffrè, Milano, 2012, 161 ff.

26 See S. BUSTI, *Profili innovativi nella disciplina comunitaria*, in *Dir. trasporti*, 2003, 32 ff.

27 See I.G. ANTONINI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, in R. LOBIANCO (ed.), *Compendio di diritto ferroviario*, cit., 161 ff., A. VIOTTO, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, in *IBL Briefing Paper*, 2008, 9 and, ISFORT, *Competenze e risorse per la mobilità. La liberalizzazione del trasporto ferroviario a livello comunitario e nazionale*, Progress Report, 2008, 4 ff.

28 Nevertheless, there is always a duty, held by infrastructure managers and allocation bodies, to respect the commercial confidentiality of information provided to them.

3. THE PARADOX OF FURTHER RAILWAY PACKAGES: INTERNAL MARKET RULES AS THE LEGAL BASIS FOR THE HARMONIZATION OF TECHNICAL AND SAFETY REQUIREMENTS

After the adoption of the first package the European Union lowered its ability to force liberalization measures on Member States and, as mentioned below, the other packages, all based on internal market rules, did not bring any considerable innovation in opening up markets. The only appreciable achievements that can be underlined refer to the harmonization of rules for the allocation of capacity and for safety.

Given this framework and the still monopolized market, especially in Germany, France and Italy, the European Commission approved a second package of legal measures in 2004²⁹. The need for a new legislation arose from a concrete and specific situation: the strengthening of new alliances between the Italians, Germans, Dutch and Austrian rail companies, which pursued the objective to operate on international corridors (especially, Corridor V Lisbon – Kyev)³⁰. Because of this agreement the Commission established a new deadline (2007³¹) to achieve complete liberalization of international freight rail transport. Each Member State should have ensured the full right of access to the network by this date. Passenger transport³² was, instead, still subject to the same limitations contained in the previous package. From this point of view, the new Directive 2004/51/EC suggests (without obligation) setting 2010 as the last deadline to reach passenger transport liberalization³³: thus, this condition was not accepted by the Council, where the positions of Germany, France, Italy and Austria prevailed.

Nevertheless, the new Directives brought new safety and quality standards and more transparency on the capacity allocation and charging schemes in order to attract more private investors. In fact, until 2004, Member States developed their safety rules and standards mainly on national lines, based on national technical and operational concepts³⁴. Simultaneously, differences in standards, approach and culture have made it difficult to break through the technical barriers and establish international transport operations³⁵. Moreover, the provisions on safety set

29 The second package was composed of Directive 2004/49/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on safety on the Community's railways and amending Council Directive 95/18/EC on the licensing of railway undertakings and Directive 2001/14/EC on the allocation of railway infrastructure capacity and the levying of charges for the use of railway infrastructure and safety certification, in OJ L, 30 April 2004, 16 ff., Directive 2004/50/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 amending Council Directive 96/48/EC on the interoperability of the trans-European high-speed rail system and Directive 2001/16/EC of the European Parliament and of the Council on the interoperability of the trans-European conventional rail system, in OJ L, 30 April 2004, 114 ff. and Directive 2004/51/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 amending Council Directive 91/440/EEC on the development of the Community's railways, in OJ L 164, 30 April 2004, 164-172.

30 See A. VIOTTO, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, cit., 12.

31 The first package set 2008 as the deadline for liberalization but the risk of consolidating a cartel pushed the Commission to propose a new date.

32 See E. MONAMI, *European Passenger Rail Reforms: A Comparative Assessment of the Emerging Models*, in *Transport Reviews*, 2000, 91 ff., C.A. NASH, *Passenger Railway reform in the last 20 years – European experience reconsidered*, in *Research in Transport Economics*, 2008, 61 ff.

33 See I.G. ANTONINI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, cit., 163 ff.

34 See C. KIRCHNER, *Rail Liberalization Index 2004: Comparison of the Market Opening in the Rail Markets of the Member States of the European Union, Switzerland and Norway*, Humboldt University, Berlin, 2004, INSTITUTE FOR TRANSPORT STUDIES, *European Railway Comparisons, Final Report*, ITS Working Paper 418, University of Leeds, 1994, P. HAFNER, *The Effects of Railroad Reform in Germany*, in *Japan Railways and Transport Review*, 1996, 27 ff. and H. LINK, *Rail infrastructure charging and on-track competition in Germany*, in *International Journal of Transport Management*, 2004, 17 ff.

35 See Whereas no. 1 of Directive 2004/49/EC.

forth in Directive 2001/14/EC had proved to be insufficient and differences between safety requirements were still present throughout Europe³⁶. In conclusion, the second package highlighted the lack of any genuine will for real liberalization from the Member States and only technical and safety measures were approved. The paradox is that even if the juridical basis of the second package were still the internal market rules, the real content of the Directives reached different objectives (mostly increasing safety) leaving the rail market in the same situation prescribed by Directive 2001/12/EC.

On 3rd March 2004 the Commission proposed the third package of measures³⁷, which addresses train driver licensing, quality of service for rail freight transport, passenger rights in international railway transport and market-opening for international passenger transport services by rail. Already in October 2003 the European Parliament voted in this legislative procedure on an amendment aiming at opening up all passenger transport services by 2008.

The new package provided the market-opening for international passenger transport services by the deadline of 2010, in order to enable all operators to prepare in an appropriate manner³⁸. The need for new liberalization measures for passenger transport arose from the intense competitive pressure from low-cost airlines. The European Union, anyway, was clear to restrict the liberalization to international transport, admitting that some intermediate stops could be admitted but the introduction of new, open-access, international services with intermediate stops should not be used to bring about the opening of the market for domestic passenger services, but should merely be focused on stops that are ancillary to the international route. For this purpose the European Union allows Member States to limit the right of access defined for services between a place of departure and a destination which are covered by one or more public service contracts³⁹.

Conclusively those measures simply extended freight rail transport liberalization to international passenger transport without changing anything in the relationships between the infrastructure managers and services operators.

36 See L. CARPANETO, *Il diritto comunitario dei Trasporti tra sussidiarietà e mercato*, cit., p. 204; according to the A., through the second package, «l'obiettivo che le istituzioni comunitarie si propongono di raggiungere con tale riforma è la realizzazione di un sistema comunitario di tutela della sicurezza nel trasporto ferroviario, basato, da un lato, sulla creazione di un sistema di governance multilivello e, dall'altro, sull'armonizzazione della disciplina di riferimento».

37 The third package was composed of: Directive 2007/58/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 amending Council Directive 91/440/EEC on the development of the Community's railways and Directive 2001/14/EC on the allocation of railway infrastructure capacity and the levying of charges for the use of railway infrastructure, in OJ L 315, 03 December 2007, pp. 0044-0050, Directive 2007/59/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on the certification of train drivers operating locomotives and trains on the railway system in the Community, in OJ L 315, 03 December 2007, pp. 0051-0078. The same package also provided for three Regulations related to public services for passengers: Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail and by road and repealing Council Regulations (EEC) Nos 1191/69 and 1107/70, in OJ L 315, 03 December 2007, pp. 0001-0013, Regulation (EC) No 1371/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on rail passengers' rights and obligations, in OJ L 315, 03 December 2007, pp. 0014-0041 and Regulation (EC) No 1372/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 amending Council Regulation (EC) No 577/98 on the organization of a labour force sample survey in the Community Text with EEA relevance, in OJ L 315, 03 December 2007, pp. 0042-0043.

38 See R. ELZINGA-E. JUTTEN-G. NIELS, *Essential or Nice to Have? A competition-based Framework for rail-related services*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2008, p. 50 ff. and I.G. ANTONINI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, cit., 165 ff.

39 However, the provisions of Regulation no. 1370/2007/EC have to be respected. See A. CLARONI, *La regolazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in S. ZUNARELLI (ed.), *Il diritto del mercato del trasporto*, cit., 179 ff. and L. CARPANETO, *Il diritto comunitario dei trasporti tra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto ferroviario*, cit., 304 ff.

4. FROM RATIONALIZATION TO COMPROMISE: APPROVAL OF THE FOURTH RAILWAY PACKAGE

After the third package, the legal framework was very messy and chaotic, thus the European Union started a renationalization process that led to the unification of all Directives in a single legal act: Directive 2012/34/EU⁴⁰. It groups Directive 91/440/EEC, Directive 95/18/EC and Directive 2001/14/EU because amendments were necessary in order to coordinate the framework and to achieve more legal certainty and clarity⁴¹. The rationalization of the matter was an important instrument to render railway transport efficient and competitive with other modes of transport.

The principle of separation between public powers and economic activities is underlined in the Directive in order to ensure that railway undertakings controlled by Member States have independent status: their assets, budgets and accounts should be separate from those of the State.

The Directive repeated the need of independence of railway undertakings too. According to article 5 of the Directive, they must carry out their activities by market rules and manage those activities under the responsibility of their management bodies⁴². In other words, they are asked to behave according to the principles which apply to commercial companies, irrespective of their ownership. Accordingly, the Directive deals with the real separation between the provision of transport services and the operation of infrastructure. According to the Council and the Parliament, in order to ensure fair competition and to guarantee full transparency, these two activities should be managed separately and have separate accounts. The goal is to remove any conflict of interest that may arise and protect the confidentiality of commercially sensitive information. The operator of the service facility should not belong to a body or firm which is also active and holds a dominant position at a national level in at least one of the railway transport markets for the carriage of goods or passengers for which the facility is used.

However, Directive 2012/34/EU expressly gives signs of a slight decrease in the goal to achieve complete liberalization; indeed, it clearly provides for an interpretation of the separation specifying that «*independence should not entail the establishment of a separate legal entity for service facilities*». The Directives also valorize the goal of fair competition underlining that the market opening is not an absolute value⁴³ but it is an instrument to meet the needs of all users and traffic types in a fair and non-discriminatory manner.

For this reason it is essential to pursue efficient management and fair and non-discriminatory use of rail infrastructure through the establishment of a regulatory body that oversees the application of European rules. The regulatory Authority should be able to enforce its disclosure requirements and decisions by means of appropriate penalties. The first goal of the authorities should be to verify that separate profit and loss accounts and balance sheets are kept and published, on

40 Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 *establishing a single European railway area*, in OJ L 343, 14 December 2012, 32 ff.

41 The clarity of European legislation is a key feature of the legal certainty principle as discussed in J. RAITIO, *The principle of legal certainty*, Springer, Berlin, 2003.

42 The objective is to provide efficient and appropriate services at the lowest possible cost for the quality of service required. See WORLD BANK, *The benefits of separating rail infrastructure from operations*, cit., and L. CARPANETO, *Il diritto comunitario dei trasporti tra sussidiarietà e mercato*, cit., 212 ff.

43 For a discussion about the public goals of antitrust regulations read D. MARESCA, *The importation of the rule of reason in European competition law: the implications of economic and behavioral theories and the case of ports services*, in *Dir. comm. internaz.*, cit., 971 ff.

the one hand, for the provision of transport services by railway undertakings and, on the other, for the management of the railway network⁴⁴. Nevertheless, the separation of accounts, while Directive 2001/12/EC represented a growing passage of the liberalization process Directive 2012/34/EU leaves the Member States the discretion to choose whether to require the organization of distinct divisions within a single undertaking or the management of infrastructure and transport services through separate entities. The only different factor in Directive 2012/34/EU is the identification of essential functions⁴⁵ that cannot be managed by railways companies in order to determining equitable and nondiscriminatory access to infrastructure, regardless of organizational structures.

On January 30th 2013, the European Commission approved a comprehensive proposal package of measures⁴⁶ to increase the quality and choice in railway services in Europe. In the fourth package⁴⁷ the European Commission confirms that liberalization is no longer an absolute goal but it has a key role to raise traffic demand, congestion, fuel security and environmental protection.

According to the European Commission there are still obstacles to liberalization with respect to access to the market for domestic passenger services. In many Member States these markets are closed to competition, which does not only limit their development, but also creates disparities between those Member States that have opened their markets, and those that have not. However, the Commission highlights the difficulty in obtaining complete liberalization: although North America and Great Britain have competing rail infrastructures, most of the European railway network was designed within the borders of each State in order to be a single network. Moreover, the only way to have an efficient use of infrastructure is to promote its intensive use. Indeed, European infrastructures, born as a natural monopoly, are likely to become legal monopolies. Thus, the European Directives require a degree of separation between network managers and transport companies in order to ensure fair and equal treatment of all enterprises. Nevertheless, neither the previous package nor the fourth requires Member States to ensure an institutional separation between the two activities.

5. OVERVIEW OF THE FOURTH RAILWAY PACKAGE

The fourth Railway Package includes four legislative proposals, three reports and three staff working documents. The most important amendment proposal regards

44 The objective is to avoid the so-called "cross-subsidiarization" according to which Public funds paid to one of these two areas of activity shall not be transferred to the other. See M. CIRENELI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati: la direttiva della commissione 2000/52/ce e il nuovo ambito della "disciplina trasparenza"*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, 281 ff.

45 The essential functions shall be: (a) decision-making on train path allocation, including both the definition and the assessment of availability and the allocation of individual train paths; and (b) decision-making on infrastructure charging, including determination and collection of the charges.

46 The fourth package is made of five amendment proposals to the following acts: Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 *establishing a Single European Railway Area* (Recast), Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 *on public passenger transport services by rail and by road*, Regulation (EC) No 881/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 *establishing a European Railway Agency*, Directive 2004/49/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 *on safety on the Community's railways*, Directive 2008/57/EC of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 *on the interoperability of the rail system within the Community* and to repeal Regulation (EEC) 1192/69 *on common rules for the normalization of the accounts of railway undertakings*.

47 Communication of the European Commission on *The Fourth Railway Package – Completing the single European railway area to foster European competitiveness and growth*, 30 January 2013, COM(2013) 25 final.

the heart of the liberalization process: Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a Single European Railway Area. The modification of this Directive has a huge impact on two specific features: domestic transport and infrastructure manager governance. It is, indeed, well known that the earlier packages brought a certain degree of liberalization only restricted to international services; the fourth package attempts to open all domestic passenger markets through a legal structure comprising: a) free competition for all lines except b) public tenders for public services lines (where free competition cannot guarantee adequate service. Moreover, infrastructure manager governance is one of the most debated features of the rail reform; indeed, the account separation showed the difficulty in reaching that impartial behavior that is required of an essential facility manager. Therefore, the European Commission provides for the obligation to have institutional separation between the infrastructure manager and the transport operator; however, in the case of a vertically integrated holding structure, each Member State is entitled to introduce some informational barriers, which prevent discrimination in favor of the controlled company.

Secondly, there is a specific proposal regarding public transport services through amendments to Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail and by road⁴⁸. This proposal encompasses common rules on the award of public service contracts for passenger transport by rail, together with accompanying measures to increase the success of competitive tendering procedures. The objective of mandatory competitive tendering for public service contracts is to intensify competitive pressure on domestic rail markets, in order to increase the quantity and improve the quality of passenger services. The proposal provides a flexible but formalized and transparent procedure for defining public service obligations and the geographical scope of public service contracts, if competent authorities⁴⁹ consider that public intervention is necessary to ensure a politically desirable level of mobility in the territory under their responsibility. As a matter of fact, free access to the rail infrastructure is useful without the possibility of gaining access to rolling stocks; therefore, the proposal provides an obligation held by Member States to ensure effective and non-discriminatory access to suitable rail rolling stock for operators wishing to provide public passenger services by rail⁵⁰.

A lower impact is expected from the amendment to the Regulation (EC) No 881/2004 of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 establishing a European Railway Agency. In the preamble of the amendment proposal it is affirmed that the new Regulation aims to recognize the European Railway Agency as an actual independent authority in the field of interoperability and safety. The new

48 This proposal includes amendments to the entire European legal framework on rail passengers: Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 *on public passenger transport services by rail and by road* and repealing Council Regulations (EEC) Nos 1191/69 and 1107/70, in *OJ L 315*, 03 December 2007, pp. 0001-0013, Regulation (EC) No 1371/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 *on rail passengers' rights and obligations*, in *OJ L 315*, 03 December 2007, pp. 0014-0041.

49 The amendment to article 2c increases legal certainty by specifying that a competent local authority covers urban agglomerations or rural districts, not large parts of the national territory.

50 The Commission, in its communication attached to the proposal, is aware that there are still Member States «where there are no well-functioning leasing markets for rail rolling stock it is up to competent authorities to take measures to ensure access to rolling stock in order to open up the market. However, as the situation and needs may vary from country to country, the new provision leaves competent authorities broad scope to choose the most appropriate ways of achieving the objective, while indicating the most frequently used measures».

competences should focus on the removal of administrative and technical barriers, in particular by establishing a common approach to safety and interoperability rules to increase economies of scale for railway undertakings active across the EU, decreasing administrative costs and accelerating administrative procedures, as well as avoiding disguised discrimination. This duty would be even easier through increased harmonization of safety requirements provided by certain modifications of the Directive 2004/49/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on safety on the Community's railways. The last proposal contained in the fourth package concerns the account rules by increasing harmonization requirements provided by the Directive 2008/57/EC of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the interoperability of the rail system within the Community and to repeal Regulation (EEC) 1192/69 on common rules for the normalization of the accounts of railway undertakings.

The fourth Railway package also includes three Commission reports and three staff working documents which provide the background of the amendment proposals. First of all, the Commission wrote a complete report on the progress made towards achieving rail system interoperability. Two additional reports regard the profile and tasks of other train crew members and the implementation of the provisions of Directive 2007/58/EC on opening up the market of international rail passenger transport. Whereas the first staff working document provides an in-depth study on the impact assessment related to the revision of the European Railway Agency regulation, the other two working documents are strictly related to liberalization measures: indeed, they refer to the Impact Assessment related to opening up the market for domestic passenger transport services by rail and the Impact Assessment related to the governance of railway infrastructure in the single European railway area.

The aim of the European Commission is to ensure a certain framework condition in order to ensure the effectiveness of opening up the market. The most important key features of the proposal are, indeed: the liberalization of domestic transport markets, harmonization of safety requirements and institutional separation between infrastructure managers and transport operators. These features are set forth in the proposal through four horizontal conditions such as non-discriminatory access to infrastructure, to suitable rolling stock, to stations and train path allocation including traffic management. The Commission Communication announces that some of these framework conditions will be addressed through the initiatives for opening up the market for domestic passenger transport services by rail and others via the proposal on enhanced infrastructure management. Thus, the three main objectives can be summed up as follows: a) opening up the domestic passenger market, b) harmonization of safety certifications and c) structural changes in infrastructure management. In order to pursue these objectives it is of the utmost importance to lower the access barriers for new entrants through new synergies brought in by the reduction of discrimination in access to infrastructure and by the provision of simplified procedures for issuance of safety certificates to railway companies and vehicle authorizations for placing on the market.

6. OPENING UP DOMESTIC PASSENGER MARKETS AND CENTRALIZATION OF SAFETY CERTIFICATES: THE INNOVATIONS OF THE FOURTH PACKAGE

One of the most important features of the fourth railway package is the opening of the national domestic passenger transport⁵¹. Indeed, these markets are still mostly closed. Only Sweden and the United Kingdom have fully opened up their markets, with Germany, Austria, Italy, Czech Republic and the Netherlands having opened theirs to a limited extent.

In order to achieve a higher level of innovation, efficiency and value for money, the Commission proposes to open up domestic passenger railways to new entrants and services from December 2019. In this scenario, companies should be able to offer domestic rail passenger services across the European Union: either by offering competing commercial services or through bidding for public service rail contracts, which will become subject to mandatory tendering. In other words, the ability to limit the opening of domestic passenger markets is restricted to those cases where the economic equilibrium of a public service contract is compromised⁵². Concerning public service obligations, the Commission introduces mandatory tendering of these kinds of contracts effective as of December 2019⁵³. The scope of those contracts and the underlying should be defined in compliance with criteria based on general Treaty principles. The Commission Communication clearly explains that it is necessary to prevent contracts where an excessive geographic scope is stipulated for the purpose of market foreclosure. Thus, the Commission proposes a new definition of maximum contract volume through the identification of a minimum threshold below which contracts may be awarded without a public tender, only if the expected savings of public funds would not exceed the costs of tender. In any case, contracts directly awarded after the adoption of the legislative package should not continue to be effective after 31 December 2022.

The proposed amendments require Member States to approve, through their competent authorities, public transport plans and set objectives for public passenger transport policy including general performance patterns for public passenger transport. The aim of adopting such plans is to draft public service contracts in a coherent, integrated and efficient manner, related to a specific geographic area. These plans should be drafted in line with the requirements of urban and regulatory mobility plans. The efficiency created by adopting the plans should entail an amount of savings in subsidies higher than any additional administrative burdens that the competent authorities related to bidding procedures will have to sustain. Moreover, in order to ensure maximum transparency, Member States should be required to ensure complete disclosure of certain operational, technical and financial data to all potential bidders for public service contracts, thereby enabling them to prepare a well-informed offer.

51 For a complete study of passenger transport liberalization, see See E. MONAMI, *European Passenger Rail Reforms: A Comparative Assessment of the Emerging Models*, cit., 91 ff.

52 This kind of administrative activity is extremely technical given the economic analysis carried out by regulatory authorities: «In order to determine whether the economic equilibrium of a public service contract would be compromised, the relevant regulatory body or bodies referred to in Article 55 shall make an objective economic analysis and base its decision on pre-determined criteria. They shall determine this after a request from any of the following, submitted within one month from the information on the intended passenger service referred to in Article 38(4): (a) the competent authority or competent authorities that awarded the public service contract; (b) any other interested competent authority with the right to limit access under this Article; (c) the infra-structure manager; (d) the railway undertaking performing the public service contract».

53 According to the proposed article 11, «Member States may limit the right of access provided for in Article 10(2) to passenger services between a given place of departure and a given destination when one or more public service contracts cover the same route or an alternative route if the exercise of this right would compromise the economic equilibrium of the public service contract or contracts in question».

Moreover the proposal contains a new definition of infrastructure manager. Article 3.2. provides a clarification⁵⁴, which sets out all the relevant functions that are to be performed by the infrastructure manager in order to ensure that all these functions are fulfilled in a consistent manner. The amendment removes the option set out in the existing text for functions of the infrastructure manager on a network or part of a network to be allocated to different bodies or firms. It also clarifies the meaning of the different functions of infrastructure management. The same article, under point 5, provides a new definition of rail passenger services; indeed, current legislation contains a specific definition of international passenger services but, given the opening of the market for domestic passenger transport services by rail, the distinction between international and domestic passenger services becomes irrelevant and it has, therefore, been deleted by the Commission. Moreover, in order to ensure that passengers continue to benefit from network effects, the proposed art. 13a gives Member States the ability to establish information and integrated ticketing schemes common to all railway undertakings operating domestic passenger services in a way that does not distort competition. In addition, it provides for the adoption of coordinated contingency plans by railway undertakings to provide assistance to passengers if there is a major disruption of traffic.

The new package also strengthens access rights to an essential facility as a key feature of liberalization. According to the Commission, it is necessary to define uniform principles and procedures to be applied with regard to the allocation of railway infrastructure capacity and the charging of infrastructure fees for railway undertakings or international groups established within European borders. According to the most important principle of the proposal, railway infrastructure capacity is allocated on a fair and non-discriminatory basis. Indeed, article 10.2 of the directive proposal on domestic passenger transport provides an amendment in order to grant access rights to European railway undertakings for the purpose of operating domestic passenger services both for international and domestic transport⁵⁵. Guaranteeing higher quality service is always the priority for the Commission. Indeed, safety harmonization is another key feature of the fourth package. In order to realize the potential of the single market, the Commission proposes a complete revision of the European Railway Agency⁵⁶ in order to centralize under a single Agen-

54 According to the proposed article 3.2., «*infrastructure manager means any body or firm ensuring the development, operation and maintenance of railway infrastructure on a network; development includes network planning, financial and investment planning as well as building and upgrades of the infrastructure; operation of the infrastructure includes all elements of the process of train path allocation, including both the definition and the assessment of availability and the allocation of individual paths, traffic management and infrastructure charging, including determination and collection of the charges; maintenance includes infrastructure renewals and the other asset management activities*».

55 Since the distinction made in the existing legislation between international and domestic services has been removed, whose purpose was to determine the international or domestic nature of a service.

56 Regulation 881/2004 established the European Railway Agency. The idea of creating this entity was already in the White Paper of the European Commission of 1996 on the revitalizing of European railways in order to achieve a gradual harmonization of national rules and guarantee network interoperability. The Agency is located in France (in Valenciennes and Lille; The institution of decentralized European entities is not a new phenomenon: in fact there are three generations of European Agencies: they respond to the need to study technical and scientific matters within the European institutional framework) and has the task of reinforcing safety and interoperability in European railways. Simultaneous pursuit of the goals of safety and interoperability required substantial technical work that was absent inside the Commission services. The objective of the Agency is to assist the European Commission and Member States for the adoption of technical and safety requirements to be inserted in European legislation. Thus, it does not have decisional powers. Anyway, although the European Railway Agency was very important to increase the quality standards of European rail transport it did not simplify the difficult achievement of full liberalization.

cy the competence for issuing vehicle authorizations for placement on the market and for safety certification for railway undertakings⁵⁷. The centralization would be, in any case, offset by the obligation of close cooperation with the relevant national competent authorities. At the same time, the European Railway Agency would have an enhanced role in the supervision of national rules and monitoring national authorities, as well as in facilitating the deployment of the European Rail Traffic Management System. According to the European Commission, the changes in the Agency's role will be reflected in amendments to the Railway Safety and Interoperability Directives, providing an opportunity to clarify and simplify existing provisions, consolidate previous amendments and update legislation. In order to make these changes more effective, the Agency's governance structure and internal operating methods should be improved and aligned with the recently adopted Joint Statement and Common Approach on European decentralized agencies⁵⁸. The new competences seems to design the Railway Agency as an independent Authority. The regulation power of the Railway Agency should also provide for protection to those companies that think to have been discriminated against or is aggrieved through decisions adopted by the infrastructure manager concerning, mainly, the network statement, the allocation process, the charging scheme, the level or structure of infrastructure fees and safety requirements and rules⁵⁹. According to the proposal, the Agency should oversee the charges set by network companies and ensure they comply with technical and safety requirements and that they are not discriminatory.

7. THE "HEART" OF THE FOURTH PACKAGE: THE INSTITUTIONAL SEPARATION BETWEEN THE INFRASTRUCTURE MANAGERS AND TRANSPORT OPERATORS

The strong criticism against the new market players is the holding structure of national companies: for instance infrastructure managers have sometimes considerably increased track and station access charges for passenger services compared to rates asked of incumbents. Moreover, information asymmetries lead to competitive advantages for private operators and there is a steady risk of cross-subsidization due to the lack of complete financial transparency. According to the European Commission, the separation requirements prescribed by current

57 According to article 10 of the amendment proposal, «the single safety certificate shall be granted by the Agency on the basis of the evidence that the railway undertaking has established its safety management system in accordance with Article 9 and meets the requirements laid down in TSIs and in other relevant legislation in order to control risks and provide transport services safely on the network».

58 The aim of these proposals is to achieve a 20% reduction in the time to market for new RUs and a 20% reduction in the cost and time needed to authorize rolling stock. This should lead to €500 million in savings over five years and contribute to the European rail industry's competitive edge and leading position on world markets.

59 For a complete view of the tasks of independent regulators, see G. TESAURO-M. D'ALBERTI (ed.), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2001, S. CASSESE-C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Riv. dir. amm.*, 1995, 629 ff., G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ff., M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007, M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, v. I, Giuffrè, Milano, 2006, 588 ff.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007. Specifically on the regulation of transport infrastructures: M. MARESCA, *La regolazione nel comparto dei Trasporti*, in ID. (ed.), *Lo spazio Mediterraneo della Mobilità*, Forum, Udine, 2010, 109 ff. and M. LOPEZ DE GONZALO, *La «regola della separazione» nella disciplina dei servizi portuali ed aeroportuali*, in *Dir. maritt.*, 2005, p. 670 ss.

legislation met difficulty in being transposed and enforced⁶⁰. Indeed, several infringement proceedings are pending before the Court of Justice because current national legal frameworks are insufficient to remove risks of conflicts of interest and possible distortions of competition. Moreover, if many rail operators presented studies to prove the inefficiency of separation and that integrated rail companies can achieve significant growth in the market, the Commission affirmed that *«this must be balanced against strong concerns that rail companies with dominant positions protected by integrated structures in their “home” market could obtain financial benefits giving them an unfair competitive advantage when competing elsewhere in the EU or even domestically against new market entrants»*.

Given this background, the Commission tries to understand if separation is still an efficient instrument to fully develop European railways. Reading the reasoning of the European Commission one can clearly see the reluctance, or better, the renouncement in pursuing complete separation between the infrastructure manager and railway undertakings; indeed, notwithstanding the critical situation described, the European Authority encourages infrastructure managers and service companies to realize appropriate forms of cooperation using a particular route so that proper governance structures can ensure alignment of interests of an increasing number of players in an open market. The paradox of the fourth package is easily seen: insufficient liberalization, caused by the lack of separation and by information asymmetries, should be achieved through cooperation between those entities that should be separated.

The political impossibility to reach complete liberalization has been admitted by the Commission, whose proposals for institutional separation of infrastructure management and transport operation was rejected by the member States. It is possible to conclude that the controversy of the eighties, where the Netherlands and Great Britain won against Germany, France and Italy⁶¹ has re-opened. Member States (especially Germany and France) want to maintain existing holding structures with infrastructure manager ownership. Thus The European Commission proposes to introduce strict safeguards, expressly called “Chinese walls”, to protect the independence of the infrastructure manager with an oversight process enacted by the Commission to ensure that a genuine level playing field for all railway undertakings⁶² is put in place. The purpose of this business technique is to prevent

60 The Commission expressly recalls the cases of Italy and France.: *«the Italian Competition Authority for example sanctioned Ferrovie dello Stato (FS) and imposed a fine amounting to €300000 after finding that FS, put in place through its subsidiaries a ‘complex and unified strategy’ to keep Arenaways, (a competitor that was bankrupt by the time of the decision) out of the profitable route between Milan and Turin between 2008 and 2011. In the same manner, the French Competition Authority recently sanctioned SNCF imposing a fine of €60.9 million for various anti-competitive practices after opening of the French rail freight market in 2006. As delegated infrastructure manager, SNCF collected confidential information on the requests of train paths submitted by its competitors and used it in the commercial interest of its freight subsidiary, SNCF Fret»*. For a complete description and analysis of European railway cases, see D. MARESCA, *Regulation of infrastructure markets*, cit., 169 ff.

61 The political objections to the liberalization analyzed by the European Court of Justice, May 22nd 1985, cause 13/83, *European Parliament v. Council*, in *Rep.*, 1985, 1556 ss., are now emerging again.

62 The proposal also confirms the extended notion of undertaking, both for services and network companies. This is crucial, in order to identify the main structure within a Member State can provide for the necessary barriers, or Chinese walls. Thus, informational divisions have the objective to avoid the conflict of interests between the infrastructure management and the transport operation. Therefore, the differences between the notion of undertaking and the formal entity established in a Member State identify the border of the Regulation power accorded to the European Commission by the Directive. In this context, the evaluation of appropriate barriers within a whole undertaking is under the control of the European Commission. See C. SALQUE, *Intégration du marché européen des transports ferroviaires et nouvelle stratégie des entreprises ferroviaires historique européenne*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2006, 51 ff. analyzes the challenge for the new market opening from the perspective of the historical Stated

conflicts of interest within a single legal entity⁶³ and create an information barrier between departments that make investment decisions and departments that hold important information which could influence those decisions⁶⁴.

Conclusively, the European Commission decided to introduce two articles⁶⁵ to Directive 2012/34/EU in order to increase the information barriers⁶⁶ between infrastructure managers and transport companies leaving the choice to maintain a vertically integrated structure through a specific holding entity owned by the State.

8. CONCLUSION: CHINESE WALLS AS A COMPROMISE BETWEEN INSTITUTIONAL SEPARATION AND HOLDING COMPANIES

Although the new proposal specifically requires institutional separation between network companies and transport services, in the last paragraph, it provides for an exception related to those cases where the infrastructure manager belongs to a vertically integrated undertaking. In such cases, Member States must ensure that the infrastructure manager performs all its functions through effective organizational and decision-making independence from any railway undertaking. As anticipated, the resolution of conflict of interests⁶⁷ through the introduction of Chinese Walls already failed in the financial sector where the Gramm-Leach-Bliley Act of 1999⁶⁸ is considered one of the factors responsible for the Lehman Brothers

owned rail operators. The same conclusions can be read in G. Stefani, *Le imprese pubbliche di trasporto di fronte al mercato unico europeo*, in *Econ. pubbl.*, 1991, 460 ff. and ID., *Proprietà e gestione delle ferrovie dello Stato nella prospettiva del mercato unico europeo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1991, 413 ff.

63 According to MCVEA H., *Financial Conglomerates and the Chinese Wall: Regulating Conflicts of Interest*, Oxford, 1993, «the Chinese Walls are a regulatory mechanism aimed at stemming the flow of information from one department in a firm to another, and reconciling conflicts of interest more generally singled out for special treatment».

64 Finance regulation is the traditional field of application for the implementation of procedures aiming to enforce reasonable policies to safeguard insider information and the influence on trading and investments. One of the most damaging factors caused by the lack of separation is the possibility to facilitate insider trading, as it is possible to study in S. NORMAN, *Chinese Wall or Emperor's New Clothes – Regulation Conflicts in Interest of Securities Firms in the U.S. and the U.K.*, in 9 *Mich. YB Legal Stud.* 91 (1988), according to which Chinese Walls are only formal rules that are useless to achieve real separation and to set up concrete information barriers. However, other authors think they are good instruments to overcome conflict of interests: M. LIPTON-R. MAZUR, *The Chinese Wall Solution to the Conflict Problems of Securities Firms*, in 50 *N.Y.U. L. Rev.* 459 (1975), I. WALTER, *Conflicts of Interest and Market Discipline Among Financial Service Firms*, in *European Management Journal*, 2004, 361 ff. The purpose of separation between the corporate-advisory area and the brokerage department is to preserve the independence of the bank structure advising clients on equity investments from the department in charge of giving corporate advice on takeovers and mergers. A complete explanation of the functioning of Chinese Walls in the banking structure can be read in L. HERZEL-D.E. COLLING, *The Chinese Wall and Conflict of Interest in Banks*, in *The business lawyer*, 1978, 73 ff.

65 Articles 7a and 7b of the proposal is specifically commented on by the Commission in the explanatory memorandum where it affirms that «the proposal allows vertically integrated undertakings, including those with a holding structure, to maintain ownership of the infrastructure manager. However, it clarifies that this is only permissible if conditions are fulfilled which ensure that the infrastructure manager has effective decision-making rights for all its functions. It further sets out that this must be guaranteed by strong and efficient safeguards protecting the infrastructure manager's independence. It specifies that these safeguards should be in place with regard to the structure of the undertaking, including the separation of financial circuits between the infra-structure manager and other companies of the integrated group. It also sets out rules on the management structure of the infrastructure manager».

66 An economic analysis on how Chinese walls are unable to resolve conflict of interests is carried out in J. STIGLITZ, *The Failure of Macroeconomics in America*, in *China and World economy*, 2011, 17 ff.

67 The well-developed American doctrine on Chinese Walls has already identified the difficulty in removing conflicts of interest without institutional separation. For example, H. MCVEA, *Financial Conglomerates and the Chinese Wall: Regulating Conflicts of Interest*, cit., In fact Norman underlined that Chinese Walls are only New Clothes of the conflicts of interest, S. NORMAN, *Chinese Wall or Emperor's New Clothes – Regulation Conflicts in Interest of Securities Firms in the U.S. and the U.K.*, cit., 91 ff., because of their formal nature. For a dissenting position see: M. LIPTON-R. MAZUR, *The Chinese Wall Solution to the Conflict Problems of Securities Firms*, cit., 459 ff., I. WALTER, *Conflicts of Interest and Market Discipline Among Financial Service Firms*, cit., 361 ff.

68 On the front page of the New York Times we read that «In late 1999, Mr. Gramm played a central role in what

insolvency⁶⁹. According to Norman⁷⁰, it can be held that information barriers are only a formality to hide the impossibility to achieve real separation. However, the European Commission, which candidly states the political impossibility to prevent the holding structures of railway undertakings, tried to check the real conflicts of interests prescribing three kinds of Information barriers related to: the independence of the infrastructure manager, independence of the staff and management and the provision of a detailed regulation procedure oversee compliance.

The first Chinese wall provided by the proposal is the formal separation of the entities within a same holding. The need to achieve effective independence of the infrastructure manager within a vertically integrated undertaking requires Member States to organize the network company as a legally distinct body from any railway holding company controlling such companies and from any other legal entities within a vertically integrated undertaking.

However, the mere formal division is not sufficient⁷¹: consequently the Commission proposes to forbid legal shareholdings from crossing over within the same holding controlling both the network manager and the transport operator. Cross-subsidiarization is equally prohibited: infrastructure manager incomes cannot be used for the financing of other legal entities within the vertically integrated undertaking. These gains are only allowed to finance the business of the infrastructure manager and to pay dividends to the owner. The same principle is applied to the possibility to transfer receivable assets from the network body to the rail operator and vice versa: the infrastructure manager is not permitted to grant loans to any other company controlled by the holding and no other legal entity within the vertically integrated undertaking is allowed to grant loans to the infrastructure manager. Moreover, market price principles are introduced for any services offered by

would be the most significant financial services legislation since the Depression. The Gramm-Leach-Bliley Act, as the measure was called, removed barriers between commercial and investment banks that had been instituted to reduce the risk of economic catastrophes. Long sought by the industry, the law would let commercial banks, securities firms and insurers become financial supermarkets offering an array of services”, E. LIPTON-S. LABATON, *A Deregulator Looks Back, Unswayed*, N.Y. Times, Nov. 17, 2008. Despite this position Gramm continued with his ideas blaming the crisis on bad monetary policy and mortgage lending politicization, P. GRAMM, *Deregulation and the Financial Panic*, in Wall St.J., Feb. 20, 2009, at A17.

69 This is the opinion of C. GASPARINO, *The sellout, How Three Decades of Wall Street Greed and Government Mismanagement Destroyed the Global Financial System*, Harper Collins, New York, 2009, while, according to J.W. MARKHAM, *The subprime crisis – a test match for the bankers: Glass-steagall vs. Gramm – Leach – Bliley*, in *Florida international University selected works, ExpressO*, «Government-housing policies, artificially low interest rates, misapplications of fair value accounting standards, defective risk models, and sheer greed and ineptitude by mortgage lenders and brokers appear to be the real culprits in the subprime crisis, not the right honourable Messers Gramm, Leach and Bliley». The new policy undertaken by Obama attempted to overcome the impasse according to J. CALMES, *With Populist Stance, Obama Takes on Banks*, in *N.Y.Times*, Jan. 22, 2010, at A1.

70 S. NORMAN, *Chinese Wall or Emperor's New Clothes*, cit., 93 ff.

71 There are currently eleven procedures for the breach of railways directives caused by the lack of real separation between the infrastructure manager and the rails operator: European Court of Justice, 28 February 2013, *European Commission v. Kingdom of Spain*, Case C-483/10, in Rep., 2013 p. 0., Advocate General's Opinion of 13 December 2012, *Commission v. Poland*, Case C-512/10 in *eurllex.eu*, European Court of Justice of 8 November 2012, *European Commission v. Hellenic Republic*, Case C-528/10, Rep., 2012 Page 0, Advocate General's Opinion of 13 December 2012, *Commission v. Czech Republic*, Case C-545/10, European Court of Justice 8 February 2013, *European Commission v. Republic of Austria*, Case C-555/10, in Rep. 2013 Page 0, European Court of Justice 28 February 2013, *European Commission v. Federal Republic of Germany*, Case C-556/10, in Rep. 2013 Page 0, European Court of Justice 25 October 2012, *European Commission v Portuguese Republic*, Case C-557/10, in Rep., 2012 Page 0, Advocate General's Opinion of 13 December 2012, *Commission v. France*, Case C-625/10, in *eurllex.eu*, Advocate General's Opinion of 13 December 2012, *Commission v. Slovenia*, Case C-627/10, in *eurllex.eu*, Case C-369/11: Action brought on 12 July 2011, *European Commission v. Italian Republic*, in OJ C 282, 24 September 2011, 11, Advocate General's Opinion of 13 December 2012, *Commission v. Luxembourg*, in Case C-412/11.

other legal entities to the network manager⁷².

The holding cannot raise funds on capital markets for both companies: they should act independently, from an industrial and financial perspective, and keep detailed records of any business relations with the other legal entities and make them available to the regulatory body upon request. As we can see a new paradox is provided by the Commission: while the mere accounts separation, prescribed by Directive 2001/12/EC, was not able to guarantee complete liberalization, the new proposal imposes new information barriers within the holding and the way to control those walls is still the separation of accounts and financial transparency.

The provisions on the independence of the staff and management of the infrastructure manager introduce some innovations specifically related to the decision-making process. Indeed, the overall management structure and the corporate by-laws of the network company should be organized in a way to ensure that there is no interference from the staff and management of the rail operator. The objective is to avoid the risk that the service provider can control, directly or indirectly, the behavior of the infrastructure manager.

To achieve this objective the Commission proposes to ban management and staff crossing-overs within the companies controlled by the holding and to introduce a supervisory board, inside the infrastructure manager, composed of representatives of the holding's shareholders. The supervisory board should take any decisions regarding appointment and renewal, working conditions including remuneration, and termination of the infrastructure manager's management board members⁷³. In order to avoid conflicts of interest, members of the supervisory board or management board and senior staff members of the infrastructure manager should not be allowed to hold any senior position within the same holding company. The operational staff of the infrastructure manager should be located at separate premises from the other companies and access to information systems should be protected by means of internal rules or staff contract stipulations that clearly limit contact with the other legal entities within the holding company⁷⁴. The protection of sensitive information should also be ensured by prohibiting the transfer of staff between the companies controlled.

The Commission also proposes to introduce some criteria for the remuneration of the supervisory board and the management and senior staff according to which performance-based elements cannot depend on the business results of any other legal entities within the vertically integrated companies.

The Chinese walls described above are subject to a control procedure managed by the European Commission in order to verify whether infrastructure managers fulfill the information barriers required and whether the implementation of these requirements is appropriate to ensure a level playing field for all railway undertakings and the absence of distortion of competition in the related market. The whole procedure is described in article 7(c) of the proposal and it is inspired by the most

⁷² In order to ensure the fulfillment of these provisions the Commission repeats the need to keep separate the accounts of the infrastructure manager and of the other legal entities within the vertically integrated undertaking.

⁷³ The Commission prescribes, in any case, the need to constitute an independent regulatory body in charge of the approval of those conditions and the decisions taken by the supervisory board. The regulatory body has the power to reject such decisions when doubts arise concerning the professional independence of a person appointed to the management board or in the case of premature termination of office of a member of the management board.

⁷⁴ Only the official communications related to executing the functions of the infrastructure manager are permitted.

important procedural principles of European Union law: legal certainty, legitimate expectation and the contradictory principle. Thus, the Commission has the obligation to decide within a reasonable period of time and Member States have the right to demand that the Commission repeal its decision if it is demonstrated that the reasons for the decision no longer exist.

In conclusion, the information barriers proposed by the European Commission actually appear to be merely new clothes for the usual holding structure model. The current European economic and financial status does not allow more courageous and far-reaching solutions: the liberalization process turned out to be just a re-organization of the current railway players.



COMMENTI

La regolazione comunitaria del credito tra European Banking Authority (EBA) e Banca Centrale Europea: prime osservazioni sul Single Supervisory Mechanism

di Andrea Pisaneschi

“Il presente regolamento attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, al fine di contribuire alla sicurezza e alla solidità degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro, con pieno riguardo e dovere di diligenza riguardo all'unità e all'integrità del mercato interno, in base alla parità di trattamento degli enti creditizi al fine di impedire l'arbitraggio regolamentare.

[...] La portata dei compiti di vigilanza della BCE si limita alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi ai sensi del presente regolamento. Il presente regolamento non attribuisce alla BCE compiti di vigilanza di altro tipo, ad esempio compiti relativi alla vigilanza prudenziale delle controparti centrali. Nell'assolvere i compiti attribuiti dal presente regolamento e fatto salvo l'obiettivo di garantire la sicurezza e la solidità degli enti creditizi, la BCE tiene in debita considerazione le diverse tipologie, i modelli societari e le dimensioni degli enti creditizi.

Nessuna azione, proposta o politica della BCE discrimina, direttamente o indirettamente, uno Stato membro o un gruppo di Stati membri quale luogo di prestazione di servizi bancari o finanziari in qualsiasi valuta.

Il presente regolamento fa salve le competenze delle autorità competenti degli Stati membri partecipanti a assolvere i compiti di vigilanza non attribuiti dal presente regolamento alla BCE, e i relativi poteri.

Il presente regolamento fa altresì salve le competenze delle autorità competenti o delle autorità designate degli Stati membri partecipanti ad applicare strumenti macroprudenziali non previsti da pertinenti atti del diritto dell'Unione, e i relativi poteri”.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli obiettivi della relazione “de Lasière”. – 3. Gli obiettivi del regolamento (UE) n. 1093/2010 che istituisce l'Autorità Bancaria Europea. – 4. Il bilancio in chiaroscuro dell'attività EBA. – 5. I nuovi principi in materia di vigilanza europea nelle proposte di regolamento della Commissione del 12 settembre 2012. – 6. I poteri normativi della BCE sotto il freno degli Stati membri. – 7. Le relazioni della BCE con il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali. La responsabilità democratica nella vigilanza bancaria?

1. PREMESSA

La crisi finanziaria, iniziata nel 2008 ed ancora in corso, ha portato come conseguenza una accesa discussione sul sistema della regolazione dei mercati finanziari e degli intermediari creditizi, ed una immane quantità di nuove regole, con forza diversa, adottate dagli ormai numerosissimi organismi sovranazionali con

competenze in materia, organismi e regole peraltro, ancora in fase di profonda ridefinizione¹.

Il tratto comune di questo percorso, alle volte un po' accidentato, è dato tuttavia dal progressivo trasferimento delle funzioni di regolazione e vigilanza sugli intermediari creditizi, dal livello nazionale al livello europeo². Questo progressivo trasferimento è avvenuto prima attraverso il regolamento (UE) n. 1093 del 2010 che ha istituito l'Autorità Bancaria Europea (EBA), poi con il regolamento che attribuisce alla Banca Centrale Europea compiti in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e con la collegata proposta di modifica del regolamento 1093/2010 che "armonizza" con questo i poteri dell'EBA (regolamento (UE) n. 1024/2013; regolamento (UE) n. 1022/2013).

Il combinato disposto di questi due atti normativi avrà come effetto un quasi completo trasferimento delle funzioni regolatorie sugli enti creditizi dal livello interno al livello delle istituzioni europee EBA e BCE.

Tuttavia i punti dubbi non mancano. Indipendentemente dalla questione "storica" relativa alla opportunità di trasferire la vigilanza bancaria alla istituzione dotata dei poteri macroeconomici, sulla quale economisti e giuristi discutono da sempre, sembra si sia voluto "compensare" la perdita di sovranità degli Stati con un recupero del controllo, da parte del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali, sulle nuove funzioni di vigilanza bancaria.

Il regolamento inoltre, pur essendo stato oggetto di accordo in seno al Coreper, non è stato in un primo momento approvato dal Parlamento perché non sufficientemente esplicito proprio sul tema della responsabilità della Banca Centrale, definita come democratica. Il che fa pensare alla sussistenza di divergenze di opinioni tra i principi che regolano la indipendenza della Banca centrale e le "aspettative" della politica. Esso è stato poi approvato a seguito di una negoziazione tra Parlamento e Banca Centrale finalizzato a garantire, attraverso un accordo interistituzionale, che il supervisore BCE sia democraticamente responsabile e trasparente³.

Gli sviluppi della questione sono di grande importanza sia da un punto di vista giuridico – è difficile piegare i modelli più di tanto, poi rischiano di diventare qualcosa di diverso – sia da un punto di vista politico. I conflitti di interesse su questa materia sono notevoli e ogni Stato ha qualche "specificità" da tutelare.

In questa sede ci limiteremo alla ricostruzione del percorso e ad un prima descrizione della architettura normativa complessiva.

2. GLI OBIETTIVI DELLA RELAZIONE "DE LARSIÈRE"

Non v'è dubbio che quando mercati largamente regolati, come il mercato finanziario e creditizio, falliscono in maniera così eclatante come dal 2008 ad oggi, i colpevoli non sono solamente gli attori del mercato, ma anche le regole e i regolatori⁴. Se tuttavia incolpare attori, regole e regolatori è abbastanza facile (anche perché le accuse sono spesso piuttosto semplici e generiche), è invece complicato stabi-

1 Cfr. al proposito V. SANTORO, *I limiti del mercato e i fallimenti della regolamentazione*, in *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, Milano, 2012, p. 5 ss.

2 Sul punto cfr. E. D'AMBROSIO, *Le Autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione*, in *La Crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, cit., p. 23 ss., M. CLARICH, *La vigilanza in Europa alla prova della crisi*, in *Archivio Ceradi Febbraio 2009*.

3 Si tratta del regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013.

4 In argomento, in prospettiva comparatista, cfr G. CERRINA FERONI (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito*, Torino, 2011.

lire regole nuove e istituire nuovi regolatori.

Gli attori del mercato finanziario e creditizio nel mondo hanno infatti caratteristiche tra loro profondamente diverse (basti pensare alle banche commerciali e quelle di investimento, nell'ambito delle banche commerciali quelle esclusivamente o principalmente *retail* rispetto a quelle *corporate*, ecc.). Inoltre tra gli attori dell'industria gli intermediari creditizi sono probabilmente i soggetti maggiormente prociclici e quindi difficilmente regolabili, perché legati a filo doppio al ciclo economico. Essi tendono ad inondare il mercato di liquidità quanto l'economia è in crescita e a restringere radicalmente tale liquidità nei periodi di recessione.

Del resto già Guido Carli, in una famosa lezione a Basilea nel 1976 (la normativa di riferimento era allora la legge bancaria del 1936) un pò scherzosamente affermava che la ragione principale della diffusa antipatia verso le banche, stava nel fatto che esse si erano appropriate della sovranità monetaria, allargando eccessivamente il credito in periodi espansivi per poi restringerlo, del pari eccessivamente, in periodi recessivi⁵. Se non ci era riuscita la legge bancaria del 1936 a contenere questa tendenza, che aveva una impostazione dirigistica, basata sulla segmentazione del mercato, non sarà facile che vi si possa riuscire oggi, con un livello di globalizzazione finanziaria infinitamente più articolato di allora e con banche tendenzialmente universali.

Detto questo non v'è dubbio che i modelli di vigilanza nazionali non sono riusciti a stare al passo con la globalizzazione finanziaria e, per quello che riguarda l'Europa, la crisi ha evidenziato gravi lacune in materia di cooperazione, coordinamento, e applicazione uniforme del diritto dell'Unione.

Per questa ragione il Parlamento europeo aveva esortato più volte ad adottare un sistema europeo di vigilanza maggiormente integrato, anche al fine di assicurare parità di armi tra gli operatori europei.

In attuazione di queste esortazioni, nell'ottobre 2008 (un mese dopo il crac della Lehman Brothers) fu istituito dalla Commissione il c.d. gruppo ad alto livello sulla vigilanza finanziaria nell'U.E. (definito gruppo de Larsière) con il fine di formulare proposte in vista della creazione di un nuovo quadro europeo di vigilanza delle istituzioni finanziarie transnazionali.

La relazione del gruppo⁶, per evitare il ripetersi di crisi finanziarie, prospettava proposte e soluzioni attraverso la formulazione di ben 31 raccomandazioni.

Le raccomandazioni insistevano principalmente sulla necessità di armonizzare la regolazione degli intermediari creditizi attraverso la concentrazione della funzione della regolamentazione a livello europeo. Allo stesso tempo dovevano essere rese uniformi le interpretazioni di quella regolazione da parte delle autorità di vigilanza nazionali.

Questo obiettivo lo si doveva raggiungere attraverso una strategia in tre tappe.

Nella prima fase (2009-2010) si sarebbe dovuto creare i presupposti per la nascita di un sistema europeo di vigilanza nel settore finanziario principalmente attraverso proposte legislative per la creazione di tre nuove autorità di vigilanza europee (per il settore bancario, assicurativo e dei valori mobiliari), perseguendo l'obiettivo di una maggiore armonizzazione in materia di norme finanziarie, poteri di vigilanza e

⁵ La lezione è pubblicata in *Bancaria*, 1976, p. 1095. Cfr. al proposito M. VACIAGO, *Le banche sono ancora impopolari*, in *Banca e Borsa*, 2009, p. 5 ss.

⁶ La relazione fu trasmessa alla Commissione il 25 febbraio 2009. Cfr. DE LAROSIERE, *Report*, Brussels, 25 febbraio 2009.

regimi sanzionatori.

In una seconda fase (2011-2012) si sarebbe dovuto procedere alla creazione di un sistema europeo di vigilanza, operando una concentrazione delle funzioni di regolamentazione a livello UE, mantenendo invece le funzioni di vigilanza in capo alle autorità nazionali. Le tre autorità avrebbero quindi dovuto svolgere principalmente attività di mediazione giuridicamente vincolante rispetto alle autorità nazionali; adottare *standards* obbligatori in materia di vigilanza; cooperare con il Comitato Europeo per il rischio sistemico per assicurare una adeguata vigilanza macroprudenziale.

Questo sistema avrebbe dovuto essere rivisto entro tre anni dalla sua entrata in vigore, passando se del caso ad un sistema composto da sole due autorità (l'autorità sul settore bancario ed assicurativo e l'autorità per il mercato). I poteri di queste autorità avrebbero dovuto essere aumentati in questa fase sia dal punto di vista della regolazione che della vigilanza.

3. GLI OBIETTIVI DEL REGOLAMENTO (UE) N. 1093/2010 CHE ISTITUISCE L'AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA

Cercando di attuare questi principi nel 2010 fu approvato il regolamento istitutivo della Autorità Bancaria Europea (EBA)⁷. Questo regolamento non aveva allora la funzione di trasferire la vigilanza prudenziale dal livello nazionale al livello europeo, ma, assai più limitatamente, solamente o principalmente di armonizzare a livello europeo la normativa prudenziale sugli intermediari creditizi.

Muovendo da queste basi il regolamento istitutivo dell'EBA si prefiggeva quattro obiettivi prioritari:

a) l'introduzione di norme tecniche di regolamentazione in materia di servizi finanziari allo scopo di dotare l'Unione europea di un corpo unico di norme applicabili in egual maniera dalle autorità di vigilanza nazionali. Le norme tecniche di regolamentazione sono definite come «di carattere tecnico, non implicano decisioni strategiche o scelte politiche e il loro contenuto è limitato dagli atti legislativi su cui si basano». Per usare categorie interne di diritto pubblico tali norme sembrano assai simili ai regolamenti governativi integrativi di cui all'art. 17 della legge n. 400/1988, il cui potere innovativo è più ampio rispetto alla mera esecuzione della norma.

b) L'introduzione di norme tecniche di attuazione. Esse sono invece definite come norme di carattere tecnico che non implicano decisioni strategiche o scelte politiche e lo scopo del loro contenuto è quello di determinare le condizioni di applicabilità degli atti legislativi. Ancora una volta, usando categorie interne, esse sembrano assimilabili ai regolamenti di esecuzione, la cui discrezionalità è invece limitata.

c) Nei settori non coperti da norme tecniche di regolamentazione e di attuazione attribuire alla autorità il potere di formulare orientamenti e raccomandazioni sull'applicazione del diritto dell'unione.

d) Istituire un meccanismo che permetta all'autorità di trattare i casi di mancata o

⁷ A seguito del rapporto de Lasière si è avuto un cambiamento di fondo del modello della regolazione finanziaria in Europa, basato sulla distinzione tra vigilanza "macro" affidata all'Euro-pean Systemic Risk Board (ESRB) e quella micro, articolata su tre autorità, l'Autorità bancaria Europea (EBA), l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA) e l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA), le quali, insieme agli organi nazionali di vigilanza, costituiscono l'Europea System of Financial Supervision (ESFS). Così G. DI PLINIO, *Il risparmio nella costituzione economica europea, in Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito*, cit., p. 299.

errata applicazione del diritto dell'unione.

e) Attribuire all'autorità il potere di imporre alle autorità nazionali di vigilanza l'adozione di misure specifiche per rimediare ad una situazione di emergenza.

Queste finalità sembrano a prima vista configurare l'autorità come un ente di regolazione normativa, deputata principalmente all'introduzione di regole prudenziali uniformi.

Scendendo però nel dettaglio delle norme sulla produzione normativa, emerge come questa prima impressione non sia del tutto corretta.

In verità il potere di emanare le norme tecniche di regolamentazione non è un potere proprio dell'EBA, ma bensì un potere della Commissione, che viene esercitato su delega del Parlamento o del Consiglio e sotto il controllo di questi⁸, mentre l'EBA svolge principalmente, all'interno del procedimento, funzioni di organo tecnico consultivo⁹.

Anche l'approvazione delle norme tecniche di attuazione è un potere della Commissione, sia pure con una maggiore incidenza dei poteri dell'EBA e con un minore controllo del Parlamento e del Consiglio, in ragione della natura meramente attuativa di queste norme. Parlamento e Consiglio in questo procedimento vengono infatti solamente informati («La Commissione trasmette senza indugio il progetto di norma tecnica di attuazione»)¹⁰.

L'autorità non è dunque dotata di un potere normativo proprio, ed in ciò si differenzia ampiamente dai modelli delle autorità di regolazione di settore, che viceversa sono dotate di un potere normativo normalmente molto "ampio". Basti pensare al potere regolamentare della Banca di Italia previsto dal TUB, o al potere normativo riconosciuto alla CONSOB o all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Essa peraltro non è neppure qualificabile come autorità di vigilanza, poiché non è dotata di poteri autonomi di controllo sugli intermediari. In effetti tale autorità avrebbe dovuto limitarsi a curare che le autorità di vigilanza nazionali garantissero l'applicazione uniforme delle regole ma non anche applicarle essa stessa.

L'obiettivo principale della istituzione dell'autorità, come emerge dal regolamento, appare quindi quello di rendere uniformi norme, prassi e cultura della regolazione in Europa, attraverso una normativa guidata dalla Commissione, su delega del Parlamento o del Consiglio, con il contributo "tecnico" dell'EBA.

Tale obiettivo era coerente con la relazione "de Larsière" ed emerge anche in altre norme del regolamento, forse di minor rilievo rispetto a quelle citate, laddove

8 In breve il procedimento segue le seguenti linee: il Parlamento e il Consiglio delegano preventivamente alla Commissione il potere di adottare norme tecniche di regolamentazione. In tal caso l'Autorità può elaborare una proposta di norme tecniche di regolamentazione da sottoporre alla Commissione. Se la Commissione decide di approvare le norme tecniche di regolamentazione esse vengono notificate al Parlamento e al Consiglio i quali hanno un termine per sollevare obiezioni e sostanzialmente impedirne l'entrata in vigore.

Se viceversa la Commissione decide di non approvare la proposta rinvia il progetto all'autorità con osservazioni; quest'ultima quindi può modificare il progetto e ripresentarlo come parere formale alla Commissione.

Tuttavia se entro il termine il progetto non viene ripresentato o viene presentato in modo non coerente con le osservazioni la Commissione può adottare le norme tecniche di regolamentazione con le modifiche che ritiene necessarie – sia pure coordinandosi con l'autorità – o respingerle. Anche in questo caso, ovviamente, le norme tecniche di regolamentazione vengono notificate al Parlamento e al Consiglio che possono, sollevando obiezioni, impedirne l'entrata in vigore.

9 Così anche E. D'AMBROSIO, *op. ult. cit.*, p. 50.

10 Il progetto di norme tecniche di attuazione è presentato dall'Autorità alla Commissione che, nella ipotesi di non condivisione, può rinviarla con osservazioni all'Autorità. Se quest'ultima non si conforma può adottare le norme tecniche di attuazione con le modifiche ritenute necessarie o respingerle, valutazione effettuata in coordinamento con l'Autorità.

si attribuisce all'Autorità il compito di promuovere lo scambio di informazioni tra autorità competenti, si invita l'autorità a sviluppare *standards* di vigilanza uniformi, a promuovere strumenti di convergenza per incentivare prassi comuni in materia di vigilanza. A tale scopo, tra l'altro, essa può organizzare verifiche periodiche – peraltro *inter pares* – per valutare il grado di convergenza raggiunto e le pratiche di vigilanza poste in essere dalle singole autorità nazionali.

Una norma, un po' extravagante per il contesto nel quale è collocata (l'art. 23 tratta di altre tematiche), attribuiva poi all'Autorità il potere di effettuare *stress test* sugli intermediari e adottare raccomandazioni nei confronti delle autorità nazionali a seguito di questi *test*. È forse singolare che questa autorità sia passata alla storia – usando un'espressione un po' enfatica – per l'esercizio di questa competenza, oggettivamente marginale nell'impianto normativo, e non anche per l'esercizio della sua funzione principale di ausilio alla regolazione finalizzata a porre regole e prassi comuni a livello europeo.

4. IL BILANCIO IN CHIAROSCURO DELL'ATTIVITÀ EBA

In una valutazione di sintesi può dirsi che il modello seguito per la istituzione dell'EBA non pare essere quella dell'autorità di regolazione indipendente.

In primo luogo il potere di normazione che normalmente costituisce l'essenza della regolazione, non è attribuito all'autorità ma bensì alla Commissione, rispetto alla quale l'autorità svolge una funzione sostanzialmente di consulenza tecnica.

In secondo luogo la vigilanza è svolta dalle autorità nazionali, rispetto alle quali l'autorità non si pone in posizione sovraordinata. Solo nella situazione di emergenza l'autorità ha un potere diretto nei confronti dell'intermediario, che tuttavia si configura come una sorta di potere sostitutivo nella ipotesi in cui l'autorità nazionale a sua volta non adempia.

In terzo luogo l'autorità non è dotata di un proprio potere sanzionatorio, che invece caratterizza le autorità di regolazione.

Questo modello appare del resto conforme con gli esiti finali della relazione “de Larsière”, che accentuava la necessità di un adeguamento della regolamentazione e delle pratiche regolamentari e contabili, unitamente ad un adeguamento comune delle procedure di vigilanza, principalmente allo scopo di rendere uniformi le regole e le prassi di vigilanza a livello europeo. Ciò doveva essere propedeutico alla revisione del modello entro tre anni, cosa che avrebbe dovuto portare ad un successivo rafforzamento dei poteri di vigilanza in un quadro normativo ormai comune.

L'attività dell'autorità in questi anni, probabilmente condizionata dall'emergenza, non si è invece concentrata sul rendere uniforme norme e prassi di vigilanza.

In effetti l'EBA, dotata di molti poteri di coordinamento e di armonizzazione e di pochi di intervento diretto, ha deciso di utilizzare con forza quei pochi, ed in particolare l'art. 23 che le consente di avviare gli *stress test* nei confronti delle banche europee, formulando poi raccomandazioni alle autorità nazionali per risolvere i problemi rilevati.

Su questa base, come noto, sono state determinate le carenze di capitale delle banche europee basandosi sulla valutazione, *mark to market*, dei titoli di Stato detenuti in portafoglio.

È ben noto che questa decisione ha creato qualche perplessità¹¹. Di fatto attraverso una raccomandazione sono stati rimossi i filtri prudenziali che le autorità di regolazione dei vari paesi avevano posto per sterilizzare l'impatto sul patrimonio di vigilanza dei titoli di Stato che le banche detenevano sino alla scadenza, producendo l'effetto di una modifica normativa che sarebbe stato più opportuno definire *ex ante* attraverso strumenti normativi e non *ex post* con una raccomandazione. I critici inoltre sostengono – con qualche ragione – che dover aumentare il capitale, in assenza di un mercato di capitali ha effetti recessivi, per la naturale tendenza delle banche a raggiungere l'obiettivo limitando i propri attivi e cioè il credito, e alimentando quindi la recessione; che i problemi di stabilità sono più da ricollegarsi alla liquidità che al capitale; che dover valutare al mercato i titoli di Stato del paese di appartenenza detenuti a scadenza è illogico per le banche commerciali che investono la maggior parte degli impieghi su imprese e famiglie dello Stato di appartenenza, perché nel caso di fallimento dello Stato fallirebbero comunque prima le imprese e le famiglie; che comunque postulare la fallibilità dello Stato ha effetti negativi sullo *spread* del debito pubblico degli Stati più deboli, poiché alimenta incertezza e instabilità.

Indipendentemente da queste considerazioni, l'impressione è che l'Autorità, nata in un periodo di emergenza, fortemente concentrata sul tema della stabilità, non abbia alla fine svolto i compiti principali che il regolamento gli attribuiva, e cioè rendere uniformi a livello europeo, e se del caso più stringenti, le regole contabili e di vigilanza.

Non consta infatti che le procedure relative alle norme tecniche di regolamentazione o alle norme tecniche di attuazione siano state attivate producendo risultati utili in termini di armonizzazione delle regole di vigilanza europee.

È infatti singolare che ancora oggi non vi sia certezza sul fatto che, all'interno di diversi stati europei, siano utilizzate le stesse precise regole in ordine al computo dei requisiti patrimoniali degli intermediari. Non vi sono in effetti evidenze che le regole sulle ponderazioni degli attivi siano assolutamente identiche ed avvengano con le stesse metodologie in tutti gli Stati dell'Unione europea, così come non vi è evidenza che medesime metodologie vengano utilizzate per il computo delle strutture ibride di capitale. E ciò appare testimoniato dalla stessa relazione della Commissione alle nuove proposte di regolamento, dove si insiste non poco sulla necessità che l'EBA prosegua ad armonizzare le regole per determinare un *corpus* unico di norme di vigilanza a livello europeo (che evidentemente ancora non esiste).

5. I NUOVI PRINCIPI IN MATERIA DI VIGILANZA EUROPEA NELLE PROPOSTE DI REGOLAMENTO DELLA COMMISSIONE DEL 12 SETTEMBRE 2012

Con le due proposte di regolamento, sulle quali il Coreper aveva trovato l'accordo definitivo il 18 di aprile del 2013, è stato fatto un ulteriore rilevante passo in avanti verso un sistema unico di vigilanza¹².

¹¹ Per una visione in positivo dell'attività dell'EBA, M. ONADO, *Banche e aiuti pubblici in Europa. Quali strumenti? Fino a quando? Quali controparti?*, in *Crisi economica-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, a cura di G. Cerrina Feroni e Franco Ferrari, Torino, 2012, p. 29.

¹² Cfr. "Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi" (COM(2012) 511) e «Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1093/2010 establishing

La prima proposta introduce un meccanismo di vigilanza unico in capo alla BCE, per permettere che la normativa sui servizi finanziari sia applicata in egual modo agli enti creditizi degli Stati membri e che gli enti creditizi “siano sottoposti a una vigilanza ottimale sotto il profilo qualitativo e libera da considerazioni estranee all’ottica prudenziale” (considerando n. 10).

La seconda proposta di regolamento interviene invece sul regolamento n. 1093\2010 istitutivo dell’EBA, allo scopo di rafforzarne la missione di armonizzare a livello europeo la normativa prudenziale in tema di enti creditizi attraverso un unico corpus di norme sui servizi finanziari.

L’attribuzione dei compiti di vigilanza alla BCE averrebbe proprio in quanto «banca centrale della zona euro dotata di ampie competenza in materia economica e di stabilità finanziari» e poiché «in molti Stati membri la competenza della vigilanza bancaria è già appannaggio della banca centrale» (considerando n. 11).

Come si diceva nella premessa, in questa sede non si tratterà della questione, ampiamente dibattuta sia dai giuristi che dagli economisti, circa l’opportunità della attribuzione alle banche centrali delle competenze in materia di vigilanza bancaria, degli ipotetici conflitti, e delle possibili interconnessioni tra vigilanza prudenziale e politiche macroeconomiche. Certamente la relazione “de Lasière” non prefigurava questo modello e d’altronde l’EBA non è apparsa avere quella legittimazione, struttura organizzativa e autorità, per mettere d’accordo tutti gli Stati membri su di una così rilevante cessione di sovranità.

Più limitatamente ci soffermeremo su di una rapida descrizione del modello, con attenzione principalmente ai nuovi poteri normativi attribuiti alla BCE in quanto autorità di vigilanza, e al circuito della responsabilità prefigurato nel nuovo testo regolamentare.

In estrema sintesi può dirsi che la BCE è titolare di poteri di vigilanza nei confronti di tutti gli enti creditizi salvo che nei confronti degli enti meno significativi¹³. Nei confronti di questi ultimi è comunque sempre competente per il rilascio e la revoca dell’autorizzazione all’ente creditizio, nonché per le domande di acquisizione o di cessione di partecipazioni, mentre le decisioni di vigilanza sono adottate dalle autorità nazionali competenti nell’ambito di regolamenti, orientamenti o istruzioni generali dettate dalla stessa BCE.

La attività di vigilanza si sostanzia in poteri normativi, ispettivi e sanzionatori.

La separazione tra le attività di politica monetaria e la attività di vigilanza è garantita attraverso la separazione, organizzativa e gerarchica, del personale, e attraverso riunioni differenziate del Consiglio Direttivo.

Inoltre è incaricato della pianificazione e dell’esecuzione dei compiti di vigilanza

a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regard its interaction with Council Regulation (EU) ... conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions.» (COM(2012) 512) Il regolamento è stato poi approvato definitivamente il 15 di ottobre (Reg. UE 15 ottobre 2013, n. 1024).

Sulla riforma della regolazione europea cfr. M. LAMANDINI, *La riforma dell’ordinamento finanziario europeo: quali cure per i fallimenti di mercato, i fallimenti istituzionali e i fallimenti sovrani?*, in *Crisi economica-finanziaria e intervento dello Stato*, cit., p. 52 ss.

13 L’ente non è sottoposto al controllo della BCE quando è meno rilevante per dimensioni, importanza per l’economia dell’UE o di qualsiasi stato membro partecipante o in relazione alla significatività delle attività transfrontaliere. È comunque da considerarsi rilevante e quindi sottoposto alla vigilanza BCE quando il valore delle sue attività supera i 30 miliardi di euro, oppure il rapporto tra le sue attività e il PIL dello Stato membro supera il 20% oppure quando ha stabilito filiazioni in più di uno Stato membro partecipante. Sono ancora sottoposti alla vigilanza della BCE gli enti creditizi che abbiano ricevuto assistenza finanziaria pubblica dall’EFSF o dal MES e comunque i tre enti più significativi in ciascuno Stato membro. Cfr. art. 5, par. 4 del regolamento.

un organo interno, denominato Consiglio di Vigilanza, composto da un presidente e un vicepresidente, quattro rappresentanti della BCE e un rappresentante dell'autorità nazionale competente di ciascuno Stato membro partecipante.

Le spese sostenute dalla BCE per l'assolvimento dei compiti di vigilanza bancaria figurano separate all'interno del bilancio della BCE.

6. I POTERI NORMATIVI DELLA BCE SOTTO IL FRENO DEGLI STATI MEMBRI

Nell'esercizio dei poteri di vigilanza la BCE applica, in primo luogo, la normativa comunitaria. Tuttavia se la normativa è composta da direttive o da regolamenti che lasciano opzioni agli Stati membri, la BCE deve applicare anche la legislazione degli Stati membri.

Si tratta di un caso, probabilmente unico, in cui un organismo sovranazionale comunitario non è tenuto ad applicare solo il diritto comunitario ma anche il diritto dei singoli Stati membri.

Questo deriva evidentemente dai compiti di vigilanza attribuiti alla BCE sugli enti creditizi. Questi ultimi infatti non debbono rispettare solo la normativa comunitaria ma anche quella nazionale attuativa, cosicché sarebbe monca una vigilanza che si attenesse solamente alla normativa comunitaria senza considerare anche quella applicativa.

Se questo è logico in astratto, il vero problema tuttavia è determinare a quale livello deve fermarsi l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE. È ben noto infatti che in tema di vigilanza prudenziale, oltre a fonti primarie che recepiscono la normativa comunitaria, vi sono fonti di vario tipo di provenienza delle autorità di regolazione nazionali (dai regolamenti alle istruzioni di vigilanza) che regolano la vigilanza prudenziale nei diversi Stati membri.

In via prospettica il modello vorrebbe che queste fonti fossero progressivamente sostituite dalle norme tecniche di regolazione e di attuazione emanate dall'EBA, ma sin tanto che ciò non avviene è abbastanza logico che la BCE debba attenersi anche alla normativa prodotta dalle varie autorità di regolazione.

Il potere regolamentare proprio della BCE è invece tendenzialmente limitato, e può essere esercitato solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei propri compiti. A questo principio fa eccezione il potere della BCE di impartire alle autorità nazionali competenti, regolamenti, orientamenti o istruzioni generali nel caso degli enti non sottoposti alla sua vigilanza (gli enti creditizi meno rilevanti).

A prescindere da questo caso particolare la BCE non è dotata di un proprio potere normativo poiché questo spetta all'EBA (o meglio alla Commissione con l'intervento tecnico dell'EBA).

Questo meccanismo regolatorio, che in apparenza avrebbe una sua coerenza (l'EBA produce le norme mentre la BCE le applica nell'esercizio della attività di vigilanza) è stato invece il frutto di un percorso dettato in parte dall'emergenza e in parte dagli interessi dei singoli Stati, e presenta perciò profili di ambiguità.

È infatti singolare che ad una istituzione quale la BCE –sulla cui storia e prestigio non si può non convenire– siano attribuiti i poteri di vigilanza in senso stretto ma non i poteri di dettare le regole alla cui stregua esercitare la vigilanza.

Una volta scelta la BCE come istituzione nella quale accentrare la vigilanza prudenziale, la sua sottoposizione all'EBA e la sottrazione del potere normativo alla

prima appare difficilmente giustificabile. Costituisce infatti, in genere, un tratto caratteristico delle autorità di regolazione dei mercati quello di essere dotate di poteri normativi, oltreché ispettivi e sanzionatori¹⁴.

Il vero è che quando l'EBA è stata istituita non vi era alcuna idea di attribuire poi la vigilanza bancaria alla BCE, ma casomai nel futuro alla stessa EBA. La crisi economica, gli interventi straordinari della BCE sui temi della liquidità e del supporto all'acquisto dei titoli di Stato, la forte legittimazione assunta dalla Banca centrale europea, ha convinto poi gli Stati ad attribuire a quella istituzione e non ad altre di più recente origine il delicato compito della vigilanza bancaria.

Allo stesso tempo, il fatto che l'attività di normazione sia nella sostanza espressione della Commissione – con l'ausilio dell'EBA – e sotto il controllo del Parlamento e del Consiglio, costituiva già un compromesso politicamente accettabile per gli Stati, che non hanno ritenuto opportuno rimettere in gioco la questione.

7. LE RELAZIONI DELLA BCE CON IL PARLAMENTO EUROPEO E I PARLAMENTI NAZIONALI. LA RESPONSABILITÀ DEMOCRATICA NELLA VIGILANZA BANCARIA?

Una ulteriore spia della «paura» degli Stati di perdere il controllo sulla vigilanza prudenziale delle banche è la parte del regolamento che tratta della «responsabilità e relazioni» (art. 20) della BCE nell'esercizio della vigilanza prudenziale.

Così come gli Stati non sono estranei alla produzione delle norme, altrettanto non vorrebbero rimanere estranei nel momento della applicazione di queste norme da parte della Banca centrale europea.

Il problema di coniugare indipendenza con responsabilità (politica non giuridica) ricorda però la quadratura del cerchio ed è un tema antico. Tanto è vero che chi non crede che le autorità possano essere realmente indipendenti è portato a pensare, con Carl Schmitt, che ogni decisione è politica e il trasferimento di decisioni ai tecnici conduce “non ad una neutrale oggettivizzazione, ma invece alla politicizzazione partitica di entità finora neutrali”.¹⁵ Mentre chi crede nella possibilità di autorità tecniche indipendenti vorrebbe accentuare tutti meccanismi di deresponsabilizzazione – politica – di queste.

Nel caso di specie la proposta di regolamento riafferma da una parte in modo forte la indipendenza della BCE, dei membri del consiglio di vigilanza e del comitato direttivo, che operano «senza chiedere né ricevere istruzioni da parte di istituzioni od organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri o da altri soggetti pubblici e privati», stabilendo anche che «le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, i governi degli Stati membri e qualsiasi altro organo rispettano detta indipendenza» (art. 19), mentre la norma successiva prevede invece che «la BCE risponde al Parlamento europeo e al Consiglio dell'attuazione del presente regolamento in conformità al presente capo».

Se tuttavia la BCE risponde al Parlamento e al Consiglio – cioè ad organi politici – rischia di diventare difficile mantenerne la indipendenza e l'autonomia.

I successivi artt. 20 e 21 cercano in effetti un equilibrio, fortemente instabile, tra indipendenza e responsabilità, per consentire alle istituzioni politiche di controllare

¹⁴ Sul punto cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 67 ss. È tuttavia da rilevare che alcuni ordinamenti, come quello tedesco, sono meno propensi di altri ordinamenti ad attribuire poteri normativi all'autorità di vigilanza bancaria.

¹⁵ Cfr. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, p. 203 ss.

in qualche modo le scelte generali di vigilanza.

La prima norma è per la verità tradizionale e tipica delle autorità indipendenti: la BCE trasmette annualmente al Parlamento Europeo, al Consiglio, alla Commissione e all'Eurogruppo, una relazione sui compiti svolti. Questa relazione è inviata anche ai Parlamenti degli Stati membri.

Quasi tutte le autorità indipendenti inviano una relazione agli organi politici, anche allo scopo di rendere edotti gli organi legislativi delle eventuali carenze che le autorità avessero segnalato.

Anche la possibilità di audizioni del Presidente del consiglio di sorveglianza su richiesta del Parlamento europeo può essere in linea con il modello della autorità indipendente.

È tuttavia un po' curiosa la norma che prevede che anche i Parlamenti nazionali possano dialogare con il Presidente della BCE. Recita infatti la norma che «il Parlamento nazionale di uno Stato membro partecipante può invitare il Presidente o un membro del consiglio di vigilanza a partecipare ad uno scambio di opinioni in relazione alla vigilanza degli enti creditizi in detto Stato membro».

In cosa può consistere «uno scambio di opinioni» sulla vigilanza? Il Parlamento può adottare una risoluzione a seguito dello scambio di opinioni?

È evidente che la utilizzazione della atipica espressione, in un testo normativo, di «scambio di opinioni» ha la funzione di rendere per quanto possibile fluido e non formale questo rapporto, ma è altrettanto evidente che saranno i momenti storici e le relazioni istituzionali a determinarne caso per caso contenuto ed effetti.

Inoltre, al di là dello scambio di opinioni, Parlamento europeo e Eurogruppo, possono porre oralmente o per iscritto interrogazioni o quesiti alla BCE, mentre i Parlamenti nazionali possono chiederle di rispondere per iscritto a osservazioni o quesiti.

V'è da chiedersi se questa enfasi nello stabilire rapporti e responsabilità con i Parlamenti, Europeo e nazionali che siano, non sia alla fine rischioso per la indipendenza della BCE nell'esercizio della vigilanza ed alla fine anche nell'esercizio dei suoi poteri macroeconomici.

Che questo tema non sia sciolto, e che sotto la cenere vi siano evidenti tensioni, emerge peraltro dall'ultimo comma dell'art. 20 dove addirittura si dice che la BCE e il Parlamento concludono accordi sulle modalità pratiche dell'esercizio della responsabilità democratica e della supervisione sull'esecuzione dei compiti attribuiti alla BCE dal presente regolamento. Peraltro queste norme non erano bastate al Parlamento, che non ha approvato il regolamento proprio per rafforzare il meccanismo della responsabilità democratica.

In effetti il nuovo sistema di supervisione bancaria ha avuto il via libera dal Parlamento nella sessione del 12 settembre 2013 solo dopo l'accordo tra BCE e Parlamento Europeo sul controllo democratico del nuovo supervisore.

Secondo tale accordo il Parlamento europeo avrà accesso ad una ampia serie di informazioni, avendo diritto a ricevere un rapporto completo delle riunioni del Comitato di Supervisione, mentre il Presidente del Comitato dovrà comparire regolarmente davanti al Parlamento sia in sedute pubbliche sia in riunione riservate.

Il Parlamento avrà inoltre la possibilità di incidere sulla nomina del Presidente del Comitato di Supervisione, sia valutando i criteri di selezione adottati dalla BCE per la sua scelta, sia valutando la proposta del candidato effettuata dalla BCE, con l'effetto, in caso di voto non favorevole, di costringere la Banca Centrale a reintro-

durre la procedure o ad attingere ad altri nomi da una lista iniziale di candidati. Il modello, che presenta forti analogie con la procedura di nomina del Presidente della Commissione e dei Commissari, non appare in verità coerente con le procedure di nomina di autorità definite come indipendenti. La “paura” degli Stati di perdere la propria sovranità, paura cementata dai fallimenti della regolazione oltre che del mercato, rischia alla fine di attrarre la vigilanza bancaria nella sfera della politica.



COMMENTI

Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi “automatismi” a danno dell’autonomia? (nota a Corte cost. n. 41/2013)

di *Andrea Cardone*

«Vanno dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale – promosse dalla Regione Veneto in riferimento all’articolo 118 della Costituzione e al principio di leale collaborazione – dell’articolo 36, comma 1, lettera a), del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2012, disposizione questa che, sostituendo i commi 1 e 2 dell’art. 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, così come convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, detta misure riguardanti l’istituzione e le funzioni dell’Autorità nazionale di regolazione dei trasporti. Infatti le disposizioni impugnate, pur avendo attinenza con la materia del trasporto pubblico locale, perseguono precipuamente una finalità di promozione della concorrenza e quindi afferiscono alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., dato che l’istituzione dell’Autorità indipendente è funzionale alla liberalizzazione dei pubblici servizi in tutti i comparti del trasporto. Nel caso in esame, le funzioni conferite all’Autorità di regolazione dei trasporti non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale, ma le presuppongono e le supportano; quanto alla presunta violazione del principio di leale collaborazione, esso non opera allorché lo Stato, come nella specie, eserciti la propria competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza; peraltro tale principio attiene ai rapporti tra Governo, o Ministeri, e Regioni e non riguarda, invece le Autorità indipendenti, tra cui rientra anche quella istituita dal decreto-legge impugnato, chiamate ad operare in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione».

SOMMARIO: 1. Il caso concreto. – 2. Autorità indipendenti e funzioni amministrative statali secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3. La pervasività del titolo competenziale «tutela della concorrenza». – 4. L’inoperatività del principio di leale collaborazione in materia di «tutela della concorrenza». – 5. Autorità indipendenti e leale collaborazione: davvero logiche incompatibili? – 6. Brevi considerazioni conclusive.

1. IL CASO CONCRETO

Con la sentenza n. 41/2013 la Corte dichiara, tra le altre cose, non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’articolo 36, comma 1, lettera a), del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27/2012, promosse dalla Regione Veneto in riferimento all’art. 118 della Costituzione e al principio di leale collaborazione. Più nel dettaglio, la Regione ricorrente censurava la ridefinizione delle competenze conferite dalla disciplina impugnata alla recentemente istituita

Autorità di regolazione dei trasporti, tra cui: definire, anche in relazione ai servizi di trasporto locale, i criteri per la fissazione, da parte dei soggetti competenti, delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi; stabilire, con particolare riferimento al settore autostradale, per le nuove concessioni, sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del *price cap* (art. 37, comma 2, lett. g), d.l. n. 201/2011); definire, ancora nel settore autostradale, gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione e gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni (sempre lett. g); definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare; stabilire, infine, i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici (lett. f).

Prima di affrontare nel merito la suddetta questione di costituzionalità, la sentenza, in punto di rito, dichiara inammissibili le doglianze avanzate dal ricorso in riferimento agli artt. 117 e 119 Cost., richiamando la propria ormai da tempo consolidata giurisprudenza che considera insuscettibili di accedere ad una decisione di merito i motivi di ricorso non assistiti da un'adeguata esposizione delle ragioni che determinano la lesione prospettata¹.

La definizione dell'ambito materiale di competenza in cui interviene la legislazione statale impugnata viene, però, ugualmente effettuata dalla Corte, che proprio da essa prende le mosse per dirimere la controversia in ordine alla lamentata violazione dell'art. 118 Cost. e del principio di leale collaborazione. La sentenza, infatti, premette che «l'istituzione di una Autorità nazionale dei trasporti s'inscrive nel sistema di regolazione indipendente dei servizi di pubblica utilità [...] e, come tale, è volta a realizzare un mercato concorrenziale nei servizi di trasporto». Da tale considerazione, poi, la medesima trae la conseguenza che «le disposizioni impugnate, pur avendo attinenza con la materia del trasporto pubblico locale, perseguono precipuamente una finalità di promozione della concorrenza e quindi afferiscono alla competenza esclusiva dello Stato [...], dato che l'istituzione dell'Autorità indipendente è [...] funzionale alla liberalizzazione dei pubblici servizi in tutti i comparti del trasporto, da quello ferroviario a quello aereo, da quello marittimo a quello autostradale»².

E con ciò si perviene al cuore del percorso argomentativo che sorregge la decisione. Dalla determinazione della materia cui è riconducibile la norma oggetto del giudizio – e, quindi, dalla sussistenza della competenza legislativa esclusiva dello Stato – la sentenza fa, infatti, implicitamente discendere la legittimità dell'allocazione delle funzioni amministrative in questione da parte della legge statale e su questa base sottopone ad espressa verifica la compatibilità con l'art. 118 Cost. della scelta legislativa di effettuare tale allocazione in capo all'Autorità quale organo, seppur peculiare per la posizione di indipendenza che lo contraddistingue³, dell'amministrazione statale. Al riguardo la Corte perviene a considerare in-

¹ Cfr., *ex plurimis*, anche con riferimento al giudizio sulle leggi, Corte cost., 18 gennaio 2013, n. 3; Id., 10 maggio 2012, ordinanza n. 123; Id., 5 novembre 2010, n. 312; Id., 10 giugno 2010, n. 200; Id., 10 febbraio 2010, n. 45; Id., 2 aprile 2009, n. 94; Id., 27 marzo 2009, n. 92; Id., 20 marzo 2009, n. 81; Id., 20 marzo 2009, n. 79; Id., 5 marzo 2009, n. 68; Id., 5 marzo 2009, n. 64; Id., 5 marzo 2009, n. 61; Id., 27 febbraio 2009, n. 58; Id., 27 febbraio 2009, n. 54; Id., 18 febbraio 2009, n. 51; Id., 6 febbraio 2009, n. 32; Id., 16 gennaio 2009, n. 8; Id., 29 dicembre 2008, n. 448; Id., 23 dicembre 2008, n. 435; Id., 12 dicembre 2008, n. 408; Id., 28 novembre 2008, n. 394; Id., 25 novembre 2008, n. 389; Id., 20 novembre 2008, n. 381; Id., 20 novembre 2008, n. 377; Id., 14 novembre 2008, n. 372; Id., 7 novembre 2008, n. 365; Id., 4 luglio 2008, n. 252.

² Punto 5 del *Considerato in diritto*, cui si riferisce anche il virgolettato che precede

³ Sulla circostanza che tale indipendenza si attegga innanzitutto come autonomia dall'indirizzo politico di mag-

fondata la prospettata violazione dell'autonomia amministrativa locale attraverso un'interpretazione conforme della disciplina impugnata che assegna all'Autorità di regolazione dei trasporti il compito di dettare una mera cornice di regolazione economica, all'interno della quale Regioni e enti locali possono poi sviluppare le proprie politiche pubbliche in materia. In forza di tale interpretazione, infatti, risulta agevolmente raggiungibile la conclusione che le funzioni attribuite all'Autorità non ledono le loro attribuzioni e, in particolare, non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale⁴.

Segnatamente, per quanto riguarda le tariffe, i canoni e i pedaggi, la sentenza rileva che le disposizioni impuginate «attribuiscono all'Autorità il compito di stabilire solo i criteri, mentre resta impregiudicata in capo ai soggetti competenti la determinazione in concreto dei corrispettivi per i servizi erogati». Analogamente, quanto ai bandi di gara, la pronuncia evidenzia che spetta all'Autorità solo definire gli schemi, «senza sostituirsi alle amministrazioni competenti nell'elaborazione in dettaglio dei bandi, delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni». Infine, con riferimento alla nomina delle commissioni giudicatrici, si sottolinea che anche tale competenza è limitata alla definizione dei soli criteri per la nomina, mentre restano salve le competenze delle amministrazioni locali «su ogni ulteriore decisione in ordine alla composizione [...] o alle modalità di scelta dei [...] componenti, decisioni che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, rientrano invece nella materia dell'organizzazione amministrativa, spettante alle Regioni ex art. 117, quarto comma, Cost.»⁵.

Ad analoga conclusione circa l'infondatezza della censura, la Corte giunge anche con riferimento alla violazione del principio di leale collaborazione, rinviando in proposito alla propria giurisprudenza che esclude l'operatività del principio quando lo Stato esercita la propria competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza⁶.

Infine, la sentenza esclude che il principio di leale collaborazione possa essere riferito all'azione dell'Autorità, rilevando in termini generali che esso trova applicazione nei rapporti tra Governo, e quindi essenzialmente Ministeri, e Regioni, mentre non interessa le Autorità amministrative indipendenti, le quali sono chiamate ad operare «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione»⁷. A proposito di queste ultime, sempre in termini generali, si afferma che esse devono, «invece», agire nel rispetto delle modalità di partecipazione previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo e dalle altre leggi statali loro applicabili, tra cui innanzitutto quelle oggetto di specifico rinvio, come avviene nel caso della legge n. 481/1995, espressamente richiamata dalla disposizione impugnata.

gioranza quale presupposto per lo svolgimento della funzione di garanzia nei confronti di quei valori costituzionali che per essere tutelati ed attuati abbisognano di specifiche conoscenze tecniche cfr., per tutti, S. NICCOLAI, *I poteri garantiti e le autorità amministrative indipendenti*, Ets, Pisa, 1996, p. 98 ss.

4 Punto 6 del *Considerato in diritto*, in cui, per un verso, si richiama il precedente rappresentato dalla sentenza n. 482/2005, la quale in analoga fattispecie aveva affermato che «le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo», per l'altro, si osserva che «la stessa disposizione censurata prevede, al comma 1 dell'art. 37 del d.l. n. 201/2011, che l'Autorità di regolazione dei trasporti sia tenuta al rispetto delle competenze delle Regioni e degli enti locali di cui al Titolo V della parte seconda della Costituzione».

5 *Ivi*, cui si riferiscono anche i virgolettati che precedono.

6 Punto 7 del *Considerato in diritto*, in cui si citano le sentenze Corte cost., 22 dicembre 2011, n. 339; Id., 24 luglio 2009, n. 246, cui si può aggiungere Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401.

7 *Ivi*, da cui è tratta anche la citazione che segue.

La sentenza in commento solleva tre profili di interesse, sui quali può essere non privo di qualche utilità portare l'attenzione.

2. AUTORITÀ INDIPENDENTI E FUNZIONI AMMINISTRATIVE STATALI SECONDO LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Per chiarire due dei tre profili cui si intende fare riferimento è utile prendere le mosse da quella giurisprudenza che, facendo applicazione dei più generali principi elaborati dopo la riforma costituzionale del 2001, ha chiarito quali sono i limiti che la facoltà dello Stato di istituire Autorità amministrative indipendenti incontra per effetto della tutela costituzionale dell'autonomia amministrativa territoriale.

La stessa Corte, del resto, come peraltro ampiamente consueto, si prodiga nell'opera di "cucitura" della pronuncia con i propri precedenti e richiama «in sintesi», estraendo da essa un'affermazione di carattere generale, la sentenza n. 88/2009, nel passaggio in cui la medesima evidenzia che «non vi è ragione di ritenere che le Autorità di tale natura [...] possano produrre alterazioni dei criteri costituzionali in base ai quali viene ripartito l'esercizio delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali»⁸. A ben vedere, però, la lettura integrale del passo in questione suggerisce il dubbio che l'affermazione citata abbia portata assai meno generale di quanto la sentenza lasci intendere. A proposito della posizione che contraddistingue l'Autorità per l'energia elettrica e il gas nel quadro dell'organizzazione amministrativa statale, infatti, la sentenza n. 88/2009 afferma che «tale posizione di indipendenza, ovvero il carattere "neutrale" (sentenza n. 32/1991) che le Autorità di tale natura in linea di principio assumono rispetto agli interessi cui sono preposte, possono produrre alterazioni dei criteri costituzionali in base ai quali viene ripartito l'esercizio delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali»⁹. Secondo il precedente in questione, dunque, ciò che in «linea di principio» non altera il riparto di competenze costituzionalmente previsto è il carattere di indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti, non in termini generali la loro stessa istituzione da parte del legislatore statale.

D'altro canto, che la sentenza n. 88/2009 non intendesse affermare un'aprioristica compatibilità tra Autorità indipendenti e riparto costituzionale delle competenze si ricava dalla duplice considerazione che la frase riportata sia immediatamente preceduta dal rilievo che un'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità è «"autorità nazionale" riconducibile alla materia della organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» e sia seguita, all'interno dello stesso *Considerando*, dall'osservazione che «la peculiare collocazione dell'Autorità nell'apparato amministrativo dello Stato [...] non ne elide il carattere nazionale, così che resta necessario accertare se le attribuzioni di cui detta Autorità gode [...] siano compatibili con la sfera di competenza costituzionalmente riconosciuta alle Regioni».

Ed infatti, nel chiarire quale tipo di sindacato deve svolgere la Corte per valutare la costituzionalità dell'attribuzione di competenze alle Autorità di regolazione, il precedente in esame effettua due importanti osservazioni. In primo luogo, esso ricorda che la legge statale può assegnare all'Autorità le funzioni amministrative di cui lo Stato stesso è titolare, o di cui possa comunque rivendicare legittimamente

⁸ Punto 6 del *Considerato in diritto*, in cui si cita come riportato nel testo.

⁹ Corte cost., 27 marzo 2009, n. 88, punto 3 del *Considerato in diritto*.

l'esercizio, «sia in quanto sussistano le condizioni per la chiamata in sussidiarietà al livello centrale del compito in questione [...], ovvero in quanto, in casi eccezionali, sia il diritto comunitario ad imporre "normative statali derogatrici di tale quadro della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne"»¹⁰. In secondo luogo, la sentenza evidenzia che «l'allocazione della funzione amministrativa che abbia per oggetto materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato non può spettare, infatti, che alla legge statale, la quale vi provvederà in conformità all'art. 118 della Costituzione [...]; in tal caso, la Costituzione non impone in linea di principio l'adozione dei meccanismi di leale collaborazione, che vanno necessariamente previsti, viceversa, solo quando vi sia una "concorrenza di competenze" nazionali e regionali ove "non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri" [...]"¹¹.

La portata del precedente richiamato dalla sentenza in commento appare, dunque, compendiabile – in piena sintonia con i consolidati principi elaborati dalla stessa giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V – nell'affermazione di un duplice sindacato da parte della Corte, volto a verificare che la legge statale attribuisca alle Autorità indipendenti solo funzioni amministrative di cui è titolare (o che può legittimamente attrarre in sussidiarietà o esercitare in via eccezionale), e che lo faccia solo in materia di competenza legislativa statale e nel rispetto del principio di leale collaborazione quando nella materia concorrono competenze regionali e non è possibile esprimere un giudizio di «sicura prevalenza».

È proprio in ordine ad entrambi i profili di questo scrutinio che sembra emergere una certa lacunosità – e finanche contraddittorietà – della motivazione articolata dalla Corte, che lascia trasparire una sorta di automatismo tra finalità concorrenziali delle misure, competenza statale e allocabilità delle relative funzioni amministrative in capo ad Autorità indipendenti.

3. LA PERVASIVITÀ DEL TITOLO COMPETENZIALE «TUTELA DELLA CONCORRENZA»

Quanto al carattere necessariamente statale delle funzioni amministrative attribuite dalla disciplina impugnata, la sentenza propone alcune considerazioni di carattere generale circa la struttura del mercato dei trasporti¹² per ricavare da esse, come accennato, la conclusione che la dimensione finalistica della norma risiede nella tutela della concorrenza, con ciò portando l'argomentazione all'interno del consueto alveo in cui la giurisprudenza costituzionale incanala tutte le questioni di costituzionalità in via principale in materia di regolazione dei mercati¹³.

¹⁰ *Ivi*.

¹¹ *Ivi*.

¹² Cfr. punto 6 del *Considerato in diritto*, dove si legge che nel settore dei trasporti «è particolarmente avvertito il rischio che si creino o si consolidino posizioni dominanti e, pertanto, è opportuno che il passaggio a un sistema liberalizzato sia accompagnato, come già è avvenuto per altri pubblici servizi, da una regolazione affidata ad un'Autorità indipendente, che garantisca pari opportunità a tutti gli operatori del settore».

¹³ Si intende fare riferimento a quella che è stata efficacemente definita in dottrina come la «triplice equazione concorrenza=macroeconomia=equilibrio economico generale» (L. BUFFONI, *Riparto di competenze legislative ed ordine giuridico del mercato*, in *Le Regioni*, 2013, in corso di pubblicazione), ossia l'individuazione della *ratio* che ha indotto il legislatore della revisione costituzionale ad affidare la tutela della concorrenza alla competenza legislativa esclusiva statale nell'esigenza di «unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese», in modo tale da giustificare l'intervento centrale in forza della sua rilevanza macroeconomica; rilevanza che può essere ravvisata sia nel caso di singole misure di importante entità, sia di regimi di aiuto tollerati dall'ordinamento dell'Unione, purché «idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli

Fin qui nulla di nuovo. Si tratta, infatti, di percorsi argomentativi che sollevano questioni ampiamente rilevate in dottrina e che ha senso richiamare in questa sede solo sinteticamente, al fine di mettere in evidenza come la pronuncia si inserisca pienamente nei consolidati percorsi argomentativi della Corte¹⁴.

Ciò che, invece, vale la pena qui rimarcare è che l'evocato orizzonte interpretativo ricorre nel caso di specie come una sorta di *refrain*, nonostante la stessa sentenza lasci chiaramente intendere che, soprattutto per effetto dell'inclusione tra gli oggetti della disciplina impugnata anche del trasporto pubblico locale, vi sia un evidente intreccio di competenze in grado di revocare in dubbio il carattere esclusivo della competenza legislativa statale. È proprio sotto questo primo punto di vista che si appalesa l'accennata contraddittorietà e lacunosità della motivazione della sentenza. Non si può, infatti, considerare sufficiente la dimostrazione, contenuta nella sentenza, che le nuove competenze attribuite all'Autorità non pregiudicano l'esercizio delle competenze già spettanti alle Regioni in materia di tariffe, canoni e pedaggi, di bandi di gara e di nomina delle commissioni giudicatrici. E ciò per l'evidente motivo che l'argomento prova troppo, ossia prova che il carattere statale di quelle funzioni non lede l'autonomia già attribuita a livello regionale e locale, ma non che lo Stato possa vantare in quella materia una competenza esclusiva. Emblematico al riguardo quanto si afferma proprio nella ricordata sentenza n. 88/2009, con la quale la Corte chiarisce assai significativamente che, se, per un verso, non rientra nelle proprie competenze la valutazione della correttezza economica delle scelte del legislatore, ossia verificare se un intervento abbia effetti così rilevanti sull'economia da trascendere l'ambito regionale, per altro verso, le medesime scelte non possono sottrarsi ad un sindacato di costituzionalità volto a controllare «che i loro presupposti non siano manifestamente irrazionali e che gli strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi»¹⁵. In tema di tutela della concorrenza, dunque, la conformità dell'intervento statale al riparto costituzionale delle competenze dipende direttamente dalla ragionevolezza della previsione legislativa, nel senso che «ove sia dimostrabile la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell'equilibrio economico generale, la competenza legislativa dello Stato di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), non potrà essere negata».

operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull'equilibrio economico generale», mentre deve essere esclusa con riferimento agli «interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale», attribuiti, pertanto, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni (cfr., per tutte, Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, punto 4 del Considerato in diritto, cui si riferiscono i virgolettati che precedono; sentenza la cui «creatività» è sottolineata da V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze «storiche»*, in *Le Regioni*, 2008, p. 776 ss.).

14 Come noto, l'effetto netto di questa giurisprudenza è stato, *tamquam non esset* la riforma costituzionale del Titolo V, quello di riporre in termini di definizione delle competenze legislative e, conseguentemente, di attribuzione delle funzioni amministrative, la rilevanza dell'interesse nazionale come fattore idoneo a radicare la competenza statale ai fini dell'introduzione di una disciplina uniforme dei mercati. Come altrettanto noto, la dimensione necessariamente nazionale dell'interesse sotteso alla tutela della concorrenza è stata, infatti, costruita dalla giurisprudenza costituzionale proprio a partire dal "valore" dell'uniformità della regolazione concorrenziale del mercato e della sua pregiudizialità per la tenuta dell'unità economica della Repubblica (cfr. Corte cost., 18 dicembre 2012, n. 199; Id., 12 dicembre 2012, ordinanza n. 283; Id., 11 febbraio 2011, n. 43; Id., 23 aprile 2010, n. 142; Id., 4 febbraio 2010, n. 29; Id., 6 novembre 2009, n. 283; Id. 22 maggio 2009, n. 160; Id., 22 dicembre 2007, n. 443; Id., 3 marzo 2006, n. 80). Non si può, però, non condividere in proposito l'osservazione che la competenza statale in materia di tutela della concorrenza finisce così per essere fondata su categorie e concetti propri della teoria economica che, in realtà, scontano un rilevante margine di incertezza ed indeterminazione anche nella scienza in cui sono stati elaborati e dalla quale provengono (L. BUFFONI, *ult. op. cit.*).

15 Corte cost., 27 marzo 2009, n. 88, punto 4.1 del *Considerato in diritto*, cui si riferisce anche il virgolettato che segue.

Ma, per l'appunto, il riconoscimento dell'esistenza di una nutrita serie di funzioni delle amministrazioni territoriali in materia di trasporto pubblico locale rende contraddittoria e lacunosamente motivata l'affermazione di una competenza esclusiva dello Stato, giacché la ragionevolezza dell'accentramento statale è tendenzialmente esclusa dalle competenze amministrative che la legislazione vigente già riconosce alle Regioni, dovendosi allora dimostrare non che le funzioni statali siano rispettose di quelle regionali, ma che il loro riconoscimento esclusivo in capo allo Stato sia comunque – cioè, nonostante i compiti regionali – funzionale e proporzionato rispetto ad obiettivi di equilibrio economico generale.

4. L'INOPERATIVITÀ DEL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE IN MATERIA DI «TUTELA DELLA CONCORRENZA»

Come si accennava, un secondo profilo di interesse è relativo all'esclusione della necessità di adottare modelli collaborativi. Anche sul punto la sentenza è piuttosto laconica. Essa, infatti, considera infondata tale ulteriore questione sulla base del sintetico rilievo che «quanto alla violazione del principio di leale collaborazione, esso non opera allorché lo Stato, come nella specie, eserciti la propria competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza»¹⁶. A parte la appena rilevata difficoltà di considerare sufficientemente argomentata l'esclusività della competenza statale nella materia in questione, abbiamo già avuto modo di ricordare che, proprio in relazione al rispetto del principio di leale collaborazione da parte delle norme statali attributive di competenze alle Autorità di regolazione, la stessa giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che il principio deve ritenersi costituzionalmente imposto quando nella materia concorrono competenze regionali e non è possibile esprimere un giudizio di «sicura prevalenza».

Tale scrutinio di prevalenza sembra, però, risultare insufficientemente articolato nel percorso logico-argomentativo seguito dalla Corte. Esso, infatti, difficilmente può ritenersi esaurito in forza della ricordata affermazione – l'unica, peraltro, che la sentenza dedica a questo fine – secondo cui «le disposizioni impugnate, pur avendo attinenza con la materia del trasporto pubblico locale, perseguono precipuamente una finalità di promozione della concorrenza e quindi afferiscono alla competenza esclusiva dello Stato»¹⁷. E ciò per due ordini di motivi.

Il primo, di carattere generale, che attiene alla struttura logica del giudizio di prevalenza, è che la giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito che il ricorso al c.d. “criterio della prevalenza” – quando la disciplina sottoposta a controllo di costituzionalità incide contestualmente su una pluralità di materie – permette di individuare il titolo di competenza che legittima l'intervento legislativo attraverso la valorizzazione dell'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad un'altra¹⁸. Ma il ricorso al “criterio della prevalenza” è cosa diversa dall'operare congiunto dei titoli di legittimazione normativa in presenza di competenze “trasversali” dello Stato. In tali fattispecie, infatti, una data “materia” non viene richiamata come titolo competenziale autonomo per fondare la legittimazione ad adottare una certa disciplina, ma viene messa in relazione con altre “materie” per ricostruire la competenza statale, escludere quella regionale o porre limiti procedurali all'esercizio dell'una o dell'altra, sia in

¹⁶ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Cfr., per tutti, P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 95-96.

concorso con il criterio della prevalenza che prescindendo da esso, ossia senza dover sempre necessariamente valorizzare l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad un'altra¹⁹. Proprio la circostanza che la motivazione non si preoccupi di individuare il nucleo essenziale della disciplina e di spiegare le ragioni della sua appartenenza alla tutela della concorrenza induce a concludere che, nel caso di specie, la Corte abbia argomentato più nella logica dei titoli "trasversali", che in quella del "criterio della prevalenza", per quanto – come noto – la differenza delle due impostazioni tenda a sfumare per effetto della tendenza della giurisprudenza costituzionale, che trova puntuale riscontro anche nella sentenza in questione, a ricavare sia "trasversalità" che "prevalenza" dalla dimensione teleologica delle norme²⁰.

Vi è, poi, un secondo motivo per cui non pare potersi considerare adeguatamente soddisfatto il sindacato di prevalenza che era necessario per escludere l'operatività del principio di leale collaborazione. Tale ulteriore ragione riguarda la concreta disciplina oggetto del giudizio, di cui la motivazione della sentenza valuta solo l'incidenza sulla materia residuale del trasporto pubblico locale, ma non la possibile riferibilità ad altri diversi titoli di competenza legislativa regionale, sia concorrente che residuale, come quelli che le Regioni possono astrattamente vantare in tema di grandi reti di trasporto e di navigazione, infrastrutture, organizzazione amministrativa, contratti pubblici di beni e servizi di interesse regionale²¹, procedimenti amministrativi. La solo parziale ricostruzione dell'articolato intreccio di competenze che contraddistingue la normativa impugnata, infatti, se non è certo sufficiente a mettere in discussione la bontà della soluzione raggiunta in forza dell'assorbente riferimento al titolo trasversale della tutela della concorrenza, sembra essere abbastanza per dubitare che la Corte abbia fatto in questo caso compiuto ricorso al "criterio della prevalenza", il quale postula la completa "mappatura" dei titoli competenziali interessati come presupposto logico indefettibile dell'individuazione di quello, tra di essi, cui è riferibile il nucleo essenziale della disciplina.

Anche in relazione a questo secondo aspetto, dunque, si ha l'impressione che il coinvolgimento delle esigenze unitarie di tutela della concorrenza valga a generare alcuni "automatismi" interpretativi, i quali rischiano di portare a considerare scontati aspetti che, invece, dovrebbero essere oggetto di puntuale riscontro e finiscono, così, per diluire il rigore dello scrutinio di costituzionalità, a tutto svantaggio dell'autonomia costituzionale degli enti territoriali.

5. AUTORITÀ INDIPENDENTI E LEALE COLLABORAZIONE: DAVVERO LOGICHE INCOMPATIBILI?

Da ultimo, merita una considerazione di carattere generale la più ampia questione del ruolo che il principio di leale collaborazione può svolgere con riferimento alla configurazione legislativa, e conseguentemente all'attività, delle Autorità ammini-

¹⁹ Sul punto sia consentito un rinvio a P. CARETTI-A. CARDONE, *La giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra Stato e Regioni nell'anno 2009*, in CAMERA DEI DEPUTATI-OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, *Rapporto 2010 sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea*, Camera dei Deputati, Roma, 2010, II, p. 279 ss., cui si rimanda anche per alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza.

²⁰ F. BENELLI-R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, p. 1209.

²¹ Di cui, però, la giurisprudenza costituzionale ha, come noto, negato il carattere di autonomo ambito materiale, superando così la concezione contabilistica dei contratti, che portava ad attrarli nella sfera dell'organizzazione amministrativo-contabile, di competenza residuale per i contratti di interesse regionale, a vantaggio di una loro riconduzione finalistica alla tutela della concorrenza (cfr. Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401).

strative indipendenti. In proposito la sentenza reca un'affermazione sintetica, ma di carattere generale, che esclude l'operatività del principio in questione al di fuori del circuito dei rapporti tra Governo, ossia Ministeri, e Regioni e, quindi, nega che la leale collaborazione possa riguardare le Autorità amministrative «chiamate ad operare "in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione"». Come si è già avuto modo di evidenziare in apertura²², la Corte sostiene che rispetto ad esse operano, «invece», le norme sulla partecipazione procedimentale. In realtà, sembrano esservi buone ragioni per dubitare che il principio di leale collaborazione possa essere considerato del tutto estraneo alla logica di funzionamento delle Autorità amministrative indipendenti. In primo luogo, va adeguatamente considerato che esso è pacificamente ricostruito dalla stessa giurisprudenza costituzionale come un principio di carattere generale che presiede a tutti i rapporti tra i diversi livelli di governo territoriale, quale loro fondamentale strumento di flessibilizzazione. Rispetto a tale qualificazione non sembra poter costituire legittimo fondamento di una eccezione il carattere di autonomia ed indipendenza che ne caratterizza l'esercizio delle funzioni. La particolare posizione che ad esse riconosce il legislatore ai fini dell'instaurazione di un "governo tecnico di settore"²³ in quegli ambiti a forte regolazione tecnica in cui particolarmente sensibili sono le esigenze di tutela dei diritti fondamentali, infatti, rileva sul piano dei rapporti tra le Autorità indipendenti e il Governo, e, quindi, tra queste e il Parlamento, ma non sul piano delle relazioni tra lo Stato e le Regioni. Detto altrimenti, il carattere di autonomia e indipendenza di tali soggetti istituzionali attiene alle problematiche della forma di governo e non a quelle della forma di stato, perché rispetto all'autonomia regionale le Autorità in questione sono pur sempre, come abbiamo evidenziato anche per espressa qualificazione della giurisprudenza costituzionale²⁴, «autorità nazionali», ossia espressione dello Stato-apparato²⁵ e si trovano nella peculiare posizione di indipendenza che le contraddistingue per effetto di una scelta discrezionale, e a carattere prevalentemente organizzativo, dello Stato; scelta, quella del legislatore statale di istituire Autorità di regolazione e affidare ad esse lo svolgimento di compiti amministrativi, che, non a caso, può essere legittimamente praticata solo in materie di competenza statale ed in relazione a funzioni amministrative di cui lo Stato sia titolare.

In secondo luogo, non pare esservi motivo per negare che, in un caso come quello di specie, il principio di leale collaborazione, pur non potendo operare attraverso il meccanismo delle intese, come avviene nei rapporti che interessano gli organi pienamente responsabili dal punto di vista politico-amministrativo, in relazione ai quali si pone il diverso problema di come garantire il paritario concorso delle volontà²⁶, possa comunque esprimere una diversa, ma non necessariamente ridotta portata precettiva, sufficiente a vincolare il legislatore a scelte organizzative, strut-

22 Vedi *supra*, § 1.

23 Sul significato della felice espressione si veda, per tutti, la ricognizione concettuale di G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell'Autorità antitrust: verso un «governo tecnico di settore»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Giuffrè, Milano, 1996, p. 1545 ss.

24 Vedi *supra*, § 2.

25 M. MANETTI, *Regioni e Autorità indipendenti in conflitto*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2826. Per la contraria e divisata opinione, secondo cui le Autorità indipendenti apparterrebbero allo "Stato-comunità", cfr. F. MANGANIELLO, *Perché la prevalenza è sempre a risposta? Nota a Corte cost. n. 88/2009*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009, p. 3.

26 Su cui cfr., per tutti, M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della "codecisione paritaria" evitandone gli effetti perversi*, in *Le Regioni*, 2004, p. 1044 ss.

turali e allocative (delle funzioni amministrative) che tengano conto dell'esistenza di competenze regionali nelle materie interessate dall'intervento legislativo statale. D'altro canto, anche a voler dare per scontata l'equazione tra esigenze di uniformità in tema di questioni macroeconomiche e competenza statale in materia di tutela della concorrenza, essa non comporta automaticamente che l'istituzione di un'Autorità di regolazione debba negare ogni spazio al ruolo del principio autonomistico²⁷.

Quali, poi, possono essere queste misure maggiormente rispettose del modello collaborativo nella strutturazione delle Autorità indipendenti operanti in materia di competenza anche regionale è ricavabile dalla significativa esperienza che l'ordinamento, già prima della riforma del Titolo V, ha conosciuto per effetto dell'istituzione dei Co.re.com.²⁸ nella materia poi divenuta concorrente delle comunicazioni. Senza che ci si possa in questa sede dilungare²⁹, sarà sufficiente ai nostri limitati fini evidenziare che istituti, come l'articolazione regionale dell'Autorità, l'istituzione di tali articolazioni con legge regionale, l'individuazione nel Consiglio regionale della loro sede, della loro fonte di finanziamento e del destinatario dei loro rapporti annuali, l'attribuzione ad esse non solo di funzioni proprie (appunto individuate con la legge regionale istitutiva) ma anche di funzioni delegate dall'Autorità nazionale (sulla base di convenzioni), rappresentano tutti – pur con le problematiche derivanti proprio dal carattere “ancipite”³⁰ che i medesimi conferiscono a tali Autorità regionali³¹ – accorgimenti validi a rendere il conferimento di funzioni amministrative disposto a loro vantaggio dal legislatore statale maggiormente rispettoso del principio di leale collaborazione. Emblematica in tal senso la circostanza che proprio a tale principio faccia espresso riferimento, quale metodo generale della fase attuativa, l'accordo-quadro concluso nel giugno del 2003 tra l'A.g.com., la Conferenza permanente Stato-Regioni e la Conferenza dei Presidenti dei Consigli regionali, il quale impegna le parti, tra le altre cose, a prevedere l'istituzione di apposite commissioni paritetiche al fine di risolvere eventuali problemi di coordinamento amministrativo³².

Naturalmente, perché la proposizione di un modello “ibrido” possa avere un qualche senso è necessario tenere presente le ragioni di specificità che derivano dalle funzioni attribuite dalla legge alla singola Autorità, onde verificare che ve ne siano alcune delegabili e che altre se ne possano attribuire con conferimento diretto delle leggi regionali istitutive delle articolazioni territoriali (le c.d. “funzioni proprie”).

27 Con riferimento alle competenze legislative regionali cfr. T.F. GIUPPONI, *Potere regolamentare regionale, riserva di legge e principio di legalità dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: Repetita...consolidant*, in *Le Regioni*, 2004, p. 699; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 176.

28 Per un panorama delle leggi regionali istitutive, anche in confronto tra loro, sia tollerato un ulteriore rinvio al mio *Il modello dell'amministrazione comune delle comunicazioni tra omogeneizzazione della legislazione regionale sulle funzioni proprie, funzioni delegate e garanzie di indipendenza dei Co.re.com.*, in *Le ist. del fed.*, 2007, p. 745 ss.

29 Sui profili appresso indicati si vedano i saggi pubblicati nel volume S. CALZOLAIO-B. MA-LAISI (a cura di), *Co.re.com. Nuove funzioni e ruolo istituzionale*, Eum, Macerata, 2011.

30 Al riguardo cfr. E. CHELI, *Intervento alla Seconda Sessione del congresso delle Regioni, Roma, Palazzo Montecitorio*, 29 giugno 2001, in *www.parlamentiregionali.it*, p. 2, il quale definisce i Co.re.com come «organi misti in rapporto diretto tanto con la sfera regionale quanto con l'apparato dell'Autorità». Ancor più esplicitamente parla di «natura bifronte» F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 72.

31 I quali sono efficacemente individuati da P. CARETTI, *Conclusioni del Convegno*, in S. CALZOLAIO-B. MALAISI (a cura di), *ult. cit.*, p. 347 ss.

32 In proposito si veda P. SICONOLFI, *Funzioni e ruolo dei Corecom*, in *Le ist. del fed.*, 2006, p. 104 ss.

Nel caso di specie, quanto alle prime, potrebbero essere delegate dall'Autorità centrale mediante regimi convenzionali regolati dal principio di leale collaborazione le funzioni in tema di: definizione, nei soli mercati dei servizi di trasporto locale, dei criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi (art. 37, comma 2, lett. b), d.l. n. 201/2011); verifica della corretta applicazione da parte dei soggetti interessati dei criteri in questione (lett. c); determinazione delle condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto esclusivamente locale connotati da oneri di servizio pubblico, in quanto individuate secondo le caratteristiche territoriali di domanda e offerta (lett. d); verifica, con riferimento al trasporto ferroviario regionale, dell'assenza nei relativi bandi di gara di condizioni discriminatorie o che impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali (lett. f); monitoraggio e verifica, con particolare riferimento al servizio taxi, della corrispondenza dei livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e della qualità delle prestazioni alle esigenze dei diversi contesti urbani, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, allo scopo di garantire il diritto di mobilità degli utenti (lett. m). Rispetto a queste funzioni, infatti, in quanto riferite al trasporto esclusivamente locale e prevalentemente orientate sulla fase dei controlli, una "delocalizzazione" dei compiti dell'Autorità è pienamente concepibile ed i rischi di frammentazione e disomogeneità della disciplina e degli interventi potrebbero ben essere bilanciati proprio dalle convenzioni recanti le deleghe, le quali potrebbero indicare criteri di massima cui le Autorità territoriali debbono attenersi nell'esercizio delle varie competenze.

Quanto, invece, alle funzioni c.d. "proprie", nell'ambito di un sistema ispirato alla valorizzazione della leale collaborazione con riferimento alle attività di governo tecnico del settore dei trasporti locali, si può immaginare che i compiti che le amministrazioni regionali e locali attualmente svolgono in tema di determinazione in concreto dei corrispettivi per i servizi erogati, di elaborazione in dettaglio dei bandi e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni, nonché di nomina delle commissioni giudicatrici possano essere attribuite dalla legge alle Autorità territoriali. Tale soluzione, infatti, avrebbe il pregio di ampliare i confini del "governo tecnico" del trasporto locale, e quindi di accrescere l'indipendenza e l'autonomia con cui vengono esercitate le relative funzioni, senza determinare una irragionevole compressione dell'autonomia costituzionalmente garantita agli enti territoriali.

In terzo luogo, non sembra potersi escludere l'operatività della leale collaborazione perché le esigenze di rispetto del principio autonomistico nella configurazione delle Autorità indipendenti non sembrano in alcun modo poter trovare soddisfacimento attraverso gli istituti della partecipazione procedimentale previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo³³ e dalla disciplina speciale della regolazione dei servizi di pubblica utilità³⁴, con la conseguenza che tali istituti – nonostante quanto sembrerebbe far ritenere l'«invece» utilizzato dalla sentenza – non possono essere considerati alternativi o suppletivi rispetto a quelli necessari per

³³ La cui applicabilità alle Autorità amministrative indipendenti, peraltro, è ribadita con forza dalla giurisprudenza amministrativa: cfr., al riguardo, L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Jovene, Napoli, 2012, p. 333.

³⁴ Sul potere normativo che le Autorità istituite ai sensi della legge n. 481/1995 esercitano a tal fine si veda preliminarmente D. DE GRAZIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità e l'attività «normativa» dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 100 ss.

attuare il canone della leale collaborazione nel senso prima evidenziato. Quale che sia la corretta ricostruzione dogmatica del principio del “giusto procedimento” in relazione alle funzioni di dette Autorità³⁵, infatti, appare difficilmente discutibile che la valorizzazione della partecipazione procedimentale risponde alla diversa – per quanto certamente non meno pregnante – esigenza di individuare un fattore di legittimazione del potere normativo che le medesime esercitano in maniera del tutto svincolata dal circuito democratico-rappresentativo³⁶. Del resto, proprio la circostanza che, per quanto riguarda più da vicino il caso di specie, l’art. 2, comma 12, lett. h), legge n. 481/1995 individui la principale forma di partecipazione nell’audizione dei «soggetti esercenti il servizio e rappresentanti degli utenti e dei consumatori», peraltro limitatamente all’emanazione delle direttive concernenti la produzione e l’erogazione del servizio, testimonia che il contraddittorio procedimentale è configurato dal legislatore in maniera tale da non poter essere la sede istituzionale in cui recuperare il modello collaborativo nei rapporti Stato-Regioni ed in cui conferire la necessaria rilevanza al principio dell’autonomia territoriale³⁷.

6. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In definitiva, concludendo, pare di poter dire che la questione dell’applicabilità del principio di leale collaborazione alle Autorità amministrative indipendenti non può essere risolta limitando soggettivamente l’ambito materiale di applicabilità del principio ai soli rapporti amministrativi che interessano Governo e Ministeri come apparati, ma interessa la funzione pubblica in quanto tale³⁸ e merita, quindi, di essere ulteriormente riflettuta e approfondita. Rispetto a tale obiettivo, che certamente esula dalle finalità di queste pagine, un ruolo preliminare gioca la necessità di acquisire la consapevolezza che proprio in questa delicata materia alcuni consolidati percorsi ermeneutici del Giudice costituzionale in tema di tutela della concorrenza rischiano di instaurare alcuni “automatismi” interpretativi in grado di limitare la profondità del sindacato di costituzionalità e, per questa via, di paralizzare le ragioni costituzionali del principio autonomistico.

35 Per una critica ed articolata ricostruzione del dibattito dottrinario sul punto cfr., per tutti, G. PUCCINI, *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in P. CARETTI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 409 ss.

36 Si tratta, come noto, di un vero e proprio “topos” della ormai vastissima letteratura in materia. Sul punto si consideri sufficiente, ai fini di una prima ricognizione, il rinvio ai lavori monografici di M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, 196, pp. 200 e 216 ss.; ID., *Le autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 138 ss.; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, cit., Pp. 248 ss. e 296 ss.; M. PASSARO, *Le Amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 252 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 155; G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 66 ss.; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, cit., passim, spec. pp. 80 ss. e 93-94; A. VALASTRO, *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008, p. 72 ss.

37 Anzi, proprio la limitazione agli interessati dimostra, come rilevato in dottrina (cfr. P. CA-RETTI, *La legge parlamentare nel sistema delle fonti: trasformazioni in atto e problemi di prospettiva*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 365), che nemmeno sul piano della legittimazione gli istituti in questione sono esenti da possibili derive corporative.

38 Se non si fraintende, perviene alla medesima conclusione, muovendo dalla tesi che le Autorità amministrative indipendenti esprimono una realtà istituzionale ulteriore rispetto all’amministrazione in senso tradizionale, anche G. GRASSO, *Autorità Amministrative Indipendenti e Regioni tra vecchio e nuovo Titolo V della Costituzione. Alcuni elementi di discussione*, in *Quad. reg.*, 2003, p. 816.



COMMENTI

Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo

di Valeria Carfi

ABSTRACT

«Anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

SOMMARIO: 1. Premessa: il problema e la sua (ultima) soluzione. – 2. La disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e il principio di specialità. – 3. L'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies*, d.l. n. 95 del 2012, introdotto dalla legge di conversione n. 135/2012: la breve vita di una norma incompiuta, nata male e morta peggio. – 4. Il comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo.

1. PREMESSA: IL PROBLEMA E LA SUA (ULTIMA) SOLUZIONE

È questo il testo del nuovo comma 1-bis dell'art. 27 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), inserito dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 «di attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE». L'occasione del recepimento della direttiva sui *consumer rights* è parsa buona¹ al nostro legislatore per “ripensare” al riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette tra Autorità garante della concorrenza e del mercato – istituzionalmente preposta alla tutela amministrativa dei consumatori in materia di pratiche commerciali scorrette – e Autorità di regolazione settoriali². Riparto per la verità già disciplinato in sede di conversione del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, con l'in-

¹ L'art. 1, comma 1, della legge-delega (legge n. 93/2013) richiama l'art. 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, che alla lett. g) prevede che «quando si verificano sovrapposizioni di competenze di più amministrazioni diverse o comunque siano coinvolte le competenze di più amministrazioni statali, i decreti legislativi individuano, attraverso le più opportune forme di coordinamento, rispettando i principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione e le competenze delle regioni e degli altri enti territoriali, le procedure per salvaguardare l'unitarietà dei processi decisionali, la trasparenza, la celerità, l'efficacia e l'economicità nell'azione amministrativa e la chiara individuazione dei soggetti responsabili».

² Per una bibliografia in materia di pratiche commerciali scorrette, v. D. VALENTINO, *Timeo Danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1159.

serimento del comma 12-*quinquiesdecies*³ – ora abrogato⁴ – nell’art. 23 di detto decreto legge che però ha costituito oggetto di una procedura di infrazione avviata nel 2013 dalla Commissione europea nei confronti dell’Italia, gettando così le premesse per l’intervento legislativo in commento.

La questione è quella ormai nota dei rapporti tra disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette di cui al Codice del consumo (artt. 18-27 *quater* del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, così come modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 in attuazione alla direttiva 2005/29/CE) e le discipline di settore poste dalle Autorità di regolazione a tutela dei consumatori dei rispettivi mercati regolati e quindi quella del riparto di competenze in materia di “illeciti consumeristici” tra AGCM e Autorità di regolazione.

Per schematizzare, le condotte che sollevano problemi di competenza sono quelle che:

- a) violano una o più disposizioni poste dalle Autorità di regolazione a tutela dei consumatori dei rispettivi settori di competenza e, contestualmente, le norme del Codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette;
- b) non violano la regolazione settoriale, ma possono astrattamente considerarsi comunque lesive degli interessi del consumatore ai sensi del Codice del consumo.

È solo avendo riguardo a queste due categorie di condotte che può valutarsi la portata applicativa dell’una o dell’altra soluzione prospettata nel corso del tempo per risolvere il conflitto di competenza tra diverse Autorità amministrative indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette.

Della travagliata vicenda che ha condotto a questo ultimo intervento legislativo si cercherà di dar conto nelle pagine che seguono, con un’unica avvertenza: per valutare la “bontà” di ciascuna delle soluzioni delineate dagli organi dei diversi Poteri del nostro Stato (legislativo, esecutivo e giudiziario), così come anche di quella prospettata dagli Uffici della Commissione europea nella lettera di messa in mora dell’Italia del 17 ottobre 2013 (C(2013) 6682 final), è necessario inquadrarle sullo sfondo della più ampia questione del rapporto tra la tutela del consumatore da un lato e la libertà di impresa dall’altro, sì da vedere quale tra le diverse soluzioni proposte raggiunga meglio delle altre «il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese», richiamato da ultimo dal considerando 4 della direttiva 2011/83/UE quale fine dell’armonizzazione delle disposizioni nazionali a tutela dei consumatori.

2. LA DISCIPLINA GENERALE DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E IL PRINCIPIO DI SPECIALITÀ

L’art. 20 del Codice del consumo definisce in via generale come scorretta una pratica commerciale «se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione

³ L’art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, d.l. n. 95/2012, come convertito dalla legge n. 135/2012, nell’innalzare a 5.000.000 euro il limite edittale massimo delle sanzioni irrogabili dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) in materia di pratiche commerciali scorrette, conteneva il seguente inciso: «la competenza ad accertare e sanzionare [le pratiche commerciali scorrette] è dell’Autorità garante delle concorrenze e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati».

⁴ L’art. 1 del d.lgs. n. 21/2014 prevede espressamente l’abrogazione del comma 12-*quinquiesdecies* dell’art. 23, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, come convertito dalla legge n. 135/2012.

al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori». Posta questa clausola generale⁵, il Codice del consumo definisce le pratiche commerciali ingannevoli agli artt. 21 e 22 e le pratiche commerciali aggressive agli artt. 24 e 25 e delinea le relative *black list* rispettivamente agli artt. 23 («pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli») e 26 («pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive»). Infine l'art. 27 attribuisce all'AGCM i poteri investigativi, inibitori e sanzionatori in materia di pratiche commerciali scorrette. Questa in sintesi la disciplina dettata dal Codice del consumo – immutato sul punto – a tutela del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette

Lungi dal disinteressarsi dei rapporti con le altre discipline poste a tutela di consumatori di specifici mercati, il Codice del consumo, recependo peraltro puntualmente quanto disposto dall'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29/CE⁶, prevede che «in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici» (art. 19, comma 3, del Codice del consumo).

Il legislatore ha quindi lasciato al principio di specialità il difficile compito di risolvere il possibile conflitto tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette posta dal Codice del consumo e le discipline settoriali poste a tutela del consumatore da Autorità di regolazione alle quali il legislatore stesso ha attribuito il relativo potere.

Proprio la portata del principio specialità – richiamato in via generale in materia di sanzioni amministrative dall'art. 9 della legge n. 689/1981⁷ – ha costituito il momento centrale del dibattito che ha avuto il suo esito nell'intervento legislativo in commento (l'ultimo in materia) e del quale si vogliono qui ricostruire le linee principali⁸.

Fin dall'attribuzione del potere di sanzionare le pratiche commerciali scorrette l'AGCM ha ritenuto sussistente la propria competenza sia con riferimento alle condotte *sub a)* sia a quelle *sub b)* di cui in premessa e con riferimento a tutti i settori regolati. AGCM ha quindi irrogato sanzioni tanto per comportamenti che astrattamente potevano ricondursi alla violazione delle regolazioni settoriali (condotta

⁵ Sulla configurazione della contrarietà alla diligenza professionale come una clausola generale, v. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009, pp. 73-119.

⁶ A norma del quale «in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici».

⁷ A norma del quale «quando uno stesso fatto è punito da (...) una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale». Nella relazione alla proposta di direttiva (COM(2003) 356 definitivo) la Commissione ha specificato che «la direttiva quadro si applicherà laddove la legislazione di settore non contenga norme specifiche che disciplinano pratiche commerciali sleali. Le norme specifiche, laddove esistenti, prevarranno sulla direttiva quadro».

⁸ Al fianco del principio di specialità, il Codice del consumo all'art. 27, comma 4 prevede che «ove la pratica commerciale sia stata assentata con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere non scorretto della stessa, la tutela dei soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse, è esperibile in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento». Disposizione questa la cui applicabilità, a parere dell'AGCM, «presuppone che altra Autorità abbia in concreto esercitato il proprio potere sanzionatorio sui medesimi comportamenti, pronunciandosi sull'operato e sulla specifica attuazione di proprie prescrizioni da parte di un professionista» (AGCM, provv. 2 aprile 2009, n. 19714).

sub a di cui alla premessa)⁹, quanto per comportamenti attinenti ad aspetti non regolati dalle normative di settore (condotta sub b di cui alla premessa)¹⁰.

La posizione dell'AGCM ha trovato l'avallo delle prime pronunce dei giudici amministrativi che hanno ravvisato nei casi loro sottoposti esempi «di come un nuovo quadro di tutela offerto dal Codice del Consumo ven[isse] ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, e dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione»¹¹. Si trattava di una soluzione di forte tutela per i consumatori che, già salvaguardati *ex ante* dalla posizione di regole da parte delle Autorità di regolazione a ciò istituzionalmente preposte, venivano tutelati anche *ex post* con un intervento sanzionatorio capace di dispiegarsi oltre le condotte poste in violazione della regolazione e cioè su condotte che, pur conformi alle regole di settore, l'AGCM avrebbe potuto leggere come pratiche commerciali scorrette, in quanto contrarie alla diligenza professionale e idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore.

E però questa soluzione ha mostrato sin da *subito* le sue criticità, almeno in termini, per così dire, istituzionali.

In sede cautelare il Consiglio di Stato nel 2009 sospendeva la sanzione irrogata per una pratica commerciale scorretta perché l'AGCM nel sanzionare la condotta al suo esame, non vietata dalla regolazione, aveva integrato «una nuova regola, estranea al contenuto della disciplina regolatoria (...) [che] non appare poter essere introdotta dall'AGCM, autorità con competenze sanzionatorie, ma priva di diretti poteri regolatori»¹².

Invero dietro ai profili istituzionali vi era il problema più rilevante di cui si è accennato nella premessa di questo lavoro, quello del rapporto tra tutela del consumatore e libertà di impresa. Non è infatti necessario ricordare che dietro ogni diritto (nella specie del consumatore) vi è un obbligo (nella specie dell'impresa) e che il sistema delle sanzioni amministrative è da sempre orientato – sulla scorta di quello penale – dal principio di legalità (*nulla poena sine lege*), a presidio della certezza del diritto e, in ultima analisi, di quel sistema costituzionale che sono le libertà individuali (art. 1, legge 24 novembre 1981, n. 689).

Invero già nel 2008 il Consiglio di Stato, su richiesta dell'AGCM, aveva affrontato in sede consultiva la questione dei rapporti tra disciplina generale di cui al Codice

9 A titolo esemplificativo, cfr. AGCM, 4 settembre 2008, n. 18829, con riferimento alla condotta consistente nell'ostacolo all'esercizio del diritto di ripensamento del cliente finale nei mercati dell'energia elettrica e del gas, diritto riconosciuto e disciplinato nella fase di switching dalla deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e gas 28 marzo 2008, ARG/elt 42/08.

10 A titolo esemplificativo, cfr. AGCM, 16 ottobre 2008, n. 19000, con riferimento alla condotta consistente nel recapito della bolletta ai clienti finali dei mercati energetici in ritardo rispetto ai termini di scadenza indicati nella stessa e nella pretesa del pagamento degli interessi di mora per tardivo pagamento.

11 Nel settore delle comunicazioni con riferimento ai "servizi sovrapprezzo", cfr. Tar Lazio, I, 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 (confermata da Cons. St., VI, 17 gennaio 2012, n. 853), 5628, 5629 (confermata da Cons. Stato, VI, 26 settembre 2011, n. 5362), 6445 (confermata da Cons. Stato, VI, 29 settembre 2011, n. 5363), 6446 sul provvedimento AGCM n. 19051/2008 e Tar Lazio, I, 15 giugno 2009, n. 5628, relativa ad analoga fattispecie sanzionata con provvedimento AGCM n. 19087/2008. In tema di concorso di rimedi a tutela del consumatore, cfr. P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediabile*, in *Dir. industriale*, 1, 2011, p. 45 ss.

12 Cons. Stato, VI, 24 marzo 2009, ordinanza n. 1515, che ha accolto l'istanza cautelare di TELE2 avverso il provvedimento AGCM che sanzionava, quale pratica commerciale scorretta, la condotta consistente nella mancata previsione da parte dell'operatore della possibilità, per il consumatore che avesse richiesto l'attivazione del servizio di telefonia, di scegliere tra l'immediato avvio delle procedure di attivazione a seguito della prestazione del consenso orale (come TELE2 faceva) e la possibilità di posticipare l'inserimento dell'ordine ad un momento successivo, in modo da rendere più agevole l'eventuale esercizio del diritto di recesso.

del consumo e le discipline di settore che possono incidere su aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette, al fine di verificare, in particolare, «l'ambito di applicazione della disciplina generale del Codice del Consumo, e la conseguente competenza dell'Autorità a intervenire circa pratiche commerciali scorrette poste in essere da professionisti che operano nei servizi finanziari»¹³.

In quella occasione la questione del riparto di competenza tra Consob e AGCM è stata risolta in termini assai diversi da quelli fino a quel momento invalsi della "complementarietà di tutele". E ciò sulla base di tre presupposti:

- a) l'esistenza di un'articolata disciplina speciale che individua in maniera puntuale e dettagliata gli obblighi informativi, di trasparenza e di correttezza in capo agli operatori del settore, sia nella fase di emissione dei titoli e di comunicazioni pubblicitarie, che nella fase della loro circolazione, con attribuzione alla CONSOB non solo di poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori;
- b) la necessità di evitare la duplicazione di interventi a tutela del medesimo interesse¹⁴;
- c) l'assenza di lacune nella disciplina di settore¹⁵.

Preso atto che la normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette da un lato e la normativa volta a garantire la correttezza delle informazioni al pubblico, nonché la trasparenza e la correttezza dei comportamenti degli operatori del settore dei servizi finanziari – normativa di cui al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. n. 58/1998) e di cui ai relativi regolamenti attuativi emanati dalla CONSOB – dall'altro sono poste a cura del medesimo interesse generale, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il criterio risolvente del conflitto apparente di norme fosse il principio di specialità¹⁶.

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che al fine dell'applicazione di detto principio occorre aver riguardo «al tipo di comportamento e soprattutto alla situazione contestuale verso cui l'intervento correttivo o sanzionatorio è diretto; più che al tipo di operatore coinvolto si deve aver riguardo alla materia su cui i due possibili interventi vanno ad incidere, vale a dire – laddove esista un contesto distinto i cui operatori agiscono secondo regole e pratiche di sistema – al settore su cui l'intervento va dispiegato». In tal modo, è stato sostenuto, i supremi giudici amministrativi hanno prospettato un'applicazione del principio di specialità per settori, nel senso che la comparazione deve riguardare non già le singole fattispecie di illecito previste dalla disciplina generale e da quella di settore sotto le quali la condotta posta in essere dall'operatore possa essere sussunta, ma appunto «i settori su cui l'intervento correttivo o sanzionatorio va ad essere dispiegato»¹⁷.

13 Cons. Stato, I, 3 dicembre 2008, parere n. 3999/2008.

14 In particolare, a parere del Consiglio di Stato «ove l'interesse generale da curare risulti in concreto il medesimo per entrambi gli interventi, i principi che usualmente presiedono alla risoluzione dei conflitti di competenza, nella giurisdizione come nell'attività amministrativa, impongono che si eviti, per ragioni di coerenza, non contraddizione, economia ed efficacia, la duplicazione degli interventi (*ne bis in idem*)».

15 In particolare, a parere del Consiglio di Stato, l'uso del criterio di specialità «postula che un rischio di duplicazione effettivamente esista, e questo si profila soltanto in quelle situazioni e per quei comportamenti che possono in concreto configurare due simultanei interventi. Non vi è dunque nel caso in cui vi sia una lacuna di uno dei due ordinamenti di settore potenzialmente interessati».

16 L'identità del bene giuridico tutelato è, come noto, uno dei possibili significati che la dottrina e soprattutto la giurisprudenza riconducono all'espressione "stessa materia" di cui all'art. 15 c.p. (per i primi riferimenti bibliografici e per una critica a questo orientamento, cfr. G. FIANDA-CA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 170).

17 In senso critico sull'applicazione per settori del principio di specialità, cfr. R. GAROFOLI, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, 2013, pp. 233-237.

Ed in applicazione del principio di specialità inteso in questa accezione – invero piuttosto distante da quella fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, formatesi sull'art. 15 c.p., che, come noto, insistono sulla specialità quale relazione logico strutturale tra fattispecie astratte¹⁸ – il Consiglio di Stato ha concluso per la competenza esclusiva della Consob ad irrogare sanzioni riguardo alla scorrettezza delle condotte degli operatori del settore finanziario.

Al fine dell'analisi che si sta conducendo assume un rilievo determinante il richiamo del Consiglio di Stato all'assenza di lacune nella disciplina dei servizi finanziari. In presenza di lacune nell'ordinamento settoriale non ricorrerebbe infatti, secondo quanto affermato dai giudici amministrativi in sede consultiva, il presupposto di operatività dell'art. 19, comma 3 del Codice del consumo, ai sensi del quale «le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici» solo «in caso di contrasto», condizione che non si verificherebbe appunto in caso di lacune.

L'interpretazione del dettato dell'art. 19, comma 3 del Codice del consumo ha costituito lo snodo delle sentenze con le quali il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, ha affrontato la questione dell'*actio finium regundorum* tra Autorità di regolazione e AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette, avendo riguardo nella specie al riparto di competenze tra AGCM e AGCOM¹⁹.

Dopo aver individuato nella tutela dei consumatori una delle finalità alle quali è direttamente rivolta la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche, il Consiglio di Stato ha infatti risolto la questione dei rapporti tra disciplina generale e disciplina settoriale proprio alla luce dell'art. 19, comma 3 del Codice del consumo e del principio di specialità in esso richiamato.

A tal fine i giudici amministrativi hanno fornito una interpretazione ampia della nozione di “contrasto”, affermando che il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10 della direttiva 2005/29/CE, secondo cui la disciplina di carattere generale «si applica soltanto qualora non esistono norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali (...). Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore»²⁰. Il termine “contrasto” andava letto, secondo i giudici amministrativi, come “diversità di disciplina”, diversità che ricorrerebbe tra la disciplina generale

18 Tra le altre, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n. 1963. Si tratta di vedere se il richiamo alla specialità quale relazione logico strutturale tra fattispecie possa ugualmente essere effettivamente risolutivo laddove una delle due disposizioni in conflitto (come è il caso dell'art. 20 del Codice del consumo) sia delineata dal legislatore con il ricorso a clausole generali.

19 Cons. St., Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 14 e 15, sulle quali vedi, tra gli altri, R. CAPO-NIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

20 Per l'affermazione del carattere sussidiario della disciplina UE “generale” delle pratiche commerciali sleali rispetto alle discipline settoriali v. G. De Cristofaro, *Codice del consumo*, art. 19, in G. DE CRISTOFARO-A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Cedam, Padova, 2013, pp. 141-142. A parere dell'A. «la sussidiarietà sembra implicare pure che le condotte esplicitamente consentite o autorizzate da “norme speciali” debbono considerarsi lecite anche se, di per sé integrerebbero gli estremi di una pratica commerciale scorretta ai sensi degli art. 20 e ss. c. cons., con la conseguenza che il professionista che dovesse tenere tali condotte non dovrebbe potersi considerare responsabile della violazione del divieto sancito dal 1° co. dell'art. 20 c. cons.».

delineata dal Codice del consumo, da considerarsi quale elemento minimo essenziale di tutela, e la disciplina settoriale dettata dal codice delle comunicazioni elettroniche che offrirebbe elementi aggiuntivi e di specificazione alla disciplina generale.

Con le sue pronunce in Adunanza Plenaria il Consiglio di Stato ha quindi riproposto una applicazione del principio di specialità per settori e non per fattispecie, predicando appunto la specialità di una intera disciplina, quella del Codice delle comunicazioni elettroniche, su un'altra, quella del Codice del consumo. E ciò confidando ancora una volta nella esaustività della disciplina settoriale, desunta dalla presenza nella disciplina di settore di clausole generali, quali la buona fede.

Ma nel suo più alto consesso il Consiglio di Stato, poggiandosi sulla rassicurante idea della completezza dell'ordinamento, ha portato il ragionamento alle sue ultime conseguenze. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato, senza mezzi termini, che «il rispetto della disciplina di settore non può che qualificare il comportamento dell'operatore quale diligente», escludendo *in radice* la configurabilità di una pratica commerciale scorretta (che per definizione, ai sensi dell'art. 20 del Codice del consumo, deve essere contraria alla diligenza professionale) nel caso in cui l'operatore rispetti la disciplina di settore²¹.

Con questa operazione ermeneutica i giudici amministrativi avevano finito per limitare l'ambito di applicazione dell'art. 27 del Codice del consumo – che come si è visto attribuisce la competenza sulle pratiche commerciali scorrette all'AGCM, senza fare alcuna distinzione tra i mercati interessati – alle pratiche commerciali scorrette in mercati diversi da quello delle comunicazioni e da quelli che con questo condividono una pervasiva regolazione adottata da Autorità munite di poteri inibitori e sanzionatori. E ciò in quanto «la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione, inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico, fra una disciplina “*ex ante*”, affidata alla competenza di un'autorità [di regolazione], e una presunta disciplina “*ex post*”, affidata ad una altra autorità [AGCM], la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore».

Ciò che rileva è che tanto in sede consultiva, quanto in Adunanza Plenaria il Consiglio di Stato ha fondato le proprie decisioni sul presupposto dell'eshaustività degli ordinamenti settoriali.

Questo assunto appare però da un lato debole e dall'altro problematico.

Debole perché è difficile ipotizzare un ordinamento settoriale davvero completo, che come tale sarebbe peraltro insuscettibile di nuovi interventi regolatori a tutela del consumatore.

Problematico perché a completamento di questo ordinamento lo stesso Consiglio di Stato richiama – oltre all'art. 70, comma 6 del Codice delle comunicazioni elettroniche²² – le clausole generali contemplate dalla stessa disciplina di settore²³.

21 La necessità di una integrazione del principio di specialità con quello di concentrazione tra regolazione e tutela è stata sottolineata da L. CARBONE, *Tutela del consumatore e Autorità indipendenti dopo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'11 maggio 2012 (nn. 11-16)*, in *Relazione al Convegno di Roma*, Libera Università, LUSPIO, 19 giugno 2012.

22 Abrogato dall'art. 49, lett. f), d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70.

23 In particolare, dall'art. 2, comma 4, della delibera AGCOM n. 664/06 secondo la quale l'operatore deve rispettare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di

Se è certamente vero, come dice il Consiglio di Stato, che «il rischio di lacune o deficit di tutela è scongiurato dalle clausole generali contemplate dalla disciplina di settore», viene il dubbio che il ricorso a clausole generali da parte del regolatore non faccia sorgere un ulteriore e forse più importante rischio, quello che in materia di illeciti amministrativi venga ad introdursi una deroga al principio di legalità (e al suo corollario della tassatività) affermato, per gli illeciti amministrativi, dalla legge n. 689/1981. Problema per la verità creato dallo stesso legislatore – anzitutto comunitario – che, come si è visto, ha sviluppato la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, proprio perché trasversale ai più diversi settori, intorno alla clausola generale di cui all'art. 20 del Codice del consumo, ma che verrebbe forse ad amplificarsi se il richiamo alle clausole generali – e con esso la “deviazione” dal principio di legalità – fosse contenuto non già in una fonte normativa primaria, ma in atti di regolazione adottati da Autorità amministrative, sia pure indipendenti. Il fatto è che pure il regolatore più attento può lasciare delle lacune nell'ordinamento settoriale: in questi casi, invece che affidarsi a clausole generali poste dallo stesso regolatore, sarebbe stato forse più aderente al dettato legislativo ammettere il riespandersi della competenza dell'AGCM, Autorità preposta in via generale alla repressione delle pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'art. 27 del Codice del consumo²⁴. Ovvero – ed è la soluzione alternativa delineata da una delle ordinanze di rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – ammettere, magari in via legislativa, che possa essere l'Autorità di regolazione ad applicare il Codice del consumo e cioè a sanzionare condotte che, pur non riconducibili in alcuna delle fattispecie contemplate dalla regolazione settoriale,

protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili.

24 La questione delle lacune è in realtà complicata dall'osservazione che non sempre la mancanza di una disciplina espressa alla quale ricondurre una fattispecie concreta configura una lacuna in senso proprio. Si potrebbero cioè distinguere nella disciplina dei settori regolati “lacune vere” – che si avrebbero nel caso in cui la condotta riguardi materie che il regolatore ha tralasciato di regolare – e “lacune false” che si avrebbero quando il regolatore, nel disciplinare la materia, abbia deciso di adottare una regolazione non pervasiva, non vietando determinati comportamenti, considerati quindi leciti e non sanzionabili. In questo secondo caso si sarebbe in presenza di un silenzio, per così dire, “significativo” dell'Autorità di regolazione. Lungi dal non vedere o non preoccuparsi di comportamenti degli operatori astrattamente lesivi dei consumatori, il regolatore potrebbe aver: a) osservato (o immaginato) i comportamenti in questione; b) effettuato una valutazione comparativa degli interessi in gioco; c) ritenuto l'interesse del consumatore recessivo rispetto ad altri interessi; d) quindi volontariamente omesso di porre, a favore dei consumatori, un obbligo in capo agli esercenti, considerando quindi lecito un comportamento pure astrattamente lesivo degli interessi dei consumatori. In questi casi il riespandersi della competenza dell'AGCM consentirebbe a quest'ultima di sanzionare un comportamento ammesso (sia pure tacitamente) dall'Autorità di regolazione. A titolo esemplificativo, con riferimento al settore energetico, può richiamarsi la scelta dell'Autorità di regolazione di non prevedere in capo al fornitore, a fronte della presentazione di un reclamo avente ad oggetto una bolletta, l'obbligo di bloccare in via cautelativa la procedura di riscossione dell'importo (invio di solleciti di pagamento, successivo distacco della fornitura) nelle more delle verifiche, richiedendo quindi il pagamento immediato di quanto fatturato. Pur in mancanza di una disposizione che prevedesse un obbligo di questo tipo, l'AGCM ha sanzionato nel 2008 uno dei principali operatori del settore per non aver questi previsto il blocco della procedura di riscossione (provvedimento confermato da Tar Lazio, sez. I, 8 settembre 2009, n. 8399 e Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 720111). Sul tema si osserva che il regolatore, nel tentativo di temperare l'interesse del consumatore alla sospensione dei termini di pagamento della bolletta nelle more della definizione del proprio reclamo con l'interesse delle imprese ad evitare possibili comportamenti opportunistici dei clienti, nel febbraio del 2013 ha posto la “sua” regola, estendendo il divieto di chiedere la sospensione della fornitura – originariamente previsto con riferimento ai soli reclami relativi alla ricostruzione dei consumi a seguito di malfunzionamento del gruppo di misura accertato dall'impresa distributrice competente – ai reclami relativi “a conguaglio o a fatturazione anomala dei consumi” (Così l'art. 1, comma 5, della deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 21 febbraio 2013, 67/2013/R/com, contenente «disposizioni per il mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica e di gas naturale in materia di costituzione in mora», successivamente modificata dalla deliberazione 24 aprile 2013, 173/2013/R/com). Come a dire che, non proprio tutti i reclami, ma solo quelli economicamente più rilevanti determinano non la sospensione dei termini di pagamento, come avrebbe voluto l'AGCM, ma la preclusione alla più temuta minaccia utilizzata dal venditore per pretendere il pagamento della bolletta oggetto di reclamo, ossia la sospensione della fornitura.

siano in contrasto con questo²⁵.

E d'altra parte è lo stesso art. 19, comma 3, del Codice del consumo che prevede, come si è visto, che «in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano *aspetti specifici* delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano *a tali aspetti specifici*». È il legislatore insomma ad aver limitato l'operatività del principio di specialità all'ipotesi in cui esista nella materia una disciplina settoriale diversa da quella dettata dal Codice del consumo. Il che, come si è detto, non può sempre essere, perché le lacune possono escludersi in teoria – postulando la completezza dell'ordinamento, magari alla luce di clausole generali contenute nella stessa regolazione settoriale – ma certo si osservano nella pratica.

3. L'ART. 23, COMMA 12 QUINQUESDECIES, D.L. N. 95/2012, INTRODOTTO DALLA LEGGE DI CONVERSIONE N. 135/2012: LA BREVE VITA DI UNA NORMA INCOMPRESA, NATA MALE E MORTA PEGGIO

Il 7 agosto 2012, in sede di conversione del d.l. n. 95/2012, il legislatore è intervenuto sulla questione dei rapporti tra disciplina generale e discipline settoriali in materia di pratiche commerciali scorrette, prevedendo che «la competenza ad accertare e sanzionare [le pratiche commerciali scorrette] è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati».

Data la vicinanza temporale con le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è immediatamente scattata una sorta di “presunzione di paternità”: il neonato comma 12 *quinquiesdecies* doveva essere figlio di quelle sentenze.

Invero, a voler ricondurre questa disposizione al Consiglio di Stato, forse sarebbe stato meglio riferirsi alla posizione espressa dai supremi giudici amministrativi in sede consultiva (che come si è visto era nel senso di escludere l'applicabilità del principio di specialità in presenza di lacune), piuttosto che a quella emersa nelle sentenze dell'Adunanza Plenaria (ove l'esistenza di lacune era stata esclusa *in radice*).

Ed infatti la disposizione, nel fare applicazione del principio di specialità, prevedeva che la competenza generale dell'AGCM cedesse il passo alle Autorità di regolazione per le pratiche commerciali scorrette nei settori per i quali esisteva una regolazione di derivazione comunitaria, *ma solo limitatamente agli aspetti regolati*, con ciò consentendo il riespandersi della competenza dell'AGCM per pratiche commerciali scorrette attinenti ad aspetti non regolati (cioè in presenza di lacune).

Il primo intervento legislativo sulla materia ha quindi costituito una “correzione”, più che una conferma, rispetto a quanto delineato dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria che appunto escludevano ciò che la disposizione in commento prevede, ossia una definizione “elastica” della competenza dell'AGCM, di una competenza

25 Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, ordinanza n. 6522 (estensore: Cons. Roberto Garofoli), con riferimento ai rapporti tra AGCM e Banca d'Italia in materia di pratiche commerciali scorrette.

che, per usare le parole dell'Adunanza Plenaria, «si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore».

E si trattava di correzione che avrebbe potuto rappresentare il giusto contemperamento tra le esigenze di certezza degli operatori²⁶ e di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa²⁷ da un lato e di tutela dei consumatori dell'altro, interesse obiettivamente "sacrificato", escludendo *in radice* – come aveva fatto il Consiglio di Stato nelle sue sentenze di maggio 2012 – la possibilità di lacune degli ordinamenti settoriali e quindi qualsiasi intervento suppletivo dell'AGCM nei settori regolati. Tanto più che la formulazione risultava aderente alla lettera dell'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29/CE – e quindi dell'art. 19, comma 3 del Codice del consumo che l'ha recepita – che, come si è visto, risolve espressamente l'eventuale contrasto tra le disposizioni contenute nella direttiva e le altre norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali in favore di queste ultime, che quindi «si applicano a tali aspetti specifici».

E però con lettera 18 ottobre 2013 la Commissione europea ha costituito in mora l'Italia per la scorretta attuazione ed esecuzione della direttiva 2005/29/CE²⁸, ritenendo che «il vigente quadro giuridico e la sua applicazione da parte degli organi giurisdizionali sono divenuti incompatibili con le disposizioni della direttiva poiché contrastano con il suo carattere di armonizzazione piena e non garantiscono la sua corretta applicazione».

A parere della Commissione «contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato, l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva non consente di concludere che l'applicazione della stessa possa essere esclusa solo perché esiste una legislazione più specifica per un dato settore».

Oggetto delle preoccupazioni della Commissione è quindi quella nozione di specialità per settori fatta propria dai supremi giudici amministrativi del nostro Paese, i quali, escludendo *in radice* la possibilità di lacune dell'ordinamento settoriale, avrebbero in sostanza impedito alla direttiva di operare «come una "rete di sicurezza" che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali scorrette sleali comune a tutti i settori, "colmando le lacune" di altre specifiche normative settoriali».

E qui si torna al punto di partenza, o meglio a quello sfondo che in premessa si è detto essenziale al fine di comprendere la portata delle diverse soluzioni prospettate al problema di cui si discute.

Certo è rassicurante pensare alla disciplina generale come ad una "rete di sicurezza" che l'Autorità preposta alla tutela dei consumatori da pratiche commerciali scorrette – l'AGCM – può "stendere" in ogni momento a protezione del consumatore, soprattutto qualora la condotta posta in essere dal professionista risulti conforme alla regolazione di settore, ma possa nondimeno ledere gli interessi dei consumatori. Si tratta però di vedere come una simile forma di tutela, fondata sul

²⁶ Sul principio della "calcolabilità" o "prevedibilità" delle conseguenze della propria condotta con riferimento alle sanzioni amministrative, cfr. M.A. SANDULLI, "Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva", in www.giustamm.it.

²⁷ Esigenze queste richiamate espressamente dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nn. 11, 12, 13, 15, 16: «La soluzione adottata appare più rispettosa del principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione. Infatti in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili soluzioni anche differenti tra le due autorità (come in pratica è avvenuto)».

²⁸ Si tratta della procedura di infrazione n. 2013/2169, C(2013) 6682 final.

presupposto che «il carattere leale di una pratica commerciale non può essere interamente determinato a priori ma può solo essere oggetto di una valutazione caso per caso, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze della pratica commerciale del caso reale»²⁹ possa coniugarsi con l'art. 3, par. 4 della direttiva 2009/29/CE e, più in generale, con la libertà di impresa di soggetti già sottoposti ad una regolazione settoriale posta a tutela del consumatore di uno specifico mercato. Il dubbio è che l'utilizzo in via sussidiaria in questi settori di una clausola generale – il cui fine è quello di consentire l'armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali scorrette, sì che ne possa derivare «un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti le pratiche commerciali sleali nell'UE³⁰» – finisca per minare alle fondamenta il sistema di tutela apprestato dal legislatore. Tale soluzione, sostanzialmente introducendo *ex post* – nel momento stesso in cui viene irrogata una sanzione amministrativa – regole di comportamento fino a quel momento assenti nella disciplina settoriale di riferimento, solleva infatti evidenti criticità con riferimento allo stesso principio di legalità che, come noto, la giurisprudenza comunitaria in materia di sanzioni amministrative fa assurgere a principio fondamentale³¹, proprio a tutela della certezza del diritto.

Ma anche a voler tacere queste criticità, sembra opportuno soffermarsi sulla circostanza che la stessa Commissione nella sua lettera di messa in mora, dopo aver affermato che l'applicazione della direttiva non può essere esclusa solo perché esiste una legislazione più specifica per un dato settore, conclude che «tale affermazione è corretta solo se tale legislazione più specifica si fonda su *altre norme dell'Unione* e se è limitata *agli aspetti da essa disciplinati*». In tal modo la Commissione pare richiamare proprio i «paletti» introdotti dal comma 12-*quinquiesdecies* dell'art. 23 del d.l. n. 95/2012 che appunto escludeva la competenza dell'AGCM «unicamente [per] il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una *regolazione di derivazione comunitaria*, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e *limitatamente agli aspetti regolati*».

È vero che le prime applicazioni giurisprudenziali della disposizione in commento³² hanno riaffermato il principio secondo il quale in presenza di una disciplina settoriale puntuale, di derivazione comunitaria, l'AGCM non può legittimamente irrogare sanzioni per pratiche commerciali scorrette. Ed è anche vero che in considerazione di queste ultime pronunce l'AGCM con una nota del 24 luglio 2013 ha comunicato che non avrebbe più accolto o sottoposto ad indagine segnalazioni

29 Così la Commissione europea nella lettera di messa in mora cit. In termini non dissimili A. CATRICALÀ-M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Dike, Roma, 2013, p. 82, per i quali «avremo una giurisprudenza fondata su una serie empirica di casi e valutazioni delle Autorità non ispirata a ipotesi tipiche di illecito sanzionabile ma al criterio della clausola generale di correttezza/scorrettezza che dovrà essere mutuato dalle convinzioni e percezioni della società civile anziché da singole determinate fattispecie bene descritte e vietate da specifiche disposizioni di legge».

30 Così il considerando 12 della direttiva 2005/29/CE.

31 Tribunale I grado, sez. III, 27 febbraio 2011, T-25/11; Corte di Giustizia, 29 marzo 2011, C-352/09; Corte di Giustizia, 27 febbraio 2010, C-413/08.

32 Tar Lazio, I, 18 luglio 2013, nn. 7273 e 7275 di annullamento il provvedimento AGCM n. 23743 adottato il 18 luglio 2012 e quindi all'indomani del entrata in vigore del d.l. 6 luglio 2012, n. 95. Nello stesso senso, e sempre con riguardo a fattispecie relative a servizi sovrapprezzo nel settore delle comunicazioni, Tar Lazio, 22 luglio 2013, nn. 7442 e 7464 di annullamento del provvedimento AGCM n. 23675 del 19 giugno 2012.

legate a pratiche commerciali scorrette nel settore delle comunicazioni elettroniche³³, sollecitando in qualche modo un intervento della Commissione europea.

Ma l'intervento con il quale l'organo esecutivo dell'Unione europea ha prospettato la non conformità all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29/CE di una disposizione nata appena un anno prima e che almeno nella sua formulazione testuale era coerente alla lettera e alla *ratio* della direttiva è stato forse un po' frettoloso.

La verità è che oggetto di censura della Commissione non è tanto la disposizione in commento, quanto la giurisprudenza del Consiglio di Stato che l'ha preceduta, in forza della quale, si legge nella lettera di messa in mora, «attualmente in Italia non vi è alcuna autorità competente a far rispettare la direttiva nel settore delle comunicazioni elettroniche». Affermazione questa decisamente *tranchant*, perché pare dimenticare l'esistenza di un'Autorità amministrativa preposta alla tutela del consumatore proprio nel settore delle comunicazioni elettroniche e dotata di poteri investigativi, inibitori e sanzionatori non dissimili da quelli attribuiti all'AGCM e perché con un tratto di penna sembra trasformare il problema delle possibili lacune degli ordinamenti settoriali – quello cioè sul quale la Commissione europea si era dilungata nelle pagine precedenti della sua lettera di messa in mora e che ha costituito l'oggetto del dibattito in materia – nel problema ben diverso di una assoluta mancanza di tutela dei consumatori di un determinato settore dalle pratiche commerciali scorrette.

Il passaggio, per quanto del tutto distonico rispetto al resto della lettera di messa in mora e per la verità anche rispetto alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha costituito il punto centrale dell'ultimo intervento legislativo.

4. IL COMMA 1-BIS DELL'ART. 27 DEL CODICE DEL CONSUMO

Con l'obiettivo dichiarato di «superare la procedura di infrazione n. 2013/2169 avviata dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano, relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati», il decreto legislativo di attuazione della direttiva 2011/83/UE prevede l'abrogazione del comma 12-*quinquiesdecies* dell'art. 23 del d.l. n. 95/2012 e la sua sostituzione con la disposizione in comune, inserita nel Codice del consumo al comma 1-bis dell'art. 27.

Per la verità, a leggere la nuova disposizione si ha l'idea che il legislatore abbia non tanto tentato di risolvere le criticità sollevate dalla Commissione, ma piuttosto colto un'occasione propizia per proporre una soluzione che, con l'attribuzione della competenza esclusiva all'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati, rappresenta quasi l'immagine speculare della soluzione delineata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (quella dell'assenza di lacune e quindi della competenza esclusiva delle Autorità di regolazione).

La prima parte della disposizione in commento prevede infatti che «anche nei settori regolati (...) la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta (...) spetta, *in via esclusiva*, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato», con ciò “restituendo” all'AGCM la competenza sulle pratiche commerciali scorrette nei settori regolati che le sentenze del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria le avevano sostanzialmente tolto.

³³ AGCM, provvedimento n. 24467, in Bollettino AGCM 30 settembre 2013, n. 38/13.

E però quell'«in via esclusiva» confonde. Perché «in via esclusiva»? Se il problema sollevato dalla Commissione europea è quello dell'assenza, nel sistema delineato dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, di una «rete di sicurezza» in caso di lacune lasciate dagli ordinamenti settoriali (ossia le condotte di cui alla lettera a) della premessa), per quale ragione la competenza ad intervenire nei confronti di condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta nei settori regolati è «in via esclusiva» dell'AGCM? Non dovrebbe rimanere la competenza delle Autorità di regolazione a sanzionare le condotte che violano le regole da queste poste proprio a tutela del consumatore (ossia le condotte di cui alla lettera b) della premessa)?

Semplicemente «no», risponde ora il legislatore. Ed infatti, continua il comma 1-*bis* dell'art. 27 del Codice del consumo, la competenza delle Autorità di regolazione resta ferma solo «nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta». Il che significa che le condotte che violano la regolazione settoriale posta a protezione del consumatore da metodi di vendita sleali o da pratiche che possano alterarne il comportamento economico – e quindi integrano una pratica commerciale scorretta – da oggi in poi dovrebbero essere sanzionate dall'AGCM e non invece dal regolatore del settore, munito da una legislazione nazionale, pure di derivazione comunitaria, di poteri investigativi, inibitori e sanzionatori per garantire l'*enforcement* della propria regolazione.

È evidente come la soluzione delineata dal legislatore delegato a recepire la direttiva 2011/83/UE sui diritti del consumatore vada oltre le perplessità manifestate, peraltro piuttosto frettolosamente si è detto sopra, dalla Commissione europea.

Il comma 1-*bis* dell'art. 27 – occasionato da una procedura di infrazione avviata da una Commissione che «non interferisce con la ripartizione delle competenze tra le autorità amministrative a livello nazionale»³⁴ – ha il sapore della rinuncia del nostro legislatore a guardare al problema del rapporto tra disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e discipline settoriali a tutela del consumatore nella sua necessaria complessità, quasi “ingessandolo” entro una logica binaria disciplina generale/discipline settoriali, ovvero AGCM/Autorità di regolazione.

E così un legislatore poco fiducioso nella bontà della scelta consumata nel 2012 e forse eccessivamente spaventato dall'apertura di una procedura di infrazione ha ripercorso, all'inverso però, la stessa strada percorsa dal Consiglio di Stato, facendoci tornare così da dove eravamo partiti, e cioè alla competenza esclusiva (e non più solo per prassi) dell'AGCM.

Lungi dal rappresentare un correttivo a superamento delle criticità sollevate dalla Commissione, la disposizione in commento sembra ridisegnare completamente i rapporti tra disciplina generale e discipline speciali e per l'effetto tra Autorità trasversale di tutela del consumatore e Autorità settoriali, introducendo delle deviazioni assai rilevanti rispetto al diritto interno e a quello comunitario, con problemi di carattere sistematico di non poco conto.

In forza del comma 1-*bis* dell'art. 27 del Codice del consumo, la condotta che violi contestualmente il Codice del consumo (che vieta pratiche commerciali scorrette) e la regolazione settoriale (posta appunto dall'Autorità amministrativa indipendente preposta alla tutela del consumatore di quello specifico settore) sarà perseguita, con i poteri di cui allo stesso art. 27, dall'AGCM che farà quindi applicazione della disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette (il Codice del consumo).

³⁴ Così la Commissione europea nella lettera di messa in mora, C(2013)6682 del 17 ottobre 2013, p. 14.

In altre parole, invece di affrontare la questione assai dibattuta in ambito penale dell'applicazione del principio di specialità a fattispecie astratte, a fattispecie concrete o ad interi settori, la disposizione in commento pare prescindere dallo stesso principio di specialità.

La scelta del legislatore non pare però sufficientemente ponderata, nulla avendo detto il Governo sul punto nella sua relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo inviato in data 3 dicembre 2013 alle Commissioni parlamentari per il relativo parere e soprattutto non avendo il legislatore delegato in alcun modo affrontato i relativi problemi di coordinamento derivanti dall'introduzione di una deroga al principio di specialità.

Il principio di specialità viene infatti richiamato dall'art. 9 della legge generale sulle sanzioni amministrative, la legge n. 689/1981, e lo stesso art. 27 del Codice del consumo prevede espressamente al comma 13 che «per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I (...) della legge 24 novembre 1981, n. 689», tra le quali appunto l'art. 9³⁵.

E soprattutto il principio di specialità è richiamato dallo stesso art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29/CE che il Codice del consumo vuole recepire ed anzi recepisce sul punto della specialità nell'art. 19, comma 3, articolo che la nuova disposizione lungi dall'abrogare – non potendolo fare senza contravvenire a quanto previsto dalla direttiva comunitaria – al contrario richiama, proprio nel suo *incipit*.

Insomma la formulazione della disposizione è tale da evocare quasi un'antinomia, facendo dire al principio di specialità («ai sensi dell'art. 19, comma 3») che la competenza sulle pratiche commerciali scorrette in settori regolati è «in via esclusiva» dell'Autorità trasversale e non invece dell'Autorità di settore.

Eppure la Commissione nella sua lettera di messa in mora – nell'individuare l'oggetto della procedura di infrazione nella scorretta attuazione in Italia del principio della *lex specialis* sancito dall'art. 3, par. 4, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali – ha precisato che secondo tale principio «le norme settoriali specifiche dell'Unione prevalgono sulla direttiva entro i limiti degli aspetti da esse regolamentati, mentre la direttiva continua a disciplinare gli aspetti restanti». Il che non solo non giustifica una previsione che attribuisca «in via esclusiva» all'AGCM la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati, ma anzi solleva il dubbio che tale disposizione sia contraria allo stesso art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29/CE, in forza del quale la disciplina generale delle pratiche commerciali sleali è destinata a trovare applicazione in via sussidiaria (e quindi non esclusiva), quando cioè manchino normative europee settoriali, che regolamentino una determinata pratica commerciale relativa a determinati prodotti o servizi, ovvero quando queste normative presentino delle lacune che necessitano di essere integrate (ad esempio perché soltanto alcuni aspetti di tali pratiche vengono regolamentati)³⁶.

³⁵ Il principio di specialità è peraltro ora richiamato, con riferimento ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, dal comma 2, del novellato art. 46 del Codice del consumo.

³⁶ Così, pressoché testualmente, G. DE CRISTOFARO, *Codice del consumo*, Art. 19, in G. DE CRISTOFARO-A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Cedam, Padova, 2003, p. 141. Il carattere sussidiario della disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette si desume dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE: «È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. (...)». Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come

A voler leggere la disposizione in modo comunitariamente orientato si potrebbe ritenere che quella competenza in via esclusiva sorga, ai sensi dell'art. 19, comma 3, solo in caso di lacune, ossia qualora i settori regolati non conoscano regole che tutelino il consumatore da metodi di vendita sleali o tali regole disciplinino solo alcuni aspetti e non altri. In questa accezione la disposizione suonerebbe sì un po' enfatica – laddove usa l'espressione «in via esclusiva» – ma comunitariamente legittima, raggiungendo così il risultato minimo di una disposizione nata appunto per superare le criticità sollevate dalla Commissione europea a proposito di altra disposizione – l'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies*, d.l. n. 95/2012 – che, almeno sotto il profilo letterale, risultava aderente all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29/CE. Operazione ermeneutica complessa, soprattutto in considerazione della lettera della seconda parte della disposizione in commento che, come si è visto, fa salva la competenza delle Autorità di regolazione «nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta», con ciò sembrando escludere tale competenza nell'ipotesi di violazioni della regolazione che integrino altresì una pratica commerciale scorretta.

E tuttavia è operazione che si dovrebbe tentare – magari facendo leva su quel «fermo restando il rispetto della regolazione vigente» che precede l'attribuzione in via esclusiva della competenza all'AGCM – se non si vuole esporre la previsione in commento al rischio di un nuovo intervento della Commissione europea, che peraltro – a confrontare la lettera della disposizione con l'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/20/CE – potrebbe essere più pericoloso del primo³⁷.

Un tentativo in questo senso potrà forse farsi con i protocolli di intesa con i quali, ai sensi dell'art. 27, comma 1-bis del Codice del consumo, le Autorità dovrebbero disciplinare «gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze»³⁸.

gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari. La presente direttiva completa pertanto l'*acquis* comunitario applicabile alle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori».

37 La conformità della disposizione in commento alla normativa comunitaria dovrà peraltro effettuarsi anche avendo riguardo alle direttive comunitarie dalle quali derivano le singole discipline settoriali. Sotto questo profilo, per esempio, le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE relative rispettivamente a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e del gas, prevedono, rispettivamente ai paragrafi 7 e 3 degli artt. 3, che gli Stati membri «garantiscono un elevato livello di protezione dei consumatori, con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, alle informazioni generali ed ai meccanismi di risoluzione delle controversie. Gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei possano effettivamente cambiare fornitore con facilità. Per quanto riguarda almeno i clienti civili, queste misure comprendono quelle che figurano nell'allegato I». Nell'elencare le «Misure sulla tutela dei consumatori» – che consistono, tra l'altro, nel garantire che i clienti «ricevano informazioni trasparenti sui prezzi e sulle tariffe vigenti e sulle condizioni tipo per quanto riguarda l'accesso ai servizi di energia elettrica e l'uso dei medesimi», nel fatto che «le condizioni generali devono essere eque e trasparenti (...) e non devono contenere ostacoli non contrattuali all'esercizio dei diritti dei consumatori, quali ad esempio un'eccessiva documentazione contrattuale» – gli Allegati I alle due direttive prevedono che «i clienti sono protetti dai metodi di vendita sleali e ingannevoli». Le stesse direttive, dopo aver previsto che ciascuno Stato membro designi un'unica autorità nazionale di regolamentazione a livello nazionale (art. 35, par. 1, direttiva 2009/72/CE e 39, par. 1, direttiva 2009/73/CE), individuano tra i compiti e le competenze dell'autorità di regolamentazione quello di «garantire, in collaborazione con le altre autorità competenti, che le misure di tutela dei consumatori, incluse quelle indicate nell'allegato I, siano effettive e applicate» (art. 37, par. 1, lett. n), direttiva 2009/72/CE e art. 41, par. 1, lett. o) direttiva 2009/73/CE) e prevedono che all'autorità di regolamentazione debba essere conferito, tra gli altri poteri, quello di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive alle imprese che non ottemperano agli obblighi ad esse imposte dalle direttive (art. 37, par. 4, lett. d), direttiva 2009/72/CE e art. 41, par. 4, lett. d), direttiva 2009/73/CE). Queste direttive sono state recepite nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 93/2011.

38 Protocolli di intesa sono già stati stipulati tra AGCM e Banca d'Italia (22 febbraio 2011), tra AGCM e Autorità per l'energia elettrica e il gas (3 settembre 2012) e, da ultimo, anche tra AGCM e AGCOM (22 maggio 2013). Si tratta tuttavia di Protocolli che non affrontano il problema dell'eventuale conflitto di competenze tra le Autorità

A voler fare delle ipotesi si può immaginare che oggetto dei protocolli saranno, tra gli altri aspetti, quelli che riguardano: a) il parere che le Autorità di regolazione competenti dovranno rendere all'AGCM nell'ambito del procedimento volto ad accertare l'esistenza di una pratica commerciale scorretta e ad irrogare la relativa sanzione; b) la disciplina del caso in cui l'operatore ha posto in essere la condotta oggetto di contestazione nel «rispetto della regolazione vigente» che, ai sensi del comma 1-bis dell'art. 27³⁹, non dovrebbe dar luogo all'irrogazione di sanzioni (per questi casi si tratterà di stabilire quale Autorità e in che tempi e modi dovrà accertare il «rispetto della regolazione»).

A fare invece degli auspici si potrebbe pensare che ogni protocollo di intesa contenga anche: a) un elenco di «aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette» già disciplinati dal regolatore di settore sui quali «ai sensi dell'art. 19, comma 3» del Codice del consumo – come dice la disposizione in commento – le rispettive disposizioni speciali prevarrebbero sulla disciplina generale; b) un elenco di aspetti non (ancora) disciplinati dalla regolazione settoriale sui quali l'AGCM dovrebbe esercitare «in via esclusiva» la competenza di cui alla disposizione in commento, acquisendo il parere dell'Autorità di regolazione⁴⁰; c) la previsione di un meccanismo di revisione periodica dei protocolli stessi, in forza del quale l'elenco degli «aspetti regolati» potrebbe arricchirsi – ad esito di normali procedimenti di regolazione che potrebbero però vedere forme qualificate di partecipazione dell'AGCM – di nuovi elementi (sottratti all'elenco degli aspetti non regolati), che «generalizzino» appunto la «regola», sorta – nel procedimento gestito dall'AGCM ai sensi del Codice del consumo – dall'applicazione al caso concreto della clausola generale di cui all'art. 19 del Codice del consumo. Si innescherebbe così un circolo virtuoso, il cui «precipitato» potrebbe essere un terzo elenco, quello delle best practices di ciascun settore di riferimento, ossia di quelle pratiche che il regolatore, alla luce di una attenta valutazione – condotta in collaborazione con l'AGCM – abbia ritenuto di non dover imporre agli operatori di settore, ma che nondimeno verrebbero a costituire il parametro – noto *ex ante* agli operatori – al quale l'AGCM potrebbe commisurare la diligenza professionale in sede di accertamento di una pratica commerciale scorretta e, ricorrendone i presupposti, eventualmente sanzionare.

firmatarie, limitandosi a prevedere, oltre a diverse forme di collaborazione (incontri periodici, gruppi di lavoro, collaborazioni scienti-fiche, formazione e scambi di personale), reciproci obblighi di informazione sui procedimenti avviati, senza prevedere invece preclusioni all'esercizio del potere sanzionatorio in pendenza di procedimenti avviati o conclusi da altra Autorità sulla stessa o analoga fattispecie o, più in generale, una disciplina dei relativi procedimenti sanzionatori in caso di un eventuale «conflitto» di competenze.

39 Ai sensi del comma 2-bis dell'art. 27 la competenza per le pratiche commerciali scorrette nei settori regolati spetta in via esclusiva all'AGCM «fermo restando il rispetto della regolazione vigente». È evidente infatti che se il regolatore prevede che la fatturazione del traffico telefonico o dei consumi di energia elettrica avvenga bimestralmente, l'AGCM non potrà ravvisare nella fatturazione bimestrale (che pure gli apparisse ad intervalli troppo lunghi) una pratica commerciale scorretta. Ed infatti, in via generale, il rapporto di specialità può intercorrere non solo tra norme incriminatrici, ma anche tra norme incriminatrici da un lato e norme di c.d. liceità dall'altro (cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 669), con la conseguenza che in questi casi si applica la disposizione speciale, e quindi la norma c.d. di liceità. Con riferimento alla materia in discussione, il principio ha trovato espressione (sia pure con riferimento al rapporto tra una disciplina normativa – quella del Codice del consumo – e un provvedimento amministrativo al quale manca il carattere generale e astratto proprio della disposizione normativa), nel comma 14 dello stesso art. 27 a norma del quale «ove la pratica sia stata assentita con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere non scorretto della stessa, la tutela dei soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse, è esperibile in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento».

40 La redazione di questo elenco potrebbe passare per la rassegna di provvedimenti adottati dall'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati e per l'individuazione, tra questi, dei casi nei quali le condotte sanzionate non contravenivano ad alcuna disposizione settoriale e nondimeno sono state qualificate dall'AGCM quali pratiche commerciali scorrette.



RECENSIONI

Giuseppe Di Gaspare Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche, Padova, Cedam, 2011, pp. I-478.

Margherita Ramajoli

1.

Il volume di Di Gaspare analizza l'articolato fenomeno della globalizzazione finanziaria adottando l'unico approccio metodologico possibile per cercare di conoscerne e di comprenderne i caratteri. Si tratta di un approccio di tipo multidisciplinare, inteso a sottolineare i legami esistenti tra economia, politica, geopolitica, diritto, politica del diritto, storia e cultura.

Questa complessità serve all'Autore a non appagarsi di spiegazioni semplificanti quale, ad esempio, quella intesa a trovare un facile capro espiatorio per l'attuale crisi economica finanziaria nella Fed, come se responsabile della crisi fosse una sola istituzione e un solo soggetto (p. 219 ss.).

Del resto ancora oggi le cause della ben più lontana crisi del 1929 stentano ad essere riconosciute unanimemente, come le mai sopite polemiche tra keynesiani e aderenti alla scuola austriaca del ciclo economico stanno a dimostrare. Solo uno sguardo complesso consente dunque di abbracciare la complessità, riconoscendo che vi è un meccanismo congiunto di deresponsabilizzazione a vari livelli e di disseminazione sistemica del rischio.

Originale per un giurista è anche la particolare attenzione dedicata nel libro al ruolo dell'immagine, allo svelamento delle «strategie di manipolazione della comunicazione», che porta a una «inversione dei rapporti tra causa e effetto» (p. 6 ss.): così s'evidenzia che è «la percezione della stabilità del dollaro che genera la sua effettiva stabilità», che «ciò che non è percepito non esiste realmente» (p. 65), si parla di una «narratizzazione internazionale della supremazia del libero mercato, una specie di continua, uniforme affabulazione che genera un consenso conforme» (g. 41). Dal libro emerge con chiarezza come sia stato proprio il progresso e acritico ottimismo dilagante ad avere fatto sì che le crisi finanziarie cogliessero di sorpresa banche centrali e regolatori. Anzi, a ben vedere l'impreparazione psicologica ha riguardato anche l'intera società che ha dovuto affrontare il trauma della messa in discussione del convincimento largamente diffuso che il futuro sarebbe stato finanziariamente migliore del passato.

Dal punto di vista geografico lo sguardo è diviso tra l'ordinamento statunitense, dove il fenomeno della globalizzazione finanziaria è nato, tant'è che nel libro si parla di sistema "dollaro-centrico", e l'ordinamento europeo, nel quale l'Unione europea è definita (pag. XXIX) un gigante che, a causa delle sue varie teste, si muove troppo lentamente, mentre la Bce è immaginata come un pugile che si

sa solo difendere e oltretutto combatte con una mano legata dietro la schiena. Sempre dal punto di vista geografico attenzione viene tributata anche alla Cina che, come ha osservato Posner, il cui pensiero viene ripreso nel volume, è caratterizzata da un mercantilismo vecchio stile, dovuto a un mix di dirigismo statale, arretratezza e sfruttamento delle nuove opportunità della globalizzazione.

Inevitabilmente anche gli attori considerati sono tanti e di tipologia varia: soggetti privati (le banche anzitutto, vero e proprio motore della globalizzazione finanziaria) e soggetti pubblici e tra questi sia soggetti politici istituzionali – il Congresso degli Stati Uniti d’America – sia soggetti pubblici tecnici – la Fed – per arrivare a organismi di incerta definizione sempre alla Fed collegati, come le Government Sponsored Enterprises (GSE), imprese sponsorizzate dal governo, entità giuridiche in una posizione intermedia tra pubblico e privato. Gli attori sono sempre meno nazionali, il che appare di evidente immediatezza se si tiene presente di quanta poca discrezionalità l’Italia disponga nell’adottare le misure necessarie per affrontare la crisi: oltre al fatto che i governi sono impossibilitati ad adottare politiche individuali in un’economia globalizzata, la nostra politica monetaria è affidata alla Bce.

Infatti la crisi finanziaria è legata a filo doppio alla crisi del carattere statale del diritto. Nel mercato finanziario è percepibile con maggiore chiarezza il fenomeno da tempo evidenziato da Sabino Cassese e dalla sua scuola (da ultimo, Maurizia De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012), ossia la sovrapposizione dominante di apparati sovranazionali agli apparati pubblici nazionali, o, se si preferisce, l’affermarsi di un modello “reticolare” quale portato di un nuovo modo di definire la sovranità secondo linee orizzontali (Emiliano Frediani, *La produzione normativa nella sovranità orizzontale*, Pisa, 2010).

L’esito ultimo di questo processo di ridefinizione dei rapporti tra soggetti pubblici è il rischio di lasciare sullo sfondo giuridico il soggetto privato nazionale per eccellenza, il piccolo risparmiatore, travolto in egual misura dai fallimenti del mercato e dai fallimenti del regolatore pubblico.

2.

Il libro, come si legge nella sua prefazione, ha lo scopo sia di «capiare meglio da dove sia arrivata la crisi», sia di capire «come reagire e contrastarla» (p. XVII). Quindi non solo un fine di tipo cognitivo, teorico, ma anche propositivo e pratico. In questa logica l’attenzione del giurista è calamitata da alcuni atti normativi che fungono da spartiacque, da cesure ideali. Siccome due terzi del libro sono dedicati agli Stati Uniti perché è da lì che tutto si dipana, è da lì che bisogna partire. Qui troviamo le premesse, le cause di tutto.

Il Garn St. Germain Depository Institutions Act del 1982 è definito nel libro (pag. 73) «la madre delle future bolle immobiliari». Con esso le banche cooperative non furono più ritenute responsabili nel caso di insolvenza dei mutui ipotecari, potendo concedere prestiti garantiti dallo Stato che provvedeva alla ricopertura dei finanziamenti. In questa maniera le banche cooperative furono incentivate a concedere mutui a clienti privi di adeguate garanzie, contando di essere garantite dallo Stato. Nasce così la deresponsabilizzazione delle banche cooperative, che alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso furono poi messe in liquidazione amministrata a carico del governo.

Ma soprattutto è l’abrogazione nel 1999 del Glass Steagall Act a fungere da spartiacque. Il provvedimento era stato approvato nel 1933 ed è stata la prima legge

firmata dal presidente Roosevelt. Il Glass Steagall Act costituiva la risposta di tipo sistemico alla crisi del 1929, la reazione al fallimento delle banche durante la grande depressione, ed era un provvedimento incentrato su politiche pubbliche, sulla regolazione dei sistemi bancari e finanziari, nonché sull'uso delle leve monetarie. Soprattutto esso introduceva una netta separazione tra banche commerciali (deputate al risparmio e al credito) e banche d'investimento, o, altrimenti detto, tra utility banking e casino banking.

La ratio del provvedimento era evitare la realizzazione di conflitti di interessi: impedire che le banche potessero suggerire ai loro clienti l'acquisto di titoli che le banche stesse avessero sottoscritto e così impedire che il fallimento dell'intermediario comportasse anche il fallimento della banca tradizionale, impedendo che i risparmi depositati nelle banche commerciali fossero investiti in mercati a rischio e che l'economia reale fosse direttamente esposta al pericolo di eventi negativi esclusivamente finanziari.

È a partire dagli anni Ottanta che le banche hanno cercato di convincere il Congresso americano ad abrogare questa legge e vi sono riuscite nel 1999. Il venir meno di questa legislazione e la contemporanea adozione del Financial Services Modernization Act del 1999 e del Commodity Futures Modernization Act del 2000, ossia «il testo unico della deregolamentazione legislativa», si basa sul presupposto che quanto più i mercati sono integrati tanto meglio è. Queste leggi fanno cadere la distinzione tra banche commerciali e banche di investimento e unificano il settore del credito, quello delle assicurazioni e quello degli strumenti finanziari, consentendo alle banche commerciali e alle compagnie di assicurazioni di cedere e di acquistare derivati. L'Autore descrive efficacemente le conseguenze di tali atti normativi: le banche d'investimento si «trasformano in mega holding finanziarie definitivamente sottratte al controllo della Fed e della Sec» e «non gestiscono direttamente depositi bancari e operano nel mercato dei derivati e sono quindi boderline rispetto alla zona di controllo della Fed» (p. 277).

Una nuova cesura è data da successivi interventi normativi, che si prefiggono un incremento della vigilanza e della regolazione dei mercati finanziari per evitare in futuro salvataggi di grandi istituzioni finanziarie a carico dei contribuenti. In particolare, con il Dodd Frank Act del 2010 e in vigore dal luglio del 2012 si tenta di adottare un'ampia, complessa riforma della regolazione dei mercati finanziari.

Il libro fornisce un giudizio molto negativo di questa riforma, perché si ritiene che essa non adotti alcuna contromisura per reprimere sul nascere la speculazione finanziaria, limitandosi a rendere la Fed il soggetto prestatore di ultima istanza (p. 294). È sicuramente da condividere l'idea che la riforma costituisca esempio di un riformismo conservatore, dal momento che il Dodd Frank Act ha due obiettivi ancora legati al sistema pregresso, che pertanto non viene intaccato: l'obiettivo di limitare il rischio della finanza creativa con una disciplina più stringente del mercato dei derivati (ad esempio, si introduce un obbligo di registrazione degli hedge fund presso la Sec, anzi, come osserva Di Gaspare, desta meraviglia che in passato quest'obbligo non vi fosse) e l'obiettivo di limitare il danno derivante dal fallimento di grandi istituzioni finanziarie, con norme anticoncentrazione o con limiti alla possibilità da parte delle banche di investire in attività speculative (la c.d. Volcker rule, che segna una sorta di ritorno alla legge del 1933).

Per quanto riguarda il profilo dell'implementazione della legge si ricorre alla tecnica, ormai consueta anche nel nostro ordinamento, del continuo rinvio a succes-

sive norme regolamentari: ciò porta con sé una ipertrofia normativa e una dilatazione dei tempi di applicazione della riforma (p. 295), senza poi dimenticare che le diverse autorità competenti godono di ampissimi poteri discrezionali in materia, potendo determinare eccezioni ai divieti normativi ed è soprattutto la Volcker rule ad andare incontro a questo destino di deroghe.

Nonostante poi si istituisca un'agenzia federale per la valutazione del rischio sistemico (Financial stability Oversight Council) per la supervisione su tutti gli intermediari finanziari, composta dai chiarmen delle independent regulatory agencies preposte alla vigilanza sui mercati (Sec, Nbs, ecc.), rafforzando quel coordinamento tra autorità nella gestione dei rischi la cui mancanza è ritenuta una delle concause della crisi del 2008, permane comunque una struttura frammentata del modello di vigilanza, con oltretutto una sovrapposizione di autorità statali e autorità federali.

Deve comunque essere ricordato che le critiche suscitate dal Dodd Frank Act sono anche di segno opposto a quelle esplicitate da Di Gaspare e incentrate sull'eccessiva debolezza delle misure adottate. Vi è infatti una corrente di pensiero fortemente ostile nei confronti della riforma perché vede in essa i germi di un nuovo dirigismo, sia dal punto di vista del rafforzamento della vigilanza sugli stessi mercati, sia da quello dei vincoli imposti alle attività finanziarie, che ostacolerebbero la competitività delle banche americane nel mercato globalizzato. Tant'è che il partito repubblicano, raccogliendo le sollecitazioni della lobby dell'industria finanziaria, ha elaborato una serie di proposte di riforma volte ad attenuare i vincoli imposti dal Dodd Frank Act, con un ritorno pieno alla deregolamentazione.

Questa duplicità di registri critici nei confronti del Dodd Frank Act è la testimonianza più lampante di come sia sempre difficile cercare di bilanciare la libertà di iniziativa economica privata con il buon funzionamento dei mercati inteso come interesse pubblico oggettivo, in grado di tutelare, anche e non solo, il privato risparmiatore.

3.

Anche se la parte più consistente del libro è dedicata agli Stati Uniti, perché l'intento dell'Autore è di partire dall'origine dei fenomeni e su di essi soffermarsi, pure l'Europa è presa in considerazione da Di Gaspare.

Il contagio della crisi economico-finanziaria innescata negli Stati Uniti è stato ben descritto da Fabio Merusi (Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche, Torino, 2013) come una sofisticata catena di Sant'Antonio, per cui l'effetto domino si realizza non appena si determina un'insolvenza in qualche punto della catena: la crisi è diventata globale perché è partita dallo Stato alla cui moneta sono agganciate tutte le altre monete, ma ha poi acceso un'infinità di focolari autonomi, come spesso succede negli incendi.

Pur all'interno di una crisi comune globale vi è una specificità della crisi europea: la crisi nella cd. eurozona ha acuito le tensioni latenti nella UE e ha evidenziato la contraddizione tra «la stentata integrazione politica e istituzionale dell'UE e la non coincidente unificazione del sistema monetario nell'UEM» (p. 261).

La mancanza di un centro politico europeo coeso ha a sua volta prodotto uno stallo decisionale istituzionalizzato. Gli Stati membri sono poco disposti ad affrontare i sacrifici in nome di una solidarietà comune che ancora manca e che sarebbe invece il presupposto essenziale dell'integrazione, come Giuliano Amato

va da tempo ripetendo nei suoi vari contributi in materia. Quest'assenza di una solidarietà comune pone in evidenza il drammatico problema della legittimazione democratica dell'Unione europea, che s'aggiunge ad altro, più specifico, problema di legittimazione, quello riguardante le varie autorità indipendenti di vigilanza, problema ampiamente dibattuto dalla dottrina pubblicistica, cui si fa cenno pure nel volume.

Tra l'altro le autorità nazionali di vigilanza pongono un'ulteriore questione, consistente nel fatto che vi è un'asimmetria tra regole bancarie armonizzate (un diluvio di regole europee tutte univocamente orientate al solo obiettivo dell'integrazione dei mercati) e una vigilanza frammentata tra le autorità nazionali, spesso eccessivamente tolleranti o miopi. Così la mancanza di un'istanza decisionale unica a livello europeo ha fatto sì che la risoluzione dei possibili conflitti tra autorità sia stata abbandonata alla libera concorrenza-conflitto tra le autorità stesse. Di qui la proposta di accentrare la vigilanza presso la Bce, la quale però non è ancora stata tradotta in un atto formale definitivo (su questo specifico aspetto e sui futuri complessi rapporti di convivenza tra Bce e altre istituzioni, si veda il contributo di Andrea Pisaneschi in questo numero della Rivista).

4.

Come già detto, nel libro non si cerca solo di capire cosa sia accaduto ma anche come farvi fronte, fermo restando che la dimensione nazionale è inadatta a risolvere i problemi posti dalla crisi.

La crisi ha affievolito uno dei principi costitutivi dell'economia di mercato e cioè la necessità che le imprese insolventi falliscano, con un passaggio dallo Stato regolatore allo Stato salvatore (secondo l'espressione coniata da Giulio Napolitano). Quest'ultimo modo di risolvere le crisi è tutt'altro che risolutivo e ha anche effetti perversi, perché porta con sé un processo di dequalificazione del moral hazard, che da illecito giuridico diviene comportamento solo eticamente riprovevole; prova ne è il fatto che le banche salvate dallo Stato continuano ad operare in segmenti a rischio.

Quanto ai possibili ulteriori modi di reazione, poco praticabile, ma lo stesso Autore ne è conscio, è la soluzione, che si legge tra le righe del volume, di nazionalizzare le banche. Anche la proposta di assoggettare nuovamente le banche al rischio di fallimento, che è l'essenza di ogni economia di mercato, può sembrare altrettanto radicale rispetto a quella di nazionalizzazione delle banche stesse.

Degna invece di essere presa in seria considerazione è l'idea di alcuni studiosi (Kay, Kotlikoff) di separare radicalmente utility banking e casino banking sulla scia della già menzionata Volcker rule, che però è stata depotenziata nei fatti. Tra l'altro, anche il Rapporto Liikanen, dal nome del governatore della banca centrale finlandese che ha presieduto il gruppo di lavoro europeo in materia, suggerisce la separazione tra le attività di trading e quelle di deposito e questo rapporto dovrebbe essere la base per nuove iniziative normative della Commissione europea.

Altri studiosi (Onado) hanno suggerito una riforma strutturale che limiti gli aiuti statali e delle banche centrali alla componente realmente di pubblica utilità delle banche, che oggi è meno della metà del bilancio di una banca. Questo perché se il sistema bancario rimane così concepito è probabile che in futuro per garantire la sopravvivenza della parte dell'attività bancaria veramente al servizio dell'economia (il servizio dei pagamenti, l'accumulazione del risparmio, il credito a famiglie o

imprese) si continui a cercare di salvare anche la parte più puramente speculativa, meno socialmente utile, delle banche stesse.

Allargando da ultimo la prospettiva di riflessione, in un contesto che vede un aumento delle disuguaglianze, della disoccupazione e della povertà, palese è il rischio di populismo, che in forme diverse si è finora tradotto nei Tea Parties e nei sit-in di Occupy Wall Street. Entrambi propongono soluzioni radicali nei confronti di un sistema in cui cattiva politica e cattivo capitale si sostengono a vicenda.

Per evitare che il populismo diventi l'unico stato d'animo popolare di fronte alla crisi sono necessarie idee forti, occorrerebbe avere oggi un nuovo Roosevelt e un nuovo Keynes. In altre parole, sulla scia di quanto reclamato più volte da Guido Rossi, occorrerebbe avere programmi politici che pongano al centro sempre e in ogni caso, anche in campo economico, la giustizia sociale, comprensiva della difesa dei diritti individuali e della lotta alla corruzione.



RECENSIONI

Michela Passalacqua
Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza, I diritti economici, collana diretta da M. Giusti, 16, Nuova Serie, Padova, Cedam, 2012, in 8°, pp. XIV- 302.

Andrea Pericu

Il filone di indagine in cui si inserisce il volume è quello, recente e innovativo, dello studio del rischio in funzione di precauzione o di prevenzione ovvero in funzione di regolazione. L'A. privilegia la prospettiva dello studio della funzione di interesse generale di controllo del rischio (e dei soggetti preposti a svolgere tale funzione), constatando che esso si rivela sempre più come componente delle scelte o dei comportamenti, che trascende le parti direttamente coinvolte e disposte ad assumerne (e regolarne) le relative responsabilità per riversarsi, negli effetti, su interi settori dell'economia o sulla società nel suo complesso. In questa prospettiva l'A. privilegia l'analisi dei rischi (per molti versi nuovi e poco studiati) emergenti dai mercati finanziari.

Il *primo capitolo* parte constatando che, in base ad una risalente definizione proposta dalla dottrina civilistica, il rischio rappresenterebbe la conseguenza economica di un evento futuro e incerto, in quanto in grado di ingenerare una perdita o un profitto. Muovendo da questo assunto, nel capitolo l'A. ripercorre una serie di fattispecie tradizionalmente studiate dalla dottrina civilistica, di cui l'elemento «rischio», così come sopra definito in via di prima approssimazione, diventa elemento costitutivo onde indirizzare taluni aspetti della disciplina. In questa prospettiva, il rischio è sempre suscettibile di valutazione patrimoniale, intesa come misurazione di una potenziale perdita o di un potenziale vantaggio economico attualizzabile in funzione di una probabilità determinabile. Tale prospettiva di neutralità assiologica della dimensione del rischio è però ritenuta inappagante dall'A.. Si propone, pertanto, un mutamento di impostazione muovendo dalla note riletture in chiave sociologica della c.d. società del rischio proposte, tra gli altri, da Beck e Bauman, nonché dalle proposizioni della *Prospect Theory*. Ad avviso dell'A., è necessario riferirsi agli effetti che l'avvento della c.d. società del rischio produce sulle categorie generali del diritto civile e del diritto amministrativo, nonché alla "liquidità", intesa come metafora dell'attuale fase dell'età moderna, onde ricostruire, in una mutata prospettiva epistemologica, le premesse di una nuova regolazione del rischio. In questa nuova dimensione concettuale il rischio non svolge solo la funzione di elemento qualificante di talune fattispecie giuridiche, ma diviene oggetto di una disciplina organica diretta ad amministrarne l'assunzione e gli effetti su chi lo assume, sui terzi e sul sistema economico nel suo complesso (*il diritto del rischio*). Infatti, secondo l'A. «Il rischio che grava sulla società del rischio, dal punto di vista giuridico, si caratterizza e distingue perché presuppone anche che al pericolo,

cui si è disposti ad esporsi, sia correlato un vantaggio. Ed, anzi, sottrarsi a quel rischio significherebbe esporsi a danni che altrimenti non si verificherebbero, imputabili agli effetti negativi riconducibili ad un arresto dello sviluppo tecnologico. Il vantaggio può essere raggiunto solo ad un rischio, originato dalla scienza e dalla tecnica, giudicato però di livello tollerabile dall'ordinamento. Punto cruciale diventa allora stabilire il livello di tollerabilità». In questo contesto, anche il diritto del rischio sembra vivere in una dimensione "liquida": fluide diventano le norme, i procedimenti, le situazioni giuridiche soggettive; ed assume nuova rilevanza la prospettiva dell'amministrazione o gestione del rischio in una dimensione dinamica; e cioè in una dimensione che muove dalle risultanze di una complessa attività scientifica di valutazione del rischio per arrivare alla sua caratterizzazione e, quindi, alla gestione dello stesso mediante la regolazione.

Così poste le premesse dell'analisi, il *secondo capitolo* è dedicato alla ricognizione critica delle soluzioni attualmente adottate per la regolazione del rischio nei mercati finanziari. Tale ricognizione muove dalla definizione ed individuazione delle varie tipologie di rischio a cui sono esposti gli intermediari. Passa quindi alla considerazione delle crisi finanziarie che hanno interessato i mercati, per soffermarsi sulle operazioni di cartolarizzazione del rischio di credito che ne hanno determinato l'eterogeneità e la propagazione. L'analisi è diretta a porre le basi per una valutazione critica della vigilanza prudenziale derivata dagli Accordi di Basilea, che, in buona sostanza, propone la dimensione del capitale come migliore disincentivo all'assunzione di rischi eccessivi, ma soprattutto rimette agli intermediari la valutazione e la gestione dei rischi, anche quando gli stessi hanno una portata potenzialmente sistemica. Su queste basi, nell'ultimo paragrafo del capitolo, si delinea la proposta dell'A., e cioè di valutare se, ed in quali casi, l'amministrazione di rischio ed il complementare principio di precauzione sia estensibile ai mercati finanziari ovvero di verificare se, per taluni aspetti, la regolamentazione europea non stia già evolvendo nella direzione auspicata dall'A..

Questa valutazione viene condotta nel *terzo capitolo* al confronto del c.d. *diritto della crisi*, e cioè di quell'insieme di regole speciali chiamate a fare fronte, appunto, ad una situazione di crisi. La tesi dell'A. – già richiamata nei precedenti capitoli – è che «alla soluzione di problemi che la crisi ha evidenziato non si perverrebbe, né aumentando le regole prudenziali, né tantomeno eliminandole *tout court*, rimettendo il controllo dei rischi alla piena disponibilità degli operatori (...) ma neppure limitandosi a cambiare i contenuti delle regole medesime, incidendo su coefficienti o presupposti contabili; si dovrebbe, infatti, cominciare a considerare l'idea di approntare strumenti pubblici di controllo dei rischi, diversi dalla regolamentazione prudenziale, suggellata negli Accordi di Basilea». Le situazioni e i plessi normativi fatti oggetto di analisi nel capitolo (Accordi di Basilea, *rating* come strumento di controllo, emersione del rischio sistemico, aiuti pubblici agli intermediari in crisi e sostegno pubblico al rischio di credito sovrano) avrebbero dimostrato la rispettiva inefficacia e tardività, evidenziando la necessità di ammettere l'intervento pubblico in una fase antecedente al presentarsi di pericoli di danno, attraverso la c.d. amministrazione precauzionale del rischio.

Le tesi proposte nei precedenti capitoli sostengono l'analisi di diritto positivo condotta nel *quarto capitolo*. In particolare, in questo capitolo la proposta operativa di estendere l'"amministrazione di rischio" ai mercati finanziari viene dimostrata attraverso la rilettura di plessi normativi che già attualmente sono positivamente

previsti nell'ordinamento dei mercati. Più precisamente, l'analisi ha ad oggetto i poteri inibitori e cautelari di cui l'ordinamento dei mercati finanziari dota le nostre autorità di vigilanza. Vengono considerate le disposizioni rilevanti, che l'A. esamina nella chiave di lettura che ha fatto propria: e cioè come strumenti alternativi per l'attuazione dell'amministrazione di rischio nei mercati in funzione di precauzione. Tale rilettura conduce ad alcuni risultati interpretativi rilevanti per l'applicazione delle norme analizzate, soprattutto in termini di integrazione della disciplina mediante l'applicazione del principio di precauzione. In buona sostanza, in base all'analisi delle disposizioni considerate, l'A. trova un primo riscontro alla propria proposta interpretativa.

Il volume si chiude con l'analisi della disciplina in materia di autorità pubbliche e reti europee per la prevenzione ed il controllo del rischio sistemico. Anche in questo caso l'A. analizza i meccanismi e le caratteristiche organizzative della rete di organi transnazionali predisposti per fronteggiare le nuove dimensioni del rischio sui mercati, con lo specifico scopo di illustrare concretamente, in una più ampia dimensione economica ed istituzionale, la propria proposta ricostruttiva diretta a sostenere l'amministrazione pubblica di rischio sui mercati in funzione di prevenzione e di precauzione.

In conclusione, va sottolineato che l'apparato teorico e concettuale imponente su cui ha fatto leva l'A. sembra, in questo contributo, sortire risultati interpretativi e applicativi del tutto condivisibili, ma circoscritti sul piano del diritto positivo. Si tratta della prima esemplificazione di un'indagine, che per l'originalità di impostazione e per la attualità dei temi trattati, potrà essere molto proficuamente estesa ad altri settori oggetto della ricerca giuridica sulla regolazione.



RECENSIONI

Wladimiro Troise Mangoni **Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria, Milano, Giuffrè, 2012, 1-248.**

Michele Giovannini

1.

Il volume di Troise Mangoni si colloca in un momento storico particolare per il sistema finanziario, attraversato da molteplici tensioni dirette a minacciarne le fondamenta e ad incrinare il ruolo di controllo affidato alle autorità di regolazione dei diversi settori. Il tentativo di fare il punto sul potere sanzionatorio che l'ordinamento ha attribuito alla Consob risulta pertanto di grande attualità. Ciò a maggior ragione se, come in questo caso, di tale potere si evidenzia la relazione con gli aspetti legati al concetto di regolazione, proponendo una lettura articolata delle peculiarità procedurali attraverso le quali la sanzione viene in concreto irrogata.

Si tratta di un tema che, quanto meno nel taglio proposto dall'Autore, non risulta particolarmente approfondito in dottrina. Esistono ovviamente numerosi studi monografici che si occupano in generale dei temi della regolazione e del ruolo delle autorità indipendenti ed altrettanto numerosi sono gli studi dedicati all'approfondimento dei poteri sanzionatori attribuiti a tali autorità. Così come esistono importanti studi che, se pur non espressamente richiamati, delimitano lo sfondo dell'approfondimento di Troise Mangoni: si pensi in particolare al lavoro di Clarich (2005) a cui va il merito di aver descritto un modello e di averne intuito gli sviluppi successivi secondo uno schema che ha trovato sostanziale conferma a livello nazionale e comunitario. Ma si pensi anche, per citare soltanto i più noti, ai lavori di Amato (1998), Merusi (2000), La Spina e Majone (2000); o ancora ai lavori curati da Cassese e Franchini (1996), D'alberti e Pajno (2010), Mattarella e Natalini (2013).

Nessuno di questi studi, tuttavia, ha affrontato in modo organico il tema specifico del potere sanzionatorio esercitato dalla Consob. Il libro di Troise Mangoni ha dunque un indiscutibile merito: in quanto focalizzato sull'approfondimento della disciplina giuridica applicabile ai procedimenti sanzionatori della Consob – procedimenti non certo secondari nell'ambito delle attribuzioni funzionali che l'ordinamento ha attribuito a tale autorità – contribuisce a colmare una lacuna piuttosto vistosa nel panorama della giuspubblicistica italiana.

Il volume è diviso in tre capitoli che ne scandiscono la partizione attorno alle principali questioni giuridiche trattate.

2.

Il primo capitolo, di carattere introduttivo, è dedicato alla descrizione degli istituti con i quali l'Autore è chiamato a confrontarsi nello sviluppo dell'indagine. In questo capitolo è già presente una scelta di metodo alla quale l'Autore resta coerente nel corso dell'intera indagine: non sottrarsi al necessario richiamo delle principali questioni dogmatiche evocate dall'approfondimento dei temi trattati ma, al tempo stesso, non restarne prigioniero. In tal modo il discorso non risulta mai appesantito da considerazioni che avrebbero forse arricchito lo spessore dell'indagine ma senz'altro deviato l'attenzione del lettore dal suo *focus* principale.

Così, il richiamo alla funzione delle sanzioni amministrative ed alle ragioni dell'esistenza degli istituti sanzionatori negli ordinamenti giuridici contemporanei, è condotto facendo riferimento alle principali impostazioni della teoria generale del diritto. L'alternativa tra la ricostruzione della sanzione come elemento costitutivo della norma giuridica o come semplice reazione dell'ordinamento rispetto all'alterazione degli equilibri del sistema secondo la nota teorica di H. Kelsen, tuttavia, non soddisfa l'Autore, che mostra invece di preferire una lettura più equilibrata del fondamento della sanzione, che consenta di mantenerla ancorata al piano del diritto positivo così rifiutando il meccanicismo della prima lettura e l'eccessiva indeterminatezza della seconda (p. 3).

Questo approccio positivista rispetto ad un tema complesso sotto il profilo dogmatico è dettato dalla necessità di ovviare all'assenza nel nostro ordinamento di una definizione espressa di sanzione amministrativa ed induce l'Autore al richiamo delle nozioni funzionaliste in base alle quali il profilo caratterizzante della sanzione è dato dalla necessità di infliggere un male al soggetto che ha commesso un illecito, nel perseguimento di una funzione afflittiva e preventiva al tempo stesso. A questa duplice finalità non si sottraggono il sistema e l'apparato amministrativo che presidiano l'irrogazione delle sanzioni amministrative da parte della Consob, la cui peculiarità consiste – come segnala l'Autore – nella sussistenza di una stretta connessione tra il potere regolatorio inteso in senso stretto ed il potere, appunto, sanzionatorio. All'anticipazione della sussistenza di questa connessione (al cui approfondimento è dedicato il successivo capitolo), l'Autore giunge non senza aver operato un sintetico richiamo ai principali poteri di regolazione e vigilanza esercitati dalla Consob: con particolare riferimento ai servizi e alle attività di investimento da parte degli intermediari finanziari, compresi la determinazione degli obblighi informativi delle società quotate e le operazioni di appello al pubblico risparmio (p. 15).

3.

Il secondo capitolo è dedicato all'analisi dell'esercizio della funzione regolatoria della Consob, nel tentativo di evidenziarne la relazione consequenziale con il momento sanzionatorio. Dopo aver sinteticamente ripercorso i passaggi fondamentali dell'elaborazione filosofica e giuridica relativa al tema dell'intervento pubblico nell'economia secondo l'ottica pro-concorrenziale, il volume affronta il problema del fondamento giuridico del mercato finanziario. Il richiamo al ruolo dell'art. 47 della Costituzione e, in accordo con Mario Nigro, al significato bivalente del concetto di risparmio, consente all'Autore di effettuare una chiara scelta di campo ed affermare che il dispiegarsi del mercato secondo logiche di tipo concorrenziale è

il risultato, non già di spinte individuali dirette a comporsi liberamente in un ordine naturale, ma di scelte di natura politica, dettate dalla sussistenza in capo al legislatore di un vero e proprio dovere giuridico di intervento (p. 35).

In quest'ottica, il concetto di regolazione viene, per così dire, tenuto al riparo dalle prospettive proprie della scienza economica e ricondotto nel suo alveo prevalentemente giuridico: garantire che, attraverso il rispetto delle regole da parte di tutti gli attori del mercato, ciascuna situazione soggettiva trovi la propria soddisfazione. Questo modello di regolazione condizionale, tuttavia, non soddisfa pienamente l'Autore, ad avviso del quale esso finisce per comprimere il ruolo delle autorità indipendenti, circoscrivendone la missione istituzionale entro i margini della terzietà e della neutralità, marcata nell'esperienza angloamericana (attraverso la configurazione delle autorità in termini di *adjudication*) ma più sfumata nel modello consolidatosi negli ordinamenti dell'Europa continentale.

Questi margini si rivelano dunque ristretti, in un certo senso asfittici, e non rispecchiano la realtà positiva dei compiti istituzionali che l'ordinamento attribuisce alla Consob. Tale realtà risulta infatti congegnata al fine di far coesistere nel mercato finanziario una legislazione primaria di cornice ed una disciplina di dettaglio diretta a completare il quadro giuridico, inevitabilmente indeterminato, di un mercato attraversato da mutamenti socio-economici e tecnologici particolarmente rapidi (p. 66) e fondato (anche) sulla fiducia che gli investitori ripongono nella capacità dell'Autorità di attivarsi con interventi decisi e tecnicamente o, parafrasando il pensiero dell'Autore, discrezionalmente mirati. Questa opzione trova conferma nell'analisi di alcune disposizioni specifiche che sintetizzano la funzione integratrice di norme che il TUF affida alla normativa secondaria di attuazione della Consob: ad esempio, l'art. 114, comma 3 in tema di ritardata comunicazione al pubblico di informazioni privilegiate, l'art. 187-ter, commi 3 e 7, che prevede una sanzione pecuniaria a fronte di atti diretti a manipolare il mercato o, ancora, l'art. 95 sull'offerta al pubblico di strumenti finanziari.

A supporto della propria lettura, l'Autore richiama, tra l'altro, due doveri specifici posti in capo alla Consob nell'ambito dell'adozione degli atti di regolazione: l'obbligo di garantire la partecipazione degli organismi rappresentativi del mercato finanziario, in particolare dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori e quello di motivare tutti gli atti adottati con finalità di carattere regolatorio. L'interpretazione, che pur avrebbe potuto giovare del richiamo all'ampio dibattito sviluppatosi in particolare negli Stati Uniti, risulta comunque convincente, specie in ragione della natura chiaramente derogatoria di tali obblighi rispetto agli opposti principi stabiliti dalla disciplina del procedimento amministrativo. Questa deroga, come noto, si impone in funzione della necessità di ampliare – in un settore caratterizzato dal coinvolgimento di interessi di particolare rilievo e da una elevata complessità tecnica – la legittimazione democratica (o, se si vuole, dal basso) della Consob attraverso la riduzione delle asimmetrie informative che si determinano tra regolatore e soggetti regolati (p. 77).

L'ultima parte del secondo capitolo è dedicata ad evidenziare la connessione tra il momento della regolazione e quello più strettamente sanzionatorio alla luce della prospettiva prescelta dall'Autore e sopra rapidamente richiamata: la progressiva integrazione tra norme primarie e norme secondarie. Ciò che rende inevitabile considerare la tenuta del modello proposto in rapporto al principio di legalità, nelle sue strette implicazioni con quello della riserva di legge.

Il problema è molto noto in dottrina (l'Autore, del resto, dà ampio conto degli studi sul punto) e passa attraverso l'individuazione della portata precettiva dell'art. 23 Cost., che impone alla legge – nell'interpretazione consolidata della giurisprudenza costituzionale – l'indicazione in modo sufficientemente determinato dei principi della materia, nonché dei criteri e dei limiti alla luce dei quali la Consob ha il potere di “costruire” la fattispecie sanzionatoria, così contribuendo, a sua volta, «alla costruzione di un dettato normativo più organico e alla migliore definizione delle singole fattispecie di illecito» (p. 98). Il rinvio alla normazione secondaria nella determinazione della fattispecie sanzionatoria è dunque non soltanto legittimo ma, in un certo senso, imposto dalla necessità di «far fronte al mutevole dinamismo che caratterizza intrinsecamente la regolamentazione economica della modernità» (p. 104).

Ma il ruolo della Consob non può essere inteso in chiave sostitutiva: ciò a maggior ragione in un momento storico in cui la diminuita qualità della legge ha favorito letture dirette a teorizzarne il sostanziale superamento a favore degli atti normativi di carattere secondario. In altri termini, l'Autore si colloca in una posizione tradizionalista e costituzionalmente orientata rispetto ad alcune letture più estreme: la legge mantiene un ruolo centrale e ad essa spetta il compito di effettuare le scelte fondamentali attraverso l'indicazione, con sufficiente determinatezza, dei principi e criteri direttivi che la Consob dovrà seguire a completamento della disciplina normativa.

4.

Il terzo capitolo è dedicato all'analisi della disciplina e dei principi che governano il procedimento sanzionatorio ed è il più interessante sotto il profilo analitico e ricostruttivo.

La funzione sanzionatoria, come noto accentrata interamente in capo alla Consob dalla legge n. 62/2005, sconta una iniziale difficoltà relativa alla determinazione della competenza all'adozione finale della sanzione: alla necessità di garantire la tendenziale separazione tra il momento istruttorio e quello decisorio, la Consob ha risposto con l'adozione dei relativi regolamenti. Ma, come rileva l'Autore, l'assetto è ancora in corso di consolidamento ed è tuttora presente il rischio che a tale accentramento corrisponda un affievolimento delle garanzie procedurali, in particolare sotto il profilo della trasparenza e dell'imparzialità.

Il tema della progressiva giurisdizionalizzazione delle attività, specie di quelle sanzionatorie, delle autorità indipendenti è in effetti molto studiato. Tuttavia, anche in questo caso, un richiamo anche rapido all'esperienza dell'ordinamento statunitense avrebbe agevolato una maggiore comprensione non tanto del fenomeno, quanto della sua dimensione, per così dire, globale. Anche a livello comunitario, del resto, è di recente prevalso un modello di controllo che attinge in larga parte all'esperienza d'oltre oceano.

Sotto il profilo della normativa interna, il primo problema dell'interprete è quello di individuare la relazione che sussiste tra la disciplina generale dell'azione amministrativa delineata dalla legge n. 241/1990 e la disciplina, anch'essa di carattere generale, dettata dalla legge n. 689/1981 in tema di attività sanzionatoria. A sua volta, l'intreccio tra tali discipline, deve essere messo in sincronia con le disposizioni di carattere speciale adottate dalla Consob nell'esercizio della potestà regolamentare. L'Autore non si sottrae a questo compito: se da un lato i principi

contenuti nella legge sul procedimento amministrativo non possono che trovare applicazione, così integrando e, se del caso, prevalendo sulle soluzioni eventualmente contrastanti della legge n. 689/1981, dall'altro, quest'ultima disciplina è destinata a prevalere «laddove eventuali lacune delle disposizioni di carattere speciale rivelino l'esistenza di carenze nel tessuto normativo di riferimento» (p. 127). Il volume dedica particolare attenzione alle diverse fasi del procedimento sanzionatorio, quattro in totale, puntualmente analizzate con riguardo a tutti gli aspetti più significativi.

Innanzitutto la fase denominata "preistruttoria", prodromica ed esterna allo svolgimento del successivo (ed eventuale) procedimento diretto all'irrogazione del provvedimento sanzionatorio. In mancanza di altre specifiche disposizioni di carattere primario o regolamentare, essa è disciplinata dall'art. 13 della legge n. 689/1981 e si sostanzia nella raccolta dei dati rilevanti, attraverso accertamenti di tipo documentale e sopralluoghi ispettivi. Sotto il profilo sostanziale, tuttavia, la Consob dispone nell'ambito di questa fase preistruttoria di tutti i poteri ispettivi che le sono attribuiti dalle norme del TUF: richiedere notizie, dati, documenti sotto qualsiasi forma, registrazioni telefoniche esistenti, oltre che provvedere all'audizione personale e al sequestro di beni, effettuare perquisizioni e così via. In sostanza, se pur preliminare, nell'ambito di questa fase si fondano le premesse che condizionano la successiva procedura sanzionatoria: ciò che porta l'Autore a lamentare l'assenza di una sua disciplina unitaria ed adeguatamente distinta da quella delle fasi successive della procedura (p. 140).

L'Autore segnala correttamente la problematicità del passaggio da questa prima fase a quella che si apre con la contestazione formale degli estremi della violazione. Si tratta infatti di un passaggio che, come tutti quelli propriamente tecnico-discrezionali, si rivela particolarmente delicato sotto il profilo della possibile compressione delle posizioni giuridiche degli interessati e della conseguente necessità – confermata dalla giurisprudenza più recente delle Sezioni Unite della Cassazione – di cristallizzare gli addebiti fissati nell'atto di contestazione senza possibilità di estenderli o modificarli successivamente. Del resto, secondo l'Autore, la necessità di individuare la corretta linea di confine tra queste prime due fasi è strumentale alla individuazione (ed al decorso) del termine entro il quale gli stessi addebiti devono essere contestati. Nella interpretazione proposta, l'Autore non ha dubbi: le ragioni dell'amministrazione, eventualmente legate alla particolare complessità della procedura e dei fatti oggetto di accertamento, sono destinate a soccombere a fronte della garanzia del diritto di difesa espressamente tutelato dalla Costituzione.

Questa conclusione, se pur ancorata ad alcune decisioni giurisprudenziali, non convince fino in fondo e forse avrebbe potuto essere ulteriormente sviluppata. I diritti degli interessati non possono essere meccanicisticamente anteposti alle ragioni dell'amministrazione: specie in un settore ad alta complessità tecnica nel quale una insufficiente attività istruttoria, costretta entro termini (e relative modalità di computo) eccessivamente severi, produce effetti peggiorativi sulla completezza degli accertamenti sulla sussistenza di eventuali violazioni. Fatto, questo, il cui rilievo eccede la singola vicenda e chiama direttamente in causa lo stesso ruolo di controllore che la Consob esercita a tutela del corretto funzionamento del mercato.

Il volume analizza compiutamente le due fasi successive: la fase istruttoria, arti-

colata in diverse sotto fasi e quella decisoria. L'approccio seguito è tutt'altro che descrittivo ed è il risultato di una interessante scelta di metodo: la disciplina (legislativa e regolamentare) delle diverse fasi è analizzata in rapporto alla sua capacità di garantire il rispetto di alcuni principi fondamentali dell'agire amministrativo, la cui violazione produce effetti esiziali sulle sanzioni. In particolare, il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, la motivazione del provvedimento e la sua pubblicazione, l'accesso agli atti e ai documenti dell'intera procedura, nonché – più in generale – i principi in materia di contraddittorio e di giusto processo. L'analisi di questi profili è sempre condotta considerando la peculiarità dei procedimenti in oggetto e sottoponendo a vaglio critico alcuni orientamenti giurisprudenziali emersi nel corso degli anni e non sempre condivisi dall'Autore.

5.

Il volume di Troise Mangoni, lo si ripete, contribuisce a colmare una lacuna nell'ambito degli studi aventi ad oggetto le attività della Consob, specie con riferimento ai numerosi problemi applicativi, oltre che di garanzia delle posizioni giuridiche coinvolte, che sorgono nel corso del procedimento diretto all'irrogazione delle sanzioni amministrative.

Accanto alle molte luci del volume si registrano, tuttavia, alcune ombre o, per meglio dire, alcune lacune che, pur senza diminuire il valore del contributo, non sono di importanza secondaria.

Innanzitutto, manca una conclusione: sempre utile per sottoporre a (successiva) verifica l'approccio utilizzato e i risultati raggiunti, ripercorrendo i principali profili emersi e sottolineando, se del caso, la necessità di ulteriori approfondimenti, la persistenza di profili aperti o quanto meno controversi o di profili inizialmente sottovalutati e invece rivelatisi importanti durante lo svolgimento del lavoro.

In secondo luogo, se da un lato l'approccio positivista consente all'Autore di mantenere il discorso ancorato alla dimensione strettamente giuridica dei temi affrontati, dall'altro, una maggiore attenzione al dato fattuale avrebbe consentito di osservare tale dimensione anche sotto il profilo delle dinamiche in concreto innescate dai procedimenti sanzionatori degli anni più recenti, quanto meno successivi alla riforma del 2005.

Quanti procedimenti sono stati avviati e su quali violazioni si sono principalmente concentrati, quale l'importo delle sanzioni irrogate, in che percentuale tali sanzioni sono state impugnate, quale l'esito di queste impugnazioni. O ancora, per restare a quanto accade a valle della sanzione, come funziona il momento della riscossione e a cosa sono destinate le sanzioni effettivamente riscosse. È vero che la considerazione di questi aspetti avrebbe determinato una parziale modifica della prospettiva di osservazione; ma è anche vero che tale modifica avrebbe consentito di svolgere una pur sintetica valutazione sulla concreta effettività di un meccanismo che risulta spesso debole (non solo perché tardivo) ed inefficace rispetto ai danni che le violazioni sanzionate arrecano al corretto funzionamento del mercato.



RECENSIONI

**Cass R. Sunstein,
Simpler The Future of Government, New York,
Simon and Schuster, 2013, pp. 1-260.**

**Sarah Conly,
Against Autonomy – Justifying Coercive
Paternalism, Cambridge,
Cambridge University Press, 2013 pp. 1-206.**

Alessandro Spina

Le tecniche di regolazione dei mercati sono sempre più numerose e sofisticate. Al fine di modificare i comportamenti individuali, non si prendono più in considerazione soltanto soluzioni regolatorie basate sulle leve classiche del *command-and-control* – divieti, obblighi, autorizzazioni – e degli incentivi economici ma si è affermato recentemente il ricorso ad una serie di nuove tecniche che potremmo definire “non-normative”. La regolazione “non-normativa” si fonda su una eterodirezione del comportamento degli individui, che prende forma non attraverso l’obbedienza dei soggetti regolati a precetti normativi o attraverso incentivi economici diretti a far internalizzare costi o benefici di una certa attività, ma attraverso la facilitazione (o, a volte, imposizione tecnica) di pratiche, modelli di comportamento e norme sociali. Nel campo dell’informatica, Lawrence Lessig fece notare, ormai diversi anni fa, l’esistenza di una specie di determinismo delle nuove tecnologie che, attraverso il “codice”, ingabbia il comportamento individuale e lo costringe rendendo impossibili *ab origine* certe azioni. Chi controlla e sviluppa il “codice” di un sistema operativo può infatti condizionare direttamente il comportamento degli utenti dei computer che utilizzano il software. In parallelo, chi decide le infrastrutture tecniche di Internet, determina anche le effettive funzionalità della rete, le modalità di accesso e di funzionamento. Gli ingegneri del software determinano dunque, più o meno indirettamente, il livello e l’esercizio di libertà e *capabilities* degli individui. In questo senso, le impostazioni tecniche – i protocolli, gli *standards* – inserite in un sistema automatico producono una forma di controllo sociale “non-normativo” che interferisce direttamente con l’esercizio dei diritti dei terzi, come dimostra il dibattito sui cd. *digital rights management* DRM o sui filtri web installati in alcuni regimi totalitari come forma di censura preventiva.

Più di recente, grazie all’influsso delle scienze cognitivo-comportamentali, le teorie economiche hanno modificato l’assunto che le scelte sono fatte dagli individui in situazioni di razionalità perfetta. Se dunque, il processo decisionale è condizionato da limiti cognitivi come ad esempio l’inerzia, il *framing* o la visualizzazione delle informazioni, il comportamento può essere influenzato (o *tout court* manipolato) al fine di promuovere determinati obiettivi di politica pubblica anche attraverso misure dirette a interferire strategicamente nel processo decisionale degli individui. Su questa base, è emersa un’altra corrente di regolazione “non-normativa” che si

propone di far leva sui limiti cognitivi degli individui al fine di influenzare i processi decisionali. Questa tecnica di regolazione viene spesso collegata al *Nudge* o “spinta gentile”, dal titolo dell’omonimo successo editoriale scritto a quattro mani dall’economista Richard Thaler e il giurista Cass. R. Sunstein nel 2008. I casi, che possono essere citati come esempi di applicazione del *nudge* sono la riduzione del numero di incidenti stradali attraverso l’illusione ottica creata da segnali stradali in prossimità di curve pericolose, o la promozione di risparmio energetico attraverso la comunicazione nelle bollette di informazioni relative ai consumi dei vicini, l’arruolamento automatico in certi programmi di risparmio o di donazione. Da un punto di vista teorico, le tecniche del *nudge* si ispirano a quello che è stato definito con frase ossimorica “paternalismo libertario”. Esse mirano ad un’interferenza “leggera” da parte dei poteri pubblici perché diretta a incentivare azioni, senza introdurre obblighi o divieti o incentivi di natura economica. Le tecniche di *nudge* effettuano un cambiamento dei comportamenti degli individui solo attraverso la persuasione, il condizionamento cognitivo o l’uso di decisioni automatiche reversibili (*default rules*). La corrente cognitiva-comportamentale della regolazione “non-normativa” ha avuto grande successo, non solo dal punto di vista teorico-dottrinale, ma anche pratico, con modelli sperimentali e *best practices* adottate da diverse amministrazioni pubbliche non solo negli Stati Uniti, ma anche nel contesto europeo, e in Gran Bretagna in particolare, dove il governo guidato da David Cameron ha creato una *Nudge Unit* con il compito di suggerire misure basate sulla regolazione “non-normativa” delle scienze comportamentali.

I due nuovi volumi di Cass. R. Sunstein e di Sarah Conley si inseriscono in questo dibattito regolatorio, apportando, entrambi, degli originali contributi per una riflessione sul ruolo, sulla natura e sui limiti dell’intervento pubblico nell’influencare, manipolare o dirigere le decisioni dei privati.

Due *caveat* sono necessari: innanzitutto, i volumi appaiono profondamente diversi nella metodologia – il libro di Sunstein è un libro divulgativo e autobiografico sull’esperienza dell’Autore nell’amministrazione americana come capo del *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), il libro della Conly è un breve trattato di filosofia politica costruito come ragionata obiezione al paradigma liberale del pensiero di J.S. Mill. In secondo luogo, gli Autori divergono in maniera sostanziale nelle conclusioni: alla Conly, sostenitrice di un paternalismo “coercitivo”, l’idea che lo Stato, come sostiene e ripete Sunstein nel suo libro, debba cercare di influenzare le scelte senza costringere i cittadini ma usando il *nudge* per convincere risulta il “peggiore dei mondi possibili” perché crea una situazione dove l’interferenza nella sfera privata degli individui attraverso la manipolazione delle scelte è massima ma ad essi viene anche lasciata la possibilità di effettuare scelte sbagliate.

Entrambi i lavori sono però di grande interesse per coloro che seguono con attenzione gli sviluppi delle scienze cognitive-comportamentali nell’ambito delle politiche pubbliche. Gli Autori infatti adottano argomenti teorici e pratici per ridiscutere le impostazioni dogmatiche sulla funzione e sui limiti dello Stato, anche alla luce della diffusione sociale di pratiche di regolazione “non-normativa” non solo da parte dei poteri pubblici ma principalmente da parte dei grandi gruppi commerciali. È indicativo che Sunstein faccia riferimento alle strategie basate sull’uso di nudges impiegate da aziende nel settore digitale o della grande distribuzione per illustrare i benefici della “regolazione non-normativa”: «*Part of the genius of Apple products is that their amazingly complex technologies build on simple patterns that*

people find intuitive and familiar. iPad and iPhone users never encounter complex instruction manuals filled with technical jargon and impenetrable diagrams. Why shouldn't interactions with governments be as simple as interactions with iPad?» (p. 100).

Il nuovo libro di Sunstein inizia con delle riflessioni prevalentemente autobiografiche sugli anni trascorsi nel governo federale della prima Amministrazione Obama come direttore dell'OIRA. L'accademico Sunstein ripete che le idee sono essenziali nell'innovazione regolatoria, e sono molto più potenti, nella pratica regolatoria, di quanto possano sembrare. Però la complessità dei procedimenti di trasposizione nell'apparato burocratico-amministrativo è spesso un ostacolo alla realizzazione concreta degli obiettivi preposti. L'A., dunque, invita ad andare oltre il dibattito teorico se c'è bisogno di *più o meno* Stato ed invita gli studiosi di regolazione ad interrogarsi su "cosa funziona" dello Stato regolatore. Per l'A. la centralità dell'efficacia ed effettività dell'azione governativa sta nell'importanza dell'analisi costi-benefici che è la vera chiave di volta di ogni architettura regolatoria. Il sistema democratico e l'analisi dei costi-benefici si sostengono a vicenda perché si può deliberare in modo consapevole solo sulla base dell'evidenza scientifica che si costruisce sulla base di dati e calcoli delle conseguenze concrete delle azioni regolatorie. In tal senso, l'A. sembra sostenere la necessità di dar spazio, anche nell'ambito dell'adozione di strategie di politica pubblica, al metodo utilizzato in medicina per approvare terapie o medicinali, e cioè l'uso di esperimenti – secondo il modello dei *randomized clinical trials* – diretti a verificare, attraverso un gruppo "di controllo", l'efficacia reale di un certo intervento regolatorio: idea non nuova, già emersa in letteratura con il saggio del 2010 "*Randomizing Law*" di Ayres-Listokin-Abramowicz e con il recente documento del Governo inglese "*Test, Learn, Adapt*" ma che assume una forte pregnanza se applicata all'idea di una regolazione "non-normativa".

Sunstein introduce l'importanza di valutare le azioni regolatorie non solo nei termini astratti della titolarità del diritto ma in base all'elemento di *azionabilità* del diritto cioè alla concreta capacità dei titolari di esercitare i propri diritti. Ciò dovrebbe comportare una certa riflessività delle pubbliche amministrazioni ad esempio, che dovrebbero essere soggette di un obbligo di verifica del corretto funzionamento del sistema regolatorio. Ad esempio, le modalità e le procedure predisposte per l'esercizio di un diritto devono essere scelte in base alla semplicità e chiarezza dei metodi prescelti, e le amministrazioni dovrebbero verificare, in base alla comparazione dei dati raccolti e altre analisi prognostiche, l'effettività di una certa misura. Se, ad esempio, per richiedere una sovvenzione pubblica cui alcuni cittadini hanno diritto, si devono compilare moduli scritti in un linguaggio eccessivamente complicato o ambigui nel contenuto, è prevedibile che non tutti gli aventi diritto riescano ad esercitare in concreto il proprio diritto. Le pubbliche amministrazioni dovrebbero dunque controllare moduli e procedimenti e strutturarli in modo da rendere più semplici e concreta l'azionabilità dei diritti dei cittadini.

Ed è in questo senso che gli studi cognitivo-comportamentali possono essere di grande aiuto nel capire come le modalità di diffusione ed elaborazione delle *informazioni* abbiano un diretto impatto nelle scelte degli individui. Si pensi ad esempio alle conseguenze della teoria del "processo duale", per cui gli individui nel prendere decisioni sembrano utilizzare due sistemi cognitivi diversi – il sistema 1 che si basa su risposte emotive automatiche e il sistema 2 che si basa sulla razionalità

del procedimento. Dal punto di vista delle modalità di diffusione delle informazioni, si ottengono risultati molto diversi per il condizionamento delle scelte, se le informazioni con cui l'individuo viene stimolato vengono strutturate per il sistema 1 emotivo o il sistema 2 razionale. Quando utilizziamo il sistema 1, la completezza delle informazioni è meno rilevante delle situazioni in cui utilizziamo il sistema 2. D'altra parte, la visualizzazione e la salienza delle informazioni sono più rilevanti nel condizionare il sistema 1 che il sistema 2. Si pensi per esempio alla diversa attenzione che dedichiamo alla lettura delle informazioni relative ad un bene che riteniamo fondamentale – la casa, ad esempio, o un mutuo, in cui attiviamo il sistema 2, e quella che dedichiamo alla lettura delle informazioni con cui scegliamo giochi e sigarette in cui solitamente attiviamo il sistema 1, e dove magari il colore o la forma del contenitore sono centrali nella nostra scelta di acquisto.

In presenza di informazioni incomplete – si pensi all'opacità dei prezzi dei biglietti aerei – o eccessivamente complesse – si pensi a certe informative sul trattamento dei dati personali o condizioni di contratti finanziari – gli individui effettuano scelte sbagliate perché non sono in grado di elaborare le informazioni e il contesto in cui queste vengono impartite. Queste considerazioni sono rilevanti se applicate non solo alla quantità e la qualità dei dati che vengono rilasciati dalle pubbliche amministrazioni ma alla loro accessibilità e contestualizzazione. Il regolatore deve dunque non solo guardare alla completezza o correttezza delle informazioni. Se, ad esempio, la comunicazione delle informazioni dirette a modificare il comportamento non è saliente, anche se è precisa, non spingerà al comportamento desiderato. In tal senso, paternalisticamente, il potere pubblico deve aiutare i cittadini a valutare le situazioni attraverso un controllo strategico e contestualizzato delle informazioni.

L'A. presenta il caso di una misura adottata dalla *Food and Drug Administration* (FDA) nell'ambito del controllo delle sigarette inerente alla selezione di immagini/avvertenze che i produttori avrebbero dovuto apporre sui contenitori delle sigarette. Tale misura regolatoria è stata oggetto di diverse azioni giudiziarie che hanno portato a risultati ambivalenti in termini di controllo giurisdizionale. Questo è per l'A. uno dei campi in cui l'informazione che il governo ritiene sia necessario dare al pubblico può essere vivida e saliente, così da fare appello al sistema 1 e non solo al sistema 2 delle decisioni, proprio perché l'industria ha da sempre sfruttato con pubblicità occulta e altre strategie di persuasione il condizionamento del sistema 1 emotivo/irrazionale dei consumatori di sigarette.

Un altro motivo per cui i regolatori dovrebbero fare attenzione alle modalità di comunicazione delle informazioni, e la relativa contestualizzazione, è per evitare che gli operatori economici regolati, attraverso l'uso strategico delle informazioni salienti nei processi cognitivi dei consumatori/utenti, neutralizzino l'efficacia pratica di certe misure di protezione regolatoria. L'A. fa l'esempio delle modalità con cui le banche segnalano agli utenti dei servizi le informazioni relative alle commissioni applicate sugli scoperti bancari o alle clausole di *opt-in/opt-out* utilizzate per acquisire il consenso su certe condizioni contrattuali. In entrambi i casi, a prescindere dall'adempimento formale degli obblighi regolatori di informazione, i soggetti regolati riescono a vanificare la portata regolatoria dell'obbligo stesso attraverso il controllo strategico delle modalità con cui l'informazione raggiunge i soggetti protetti. Questa osservazione sulla rilevanza delle modalità di comunicazione delle informazioni e sui potenziali effetti distortivi prodotti da alcuni obblighi di informa-

zione nell'ambito della regolazione sociale appare particolarmente interessante e originale. E il trattamento superficiale, appena tratteggiato nel libro per il grande consumo di Sunstein, meriterebbe invece ben altra attenzione da parte degli studiosi di regolazione: la capacità di influenzare le scelte degli individui attraverso le varie strategie comportamentali può essere utilizzata non solo dai regolatori, ma anche dai soggetti regolati al fine di disinnescare gli obblighi regolatori.

Il problema principale è in definitiva il seguente: se l'attenzione è una risorsa scarsa, la salienza delle informazioni diventa fondamentale. È ad esempio comunemente accettato che la spesa per gas ed energia può essere influenzata dalla possibilità di monitorare in maniera costante il consumo. La visibilità continua della spesa rende il consumatore più attento nelle decisioni, rispetto alle situazioni in cui la spesa viene portata a conoscenza dopo un lungo periodo. Ciò è confermato anche dall'impatto maggiore che hanno le tasse dirette a scoraggiare il consumo di certi beni, quando non sono incorporate nel prezzo ma vengono applicate in maniera autonoma successivamente all'acquisto.

Considerato uno dei maggiori sostenitori dell'analisi costi-benefici nella regolazione, negli ultimi capitoli del libro, l'A. propone alcune riflessioni sulla rilevanza delle scoperte delle scienze cognitivo-comportamentali anche per l'analisi costi-benefici. Innanzitutto, l'A. afferma che la ponderazione dei costi e dei benefici, e dunque il calcolo dei dati, è di per sé un modo per attivare la razionalità del regolatore. Riprendendo la sua precedente polemica con il principio di precauzione contenuta nel volume *Laws of Fear* (2005), l'A. afferma che mentre il principio di precauzione si basa sul Sistema 1 emotivo/irrazionale, l'analisi costi-benefici porta a decisioni più razionali e fondate su procedimenti cognitivi tipici del Sistema 2. Un punto fondamentale è ad esempio quello di migliorare attraverso le scoperte delle scienze cognitivo-comportamentali l'analisi costi-benefici della regolazione, rendendola meno artificiosa e più attenta alle ricadute sociali concrete. L'analisi costi-benefici non può ad esempio essere effettuata solo *ex ante*, ma occorre che sia utilizzata dalle istituzioni pubbliche anche retrospettivamente per valutare *ex post* l'impatto reale sui comportamenti individuali delle regole adottate. In questo senso, l'A. di nuovo allude alla possibilità che per l'analisi dei costi-benefici della regolazione, come in medicina, si utilizzino forme di controllo dell'efficacia basate sulla sperimentazione clinica (*randomized clinical trials*). Infine, l'A. accetta la critica volta all'analisi costi-benefici che essa non riesca a considerare le conseguenze non economiche, e sostiene che si dovrebbe includere nel calcolo anche fattori non economici come la dignità e l'equità.

L'A. dunque sostiene una forma di paternalismo che egli sostiene essere "leggero" o "libertario" in quanto agisce non sull'imposizione di comportamenti ma sul controllo strategico delle informazioni in base a cui le persone agiscono. Il libro completa e sviluppa le suggestioni teoriche della regolazione "non-normativa", e dimostra, con numerosi esempi, che le idee contenute nel libro *Nudge* possono essere concretizzate nella pratica regolatoria. L'A. accenna anche alle critiche che si sono sollevate contro l'idea paternalistica della manipolazione delle scelte e dell'uso strategico delle informazioni da parte del governo. A queste pur consistenti critiche, l'A. ribatte con pochi passaggi, molto superficiali, in cui sostiene che la privazione della libertà cognitiva apportata dalle tecniche di regolazione "non-normativa" possa essere bilanciata da misure di salvaguardia quali la trasparenza e la facile reversibilità delle scelte automatiche o di *default*.

Nel solco di un paternalismo più marcato e non “libertario”, si colloca la posizione sostenuta da Sarah Conly nel suo libro. La Conly cerca di dimostrare che, sulla base della consapevolezza circa l'irrazionalità delle decisioni umane, le proibizioni e le interferenze dirette nella sfera privata degli individui da parte di un potere pubblico benigno sono non solo moralmente giustificate, ma addirittura necessarie. Per l'A., che insegna filosofia al *Bowdoin College* nel Maine, il *laissez fair* dello stato liberale o le forme di paternalismo leggero o “libertario”, propugnate da Sunstein, non sono alternative credibili da un punto di vista regolatorio rispetto al paternalismo coercitivo. L'approccio liberale tende a vedere l'autonomia degli individui come un valore in sé, e limita gli interventi pubblici a quelle interferenze con la sfera privata dei cittadini che sono necessarie in presenza di vizi gravi della volontà o di ignoranza dei fatti o per proteggere le libertà di terzi. Di fronte ai problemi degli stili di vita dannosi come il fumo o l'obesità, questa impostazione tende a rigettare divieti o costrizioni, e si affida alla capacità degli individui di scegliere attraverso la razionalità. Essa considera l'educazione e l'informazione essenziali per determinare le scelte dell'individuo, al fine di rigettare scelte controproducenti per la salute e la società. Per l'A., l'aumento delle malattie non trasmissibili legate a stili di vita profondamente nocivi per la salute umana sono la prova inconfutabile che questa impostazione liberale non funziona. Sebbene gli individui siano stati ampiamente informati delle conseguenze nocive del fumo o di altri prodotti, non riescono a modificare autonomamente lo stile di vita. Quanto alle misure di regolazione “non-normativa”, e dunque non coercitiva, l'A., come ricordato, le considera il peggiore dei mondi possibili. Queste misure sono esempio di un'idea che giustifica la manipolazione e l'inganno non diretta a coinvolgere le persone in discussioni franche e libere. Come già sottolineato da altri studiosi, il *nudge* potrebbe causare un'infantilizzazione generale della società e di sclerotizzazione delle facoltà di deliberazione e partecipazione dei cittadini alla vita democratica. Quanto al paternalismo coercitivo, l'A. passa in rassegna i molti casi in cui noi lo accettiamo senza battere ciglio: l'obbligo di prescrizione medica per certi medicinali, l'obbligo di cinture di sicurezza alla guida degli autoveicoli. Dunque poiché accettiamo le costrizioni, quando le consideriamo giustificate, non v'è motivo di credere che tali interferenze non possano estendersi anche ad altri ambiti della sfera privata, in cui è evidente che i comportamenti non sono chiaramente razionali e le nostre decisioni si possono definire, solo con una certa ambiguità, volontarie. Sebbene certi fatti siano abbastanza chiari – ad esempio, il fumo fa aumentare l'incidenza di certe malattie – la consapevolezza di ciò è spesso offuscata da limiti della nostra razionalità.

Le possibili obiezioni all'adozione di misure ispirate al paternalismo coercitivo sono: a) che l'interferenza nella sfera privata generi alienazione e inautenticità, e b) che il paternalismo porti all'infantilizzazione della società perché i cittadini si riterranno esentati dal fare scelte di alcun genere, se lo Stato deve farle per i propri cittadini. Alla prima obiezione, l'A. ribatte che esistono limiti nella nostra capacità di autodeterminazione che non dipendono da direzioni paternalistiche ma sono intrinseche della nostra vita sociale. Siamo ad esempio condizionati dal nostro *status*, dal nostro patrimonio, dalle regole sociali e culturali del luogo in cui viviamo. È ad esempio evidente che l'imbarazzo porta al conformismo. Alla seconda obiezione, l'A. risponde che l'intervento dello Stato è in molti casi necessario perché non impariamo nulla dai nostri errori e se impariamo, potrebbe essere troppo tardi. Vi

sono casi in cui per l'asimmetria delle informazioni, il peso delle responsabilità, l'incapacità di comprendere i rischi legati alle nuove tecnologie, la possibilità di effettuare scelte consapevoli è praticamente inesistente.

La giustificazione del paternalismo coercitivo sta nell'osservazione che lasciare all'individuo la facoltà di scegliere il modo di fare i propri interessi scegliendo "mezzi e modi" vada in ultima analisi contro i propri interessi. Se dunque noi dobbiamo essere in grado di scegliere i fini della nostra vita, noi, in quanto continuamente pronti ad errori cognitivi, siamo sicuramente i peggiori a scegliere i mezzi e modi per ottenere il raggiungimento dei nostri fini. Le scienze cognitivo-comportamentali dimostrano che la nostra razionalità strumentale ha notevoli limiti. È dunque attraverso la consapevolezza della nostra fallibilità che il paternalismo coercitivo potrebbe acquistare una luce positiva, non oppressiva, ma, all'opposto, di protezione della capacità di autodeterminazione. Ritorna alla mente l'indimenticabile racconto omerico del mito delle Sirene, che vede Ulisse chiudere con la cera le orecchie dei compagni e farsi legare all'albero della nave nell'avvicinarsi all'isola delle sirene. Come prototipo di paternalismo coercitivo, i legami che Ulisse impone ai suoi compagni di viaggio e a se stesso sono il simbolo di una costrizione che è necessaria per evitare le pericolose insidie della vulnerabilità umana ed ad aumentare, non a comprimere, i nostri spazi di libertà.

Nel capitolo quinto, l'A. cerca di affrontare il potenziale conflitto che l'applicazione del paternalismo coercitivo potrebbe portare con due elementi fondamentali della nostra vita sociale: la punizione e la privacy. Per quanto riguarda la punizione, l'A. nota che in effetti il paternalismo coercitivo se esteso anche a diversi ambiti delle decisioni prese dagli individui, potrebbe in effetti portare ad una separazione tra colpa, legata alla responsabilità per le proprie azioni e accettazione della punizione non come sanzione ma come segnale di un mancato raggiungimento di un obiettivo sociale. Per quanto riguarda la privacy, l'A. accetta che il paternalismo coercitivo comporta un'estensione del controllo governativo sulle informazioni private. A questa critica l'A. risponde che la protezione della *privacy* potrebbe essere considerevolmente rafforzata dall'uso di tecniche di regolazione legate al paternalismo coercitivo in quanto queste potrebbero essere dirette proprio a preservare certe informazioni della vita privata che gli individui, attraverso il "consenso" rendono, a volte senza adeguata consapevolezza, pubbliche. «*If posting your complete date of birth on Facebook actually makes you significantly more vulnerable to identity theft, we can stop you from doing that. If wearing implantable chips that broadcast your health statistics and status actually hurts you more than it helps, we can make those unavailable*» (p. 147). Proprio su questa linea di critica ai regimi liberali di protezione della privacy, che mette in discussione a fronte di tecnologie sempre più complesse e sofisticate, l'effettiva capacità di controllo della *privacy* da parte dei soggetti interessati (*privacy self-management*) si sono confrontati gli autorevoli studiosi riuniti nel *Harvard Symposium Privacy and Technology*, i cui atti sono pubblicati sulla *Harvard Law Review* (vol. 126, num. 7 del 2013).

Nel capitolo sesto, l'A. prende in esame e discute alcune applicazioni concrete della sua idea di paternalismo coercitivo, confrontandola con le possibili alternative offerte dal paternalismo libertario o l'approccio liberale della scelta informata. Gli esempi riguardano in prevalenza la regolazione alimentare (divieti di consumo di soda o grassi artificiali) e degli stili di vita (sigarette), ma si possono estendere anche ad altri settori come quello dei prodotti finanziari e delle assicurazioni.

Nell'ultimo capitolo, i vari temi trattati nel volume vengono ripresi e ridiscussi, insieme ad una accettazione dei limiti del paternalismo coercitivo, improntata ad una moderazione e proporzionalità che rende forse più accettabile e solida la tesi centrale della sostanziale consapevolezza della fallibilità della nostra razionalità strumentale.

Le scoperte delle scienze cognitivo-comportamentali da un lato e la diffusione sempre più capillare nel tessuto sociale di tecnologie dell'informazione e comunicazione dall'altro stanno rivoluzionando il modo in cui si può influenzare e modificare il comportamento degli individui. Questi nuovi concetti sono di assoluta rilevanza nella dialettica dello studio della regolazione dei mercati. La comprensione dei limiti cognitivi dei processi decisionali ha fatto emergere la regolazione "non-normativa" come nuova serie di tecniche dirette a cambiare il comportamento individuale senza far leva su precetti normativi o incentivi economici. La regolazione "non-normativa" introdotta dal libro *Nudge* vede ora, ad opera dello stesso prolifico autore, un approfondimento e una nuova e più solida sistematizzazione nel libro *Simpler*. Il libro, sebbene sia stato scritto per un pubblico non specialistico, contiene osservazioni e idee molto originali sul ruolo che le scienze cognitive-comportamentali avranno nella regolazione "del futuro", e dunque si presta ad essere punto di partenza per stimolare una riflessione più ampia in materia.

Più in generale, la comprensione dei processi cognitivo-comportamentali suggerisce di ripensare l'idea stessa di autonomia individuale. Come argomentato dalla Conly, la gran parte degli impianti regolatori si fondano attualmente su questo paradigma. Tuttavia se il valore dell'autonomia individuale è stato concepito da Kant in poi in riferimento ad una concezione di uomo come agente razionale pienamente capace di scegliere i mezzi per giungere ai fini scelti, la scoperta di sostanziali limiti cognitivi di tale capacità deve portare a una rivalutazione del legame tra scelte individuali e autonomia. In questa luce, lungi dall'essere percepiti come costrizione della autonomia individuale, gli interventi paternalistici potrebbero essere giustificati proprio dal fine di proteggere l'autonomia individuale dagli errori di valutazione legati ai limiti di capacità di elaborare informazioni, comparare diverse opzioni e scegliere i mezzi più appropriati per un certo fine che informano le nostre scelte.

Entrambi i volumi sono dunque raccomandati a chi vuole esplorare o approfondire la regolazione "non-normativa" e più in generale l'interfaccia tra scienze cognitivo-comportamentali e diritto.

Il legame che sta venendo alla luce tra controllo dell'informazione e capacità di influenzare le decisioni individuali sembra poi destinato a diventare più evidente al passo con le innovazioni che mirano ad integrare la disponibilità e la visualizzazione dell'informazione stessa con prodotti tecnologici di largo consumo ad es. *Smartphones*, o gli avveniristici occhiali di *Google* che mostrano informazioni raccolte da Internet a chi li indossa.

Lo studio dell'"ecosistema" dell'informazione nei diversi settori regolati – che comprende non solo l'informazione in se ma anche il contesto, la visualizzazione dei dati su cui si basa, le modalità di comunicazione, la sua natura e origine – sembra essere destinato ad assumere un ruolo sempre più centrale per comprendere i processi regolatori.