INDICE

Editoriale
di *Luisa Torchia* 1

SAGGI

Tutele differenziate nei settori regolati
di *Margherita Ramajoli* 6

Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle Autorità di regolazione
di *Luigi Piscitelli-Alfredo Marra* 37

Nuove frontiere tra regolazione, proprietà intellettuale e tutela della concorrenza nel settore farmaceutico: le pratiche di brevettazione strategica
di *Claudia Desogus* 59

Transparency, crisis and innovation in EU Food Law
di *Ferdinando Albisinni* 97

Diritto privato e regolazione proconcorrenziale: il diritto di recesso dai contratti di fornitura nei settori dell'energia e delle comunicazioni elettroniche
di *Cristiano Artizzu* 116

Tipi contrattuali e vincoli regolatori nel settore dell'energia
di *Pier Giuseppe Biandrino* 141

COMMENTI

Attività ministeriale di regolazione e procedure di consultazione
di *Nicola Dessì* 159

Liberalizzazioni, regolazione e ora anche 'riregolazione'
di *Camilla Buzzacchi* 182

Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. *Robin Hood Tax*
di *Marco Sica* 214

Equilibrio di bilancio ed effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità di norme tributarie
di *Francesco Tesauro* 239

L'impatto delle sentenze del Consiglio di Stato nn. 600, 810, 1224, 1274 e 1712 del 2015 sul sistema di finanziamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
di *Marco Orofino* 247

Banca d'Italia e Ministro dell'Economia e delle Finanze: la realizzazione una diarchia "effetti-

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo **1**| 2015

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. Sclafani,
M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione
A. Candido, V. Gioffré, A. Marra

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architettti associati

va" nella fase d'impulso dell'amministrazione straordinaria. Commento a Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 657
di *Luca Belviso* 266

Se prendere un taxi a Londra configura un aiuto di stato. Sulla legittimità di escludere dalle corsie preferenziali i veicoli a noleggio con conducente (note a margine della sentenza Corte di Giustizia Europea, Eventech Ltd c. The Parking Adjudicator, 14 gennaio 2015)
di *Valentina Gastaldo* 289

RASSEGNE

Sindacato del giudice amministrativo e atti regolatori dell'AEEGSI
di *Carlo Mariani* 303

RECENSIONI

Stefano Mannoni,
La regolazione delle comunicazioni elettroniche, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 1-288
di *Filippo Donati* 317

Mariana Mazzucato,
Lo Stato innovatore, Laterza, Bari, 2014, pp. I-351
di *Valeria Gioffré* 320

Giuseppe Di Gaspare
Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali, Seconda edizione, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 62015, pp. XV-419
di *Filippo Pizzolato* 323

Editoriale

di Luisa Torchia

Politica industriale e regolazione.

La tesi di fondo svolta da Mark Thatcher nel suo saggio pubblicato sul numero 2/2014 di questa Rivista [1] è che politica industriale e regolazione economica non siano in conflitto, come risulta tralaticiamente da una rappresentazione tanto tradizionale quanto ormai non più corrispondente alla realtà. Al contrario, la diffusione della regolazione economica ha, secondo Thatcher, dato luogo ad una politica industriale nuova nei mezzi, ma ricorrente nei fini: i governi "scelgono" i campioni industriali da promuovere, sostenere o, a seconda dei casi, difendere, intrecciando le modalità tradizionali dell'intervento pubblico – usualmente svolto dagli apparati governativi – con gli strumenti della regolazione, attivati e conformati dalle autorità indipendenti.

Per verificare la tenuta della tesi alla luce dell'esperienza più recente occorre, innanzitutto, chiedersi quali siano i caratteri propri di questa nuova politica industriale e come essa si differenzi dalla politica industriale tradizionale. Per avviare l'analisi conviene partire dal quadro di riferimento entro il quale l'esperienza si svolge e, in particolare, da due elementi di contesto: gli elementi propri e caratteristici del contesto europeo e gli elementi di riferimento generale, sul piano delle idee, che consentono di confrontare, per così dire, i vantaggi comparativi dei diversi strumenti a disposizione dei poteri pubblici. Occorre poi verificare come entro questi elementi di contesto si colloca la "nuova" politica industriale, in ragione degli strumenti attivati negli ultimi anni e dei risultati raggiunti.

Il primo elemento allo stesso tempo rilevante ed evidente del quadro europeo è la rottura delle barriere fra i mercati nazionali, mediante la creazione di un mercato interno e unico. Il mercato interno europeo si è sviluppato secondo un percorso diverso ed originale rispetto allo sviluppo dei mercati nazionali, in Europa come in altri paesi. Questi ultimi si sono sviluppati, infatti, sempre in presenza di uno Stato nazionale, e in larga misura proprio grazie allo Stato nazionale. I confini e le barriere dello Stato e del mercato nazionale hanno storicamente a lungo coinciso e proprio su questa coincidenza si è basata anche la politica industriale dei diversi Stati.

Il mercato interno europeo, al contrario, si è sviluppato innanzitutto sulla libertà di circolazione – delle merci, dei capitali, dei servizi, dei lavoratori – e quindi sulla neutralizzazione delle barriere e delle discipline nazionali o, in alcuni casi, su veri e propri divieti, come nel caso degli aiuti di Stato. La stessa locuzione "aiuti di Stato" fa comprendere in quale misura l'ordi-

1 M. THATCHER, *From old to new industrial policy via economic regulation*, in questa *Rivista*, 2/2014.

namento comunitario abbia tentato di porre sotto controllo proprio le politiche industriali nazionali che di quegli "aiuti" facevano larghissimo uso.

L'asimmetria fra i confini del mercato interno europeo e i confini degli Stati nazionali ha richiesto la costruzione di nuove regole e nuovi apparati, fra i quali ultimi emergono i regolatori europei e le loro reti. I regolatori nazionali dei mercati finanziari, dei mercati elettrici, dei mercati delle telecomunicazioni, per fare gli esempi più importanti, fanno oggi capo a reti transnazionali di regolatori al cui vertice – o centro, se alla metafora della piramide si preferisce quella della rete – si trovano regolatori europei che, per la prima volta, si atteggiano non come agenzie, ma come veri regolatori indipendenti, sia dai governi nazionali, sia dalla Commissione [2].

Occorre allora chiedersi e verificare se le reti dei regolatori operino solo in funzione di controllo, coordinamento e limitazione delle politiche nazionali, o se attraverso la loro attività di regolazione non traspaia un nuovo tipo di politica industriale che, come sembra suggerire M. Thatcher nel suo studio, consente la formazione e lo sviluppo di operatori economici con la caratura di "campioni europei". Invece della corrispondenza fra Stati nazionali e campioni nazionali si avrebbero così campioni europei, che si giovano proprio della limitazione derivante agli Stati nazionali dalla regolazione indipendente europea e possono operare scelte strategiche in un contesto più ampio di quello nazionale senza dover necessariamente ottenere "l'assenso" dello Stato di riferimento su quelle strategie, o comunque capaci di agire fuori e oltre il contesto nazionale di origine.

La prova di questa tesi richiederebbe, naturalmente, ulteriori e approfondite indagini sul campo, ma si può offrire, intanto, una controprova. Non è un caso che la regolazione indipendente, e lo sviluppo di operatori economici di dimensioni ultranazionali non si siano realizzati nel settore dell'agricoltura: e cioè nel settore rispetto al quale esiste una specifica politica di intervento europea, basata sugli strumenti tradizionali dell'intervento pubblico (programmazione, quote, incentivi, sussidi, ecc.)

Veniamo al secondo elemento, relativo al paradigma intellettuale di riferimento, che ha subito negli ultimi anni diverse revisioni. Alla politica industriale tradizionale degli Stati nazionali è stato imputato, innanzitutto, un difetto di presunzione: per dirla in modo un po' estremo, la base fondamentale della politica industriale è la credenza nell'onniscienza dello Stato. Bisogna credere, infatti, che lo Stato sia in grado di scegliere i settori meritevoli di sviluppo e di sostegno, sia capace di individuare gli operatori da sostenere come campioni nazionali e, soprattutto, sia capace di fare queste scelte con l'obiettivo e la capacità di garantire il benessere complessivo della comunità e non solo di favorire alcuni specifici soggetti o specifici gruppi di interesse.

L'esperienza storica si è incaricata di dimostrare quanto questa onniscienza sia rara e, anzi, negli anni precedenti la crisi globale nella quale ancora ci troviamo, il paradigma di riferimento si è rovesciato: alla limitata capacità degli Stati "*to pick the winner*", di creare innovazione, di adottare soluzioni efficienti [3], si è contrapposta la superiore efficienza dei mercati, capaci di creare ed elaborare le

---

2 V. i saggi raccolti in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Giuffrè, Milano, 2012.

3 V., però, per una recente rivalutazione dello Stato come soggetto innovatore, M. MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State: Debunking Public vs. Private Myths in Risk and Innovation*, Anthem Press, Londra, 2013 (trad. it., *Lo Stato innovatore*, Laterza, Roma-Bari, 2015).

informazioni nel modo migliore possibile e dotati di intrinseca razionalità.

Come tutte le ideologie, anche questa non ha retto all'urto della realtà. Nel dibattito sulle cause della crisi globale e sugli strumenti necessari per porvi rimedio è ormai ricorrente la critica alla pretesa efficienza dei mercati e si è rilevato come i mercati possano avere gradi di efficienza diversa a seconda della circostanze e quindi occorra misurare questa efficienza di volta in volta, di modo che essa non può essere data per presunta [4]. Anche i mercati non sono onniscienti e, soprattutto, sono in grado di creare rischi di dimensioni superiori rispetto a quelli che sono in grado di assorbire, rispetto ai quali si finisce poi, come è accaduto negli ultimi anni, per invocare nuovamente la capacità dello Stato di intervenire a garanzia e salvataggio.

L'imponente strumentario che gli Stati hanno attivato per far fronte alla crisi, che include vere e proprie nazionalizzazioni, salvataggi, ristrutturazioni, garanzie, immissione di enormi quantità di liquidità, non ha costituito, però, un vero e proprio ritorno alla politica industriale d'*antan*, per una molteplicità di ragioni, fra le quali qui interessano soprattutto due.

Colpisce, innanzitutto, l'enfasi con la quale sia i governi, sia osservatori e studiosi, sottolineano che si tratta di interventi temporanei: l'intervento pubblico durerà quel tanto che è necessario, ma prima o poi si tornerà alla "normalità" e lo Stato potrà nuovamente ritirarsi [5]. Non è detto, naturalmente, che questo avvenga su di un piano di realtà, ma è significativo che la giustificazione dell'intervento pubblico coniughi la situazione di emergenza con la sua transitorietà.

La seconda ragione sta proprio nell'esistenza di reti ormai consolidate di regolatori indipendenti dentro e oltre gli Stati nazionali. Lo spazio occupato dalla regolazione economica non può essere facilmente ripreso dalla politica industriale tradizionale, anche perché la regolazione economica ha una propria specifica legittimazione ed *accountability*, diversa da quella propriamente politica degli apparati statali.

Le autorità indipendenti hanno una connotazione tecnica che – anche se esaminata fuori dalle mitologie e alla luce della realtà – si riflette nei criteri di scelta dei loro componenti, nella natura delle loro attribuzioni, nel modo di svolgimento delle loro attività, che grazie, ad esempio, al *notice and comment* sono assai più "sotto controllo" da parte degli interessati di quanto non avvenga nel processo politico o legislativo tradizionale.

Proprio nella dimensione europea la regolazione indipendente presenta, inoltre, un ulteriore vantaggio, in quanto consente sia la produzione di regole, sia la determinazione dei criteri di attuazione di quelle regole, caratterizzate da un significativo grado di unità e di coerenza. Si supera, così, per un verso l'impossibilità di coordinare la produzione legislativa dei parlamenti nazionali e si fornisce una misura di correzione alla crisi di un potere legislativo sempre più frammentato nell'esercizio e sempre più incoerente negli esiti (non solo in Italia, anche se l'esperienza italiana raggiunge picchi di incoerenza e vera e propria turbolenza normativa che creano una incertezza costante sulle regole applicabili). Per altro verso, la connessione in rete dei regolatori nazionali fa sì

---

4 V., in termini generali, il dibattito riportato in G.A. AKERLOF-D. ROMER-O.J. BLANCHARD-J.E. STIGLITZ, *What Have We Learned?*, The MIT Press, Cambridge, 2014.

5 V. M. ARONSON, *The Great Depression, This Depression, And Administrative Law*, in *Federal Law Review*, Vol. 37, n. 165, 2009; G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012.

che il grado di integrazione fra ciascun ordinamento nazionale e l'ordinamento europeo si mantenga costante ed anzi si sviluppi ulteriormente.

La regolazione indipendente presenta, inoltre, paradossalmente, un carattere tipico della politica industriale tradizionale: essa ha una prospettiva di medio-lungo periodo o almeno non è soggetta nella stessa misura del potere esecutivo e del potere legislativo di oggi a pressioni e cambi di direzione continui e incoerenti, connessi alla contingenza politica o al variare delle maggioranze. I regolatori riescono a mantenere, così, quale base prevalente per la propria azione, una cultura professionale, legata allo specifico mercato oggetto di regolazione. La regolazione indipendente si fonda, almeno in ipotesi, ancora sul principio secondo il quale la conoscenza specialistica è una precondizione di un'attività istituzionale coerente ed efficace [6].

Anche la regolazione incontra, naturalmente, limiti ovvi. Ad esempio, è forte storicamente, almeno in Europa, il collegamento fra il ricorso alla regolazione, come alternativa all'intervento diretto in economia di apparati statali, e la disponibilità di tecnologie che consentono di aprire i mercati alla concorrenza, superando i monopoli pubblici. Il monopolio pubblico nel settore delle telecomunicazioni è ormai abbandonato in tutti i paesi proprio perché la tecnologia consente la concorrenza. Per altro verso, il dibattito sulla costruzione di una nuova rete per la banda ultralarga oggi in corso in Italia non a caso ha riscoperto sia il problema della proprietà della rete, sia la questione della remunerazione per interventi considerati necessari, ma non interamente sopportabili da operatori privati. Dove la tecnologia non consente una facile apertura dei mercati a più concorrenti – si pensi al caso delle ferrovie – la regolazione indipendente ha uno sviluppo minimo e comunque più limitato.

L'alternativa fra uno Stato che direttamente svolge l'attività d'impresa nei settori in cui ritiene necessaria una presenza pubblico, e uno Stato che detta, tramite le autorità indipendenti, le regole del gioco fra gli operatori privati, non esaurisce certamente, del resto, la gamma degli strumenti disponibili.

Solo due esempi di questa tendenza.

Si pensi, innanzitutto, alla paradossale evoluzione della disciplina della *golden share* nell'ordinamento italiano. A fronte delle obiezioni comunitarie, che vedevano in quella disciplina una sproporzionata garanzia di poteri speciali allo stato azionista, lo Stato si è spogliato della qualità di azionista e si è dotato del *golden power*. Il governo nazionale ha così acquisito ampi poteri di veto, intervento, controllo e direzione su un numero di imprese assai superiore rispetto a quelle in cui era presente come azionista [7]. Questi poteri non sono più speciali perché attributi ad un azionista speciale, ma sono speciali nel senso classico del diritto amministrativo: con essi si è attribuito al governo un potere "esorbitante", perché non disponibile in alcuna misura nel diritto societario, anche in quanto la sua fonte giustificativa sta nella valutazione discrezionale dell'interesse pubblico e i modi di esercizio sono quelli tipici della decisione politico-amministrativa.

Su un piano diverso, rilevano i programmi e le attività delle banche di investimento pubbliche, come ad esempio la Cassa Depositi e Prestiti e le sue omologhe in Francia e in Germania. Tramite queste strutture lo Stato fornisce

6 Quale esempio del riconoscimento di questo carattere si veda la sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 gennaio 2014, C-270/12 sulla legittimità del regolamento che attribuisce all'Esma il potere di vietare operazioni di vendite allo scoperto.

7 V. S. SCREPANTI, *Le regole speciali delle società partecipate*, in M. MACCHIA (a cura di), *Le società a partecipazione statale*, ES, Napoli, 2015.

garanzie, investe a tempo, promuove nuove imprese, ristruttura imprese in difficoltà: la nuova politica industriale si va formando grazie anche a questo tipo di interventi [8].

La necessità di fronteggiare la crisi globale ha chiesto a tutti gli Stati un enorme impegno, svolto su più fronti. Un rafforzamento della regolazione e dei regolatori, specie con riguardo ai mercati finanziari, popolati da soggetti regolati e non regolati, rispetto ai quali si è rivelata del tutto inadeguata l'opera di controllo e sorveglianza. Un rinnovato ruolo economico dello Stato, chiamato ad una generale opera di salvataggio, ma poi sottoposto anch'esso al giudizio dei mercati, specie per quanto riguarda la sostenibilità del debito sovrano. Un ruolo nuovo ed inedito assunto dalle banche centrali – un tipo particolare di autorità indipendenti – che hanno interpretato in modo ampio il proprio mandato per assicurare al sistema l'immissione di liquidità che era al di fuori della portata di qualsiasi governo nazionale, specie in Europa [9].

Se questo sia un assetto stabile e destinato a consolidarsi, o solo il portato transitorio di una crisi lunga, ma forse non permanente, è difficile dire. Restano da esaminare, nel dibattito sulla nuova politica industriale, due questioni che non sembrano ancora aver trovato una soluzione né sul piano operativo, né sul piano delle idee.

Fare politica industriale significa non solo scegliere i campioni, nazionali o europei, ma scegliere i settori sui quali concentrare gli interventi. Si tratta di opzioni strategiche – ad esempio, in Italia probabilmente non c'è bisogno di altre autostrade, ma è necessaria una nuova rete che assicuri i servizi in banda ultralarga – che sembrano andare al di là della capacità e della possibilità di scelta della regolazione indipendente e richiedere un'assunzione di responsabilità da parte di autorità dotate di capacità generale, e non settoriale, e di una legittimazione più politica che tecnica.

Su un piano ancora più generale, fare politica industriale oggi significa affrontare gli effetti e gli sviluppi della trasformazione strutturale delle economie avanzate da economie manifatturiere ad economie di servizi, con la conseguente necessaria ristrutturazione anche del capitale umano e sociale e, anche sotto questo profilo, il ruolo della regolazione non può che essere limitato.

Nella nuova politica industriale troviamo, allora, qualcosa di antico e qualcosa di nuovo ed è soprattutto sulle interazioni che deve concentrarsi l'analisi.

8 Per un esame dell'esperienza nell'ordinamento italiano v. D. COLACCINO, *Dallo Stato azionista allo Stato investitore: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti*, in M. MACCHIA, *Le società a partecipazione statale*, cit.

9 Il piano di acquisto di bond denominato OTM è stato recentemente dichiarato legittimo dalla Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi su un ricorso tedesco in materia (causa C-62/14).

Tutele differenziate nei settori regolati

di Margherita Ramajoli

ABSTRACT

In regulated sectors alternative dispute resolution is entrusted to a number of disparate tools: the remedies introduced in the regulated sectors are many and very different from each other, in terms of structure, form, purpose and degree of effectiveness. ADRs meet instance of differentiation, where the alternative nature is understood as proper for the offered protection. The logic of the ADR well harmonizes with the logic of regulation, contributing both to design a new type of law marked by flexibility and consensual intent, useful to regulate long-term relations. In the case of alternative remedies in the regulated sectors prevails a kind of dialectic facilitative, in analyzing the reasons of the conflict and the results aimed by the parties, in order to find an innovative solution, suitable to meet parties issues in a long-term perspective. In this way the alternative remedies perform such a function which is not fully coincident with that of judicial remedies, since it transcends the individual case. However there is a high risk of losing the advantages inherent in the variety of mechanisms of alternative dispute resolution, if the different forms of protection are not organized in an harmonic system. Both disputes – involving economic operators or between companies and consumers – should be conceived in a real alternative and integrated system of protection, valid for each regulated sector. Fundamentals issues in the discipline of alternative remedies claim uniform solutions, as for the degree of stability of the decision and for the instruments to ensure compliance, or even in point of information of the various remedies available, or for the mechanisms coordinating various forms of protection and the relationship between alternative remedy and traditional judicial remedy.

SOMMARIO: 1. La tutela giurisdizionale come *extrema ratio*. – 2. Logica regolatoria e logica mediatoria. – 3. La concentrazione tra regolazione ed *enforcement*. – 4. Mancata investitura di entrambe le parti in conflitto e soluzione consensuale della controversia. – 5. Rapporti tra tutele alternative e tutela giurisdizionale: a) nel settore delle comunicazioni elettroniche; b) nel settore energetico. – 6. La dialettica tra istanze di differenziazione ed esigenze di uniformità e la dialettica tra ruolo della regolazione e ruolo della legge.

1. La tutela giurisdizionale come *extrema ratio*

Tradizionalmente la giustizia amministrativa vede contrapposte una parte privata ricorrente e una parte pubblica resistente nell'ambito di controversie in cui si fronteggiano poteri amministrativi e interessi legittimi in conseguenza dell'emanazione, in sede amministrativa, di un atto autoritativo. Ogni singolo tassello di questa ricostruzione classica entra in crisi nel momento in cui le controversie insorgono nei settori regolati.

Sia le controversie che intercorrono tra soggetti regolati e Autorità di regolazione sia le controversie che coinvolgono unicamente soggetti regolati por-

tano a un'alterazione dei tratti tipici della giustizia amministrativa, ma questo mutamento si produce in maniera differente.

Le controversie che vedono come parte processuale l'Autorità di regolazione saranno oggetto di un successivo studio, stante le loro peculiarità, specie nell'ipotesi in cui sussiste una legittimazione processuale speciale a favore della stessa Autorità di regolazione (art. 36, comma 2, lett. n), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con la legge 24 marzo 2012, n. 27, con riferimento all'Autorità di regolazione dei trasporti). In queste specifiche controversie cambia la geografia classica del diritto processuale amministrativo, con un giudice amministrativo chiamato a decidere su conflitti non più tra una parte privata ricorrente e una parte pubblica resistente, bensì tra parti processuali esclusivamente pubbliche, con scenari inediti quanto a interessi da proteggere e a letture di tipo oggettivistico della tutela giurisdizionale.

Nelle pagine seguenti invece l'attenzione sarà focalizzata sulle sole controversie tra soggetti regolati. Con riferimento a queste ultime l'impostazione fatta propria dal legislatore concepisce la tutela giurisdizionale come rimedio estremo, attivabile solo una volta che siano stati esperiti tutti i rimedi giudiziali e stragiudiziali di risoluzione della controversia. Ritenere l'investitura del giudice come *extrema ratio* di tutela vale già a differenziare profondamente i settori regolati rispetto a ogni altro campo d'intervento dell'azione amministrativa e, conseguentemente, a connotare la giustizia in tale ambito di caratteri propri.

Infatti in via generale nel diritto pubblico è la stessa ammissibilità di rimedi alternativi di risoluzione delle controversie a essere messa in forte dubbio. La negazione dell'ammissibilità dei rimedi alternativi di risoluzione dei conflitti nel caso di rapporti pubblicistici è classicamente fondata sull'inammissibilità di tali rimedi nel caso di controversie relative a diritti indisponibili, prendendo le mosse dall'art. 1966, comma 2, c.c., ai sensi del quale la transazione è possibile solo in relazione ai diritti indisponibili, mentre è nulla nel caso di diritti indisponibili per loro natura o per espressa disposizione di legge. In realtà le varie leggi emanate nel corso del tempo inducono a non attribuire un peso eccessivo al carattere disponibile del diritto quale condizione indispensabile per accedere ai rimedi alternativi; si pensi, ad esempio, alla materia tributaria che da tempo conosce l'utilizzo di strumenti di risoluzione delle controversie in via alternativa. Ma soprattutto il dogma dell'indisponibilità del potere amministrativo è legato a un'idea astratta di interesse pubblico, che porta con sé la convinzione che vi sia una sorta d'assolutezza nell'agire amministrativo, quando invece la cura dell'interesse pubblico non può essere rigidamente predeterminata, perché deve sempre adattarsi al concreto [1].

Ma al di là di questi rilievi critici nei riguardi della chiusura verso i rimedi alternativi nel caso di controversie pubblicistiche, sta di fatto che fin da subito nei settori regolati diversi strumenti compresi all'interno della grande famiglia delle ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) sono stati ritenuti dal legislatore applicabili per risolvere in via alternativa le controversie ivi sorte.

Da tempo le numerose direttive europee di disciplina dei settori soggetti a regolazione tendono ad affidare la soluzione delle controversie alle Autorità

1 Per una critica all'impostazione tradizionale e per una diversa concezione dei rimedi alternativi come possibili modalità di applicare diversamente le norme rispetto a quanto ritenuto in prima battuta dalla pubblica amministrazione in occasione dell'esercizio del potere e quindi come una *altra* possibile modalità di perseguimento dell'interesse pubblico sia consentito rinviare a M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 1 ss.

nazionali di regolamentazione [2], il legislatore nazionale, nel dettare i criteri direttivi per l'istituzione delle Autorità di regolazione, ha stabilito che a tali organismi debbano essere attribuite "*funzioni di regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico ... nonché di risoluzione dei conflitti tra soggetto erogatore del servizio e utente, fatto salvo il ricorso all'autorità giudiziaria*" (art. 1, comma 2, lett. m), legge 24 dicembre 1993, n. 537), la legge istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità ha previsto l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio "*presso le Autorità*" nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio (art. 2, comma 24, lett. b), legge 14 novembre 1995, n. 481) e il Consiglio di Stato [3] ha escluso che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico possa spogliarsi, anche solo in prima istanza, di un potere di definizione di procedure contenziose espressamente attribuitole dal legislatore [4], investendo di siffatta competenza altri soggetti.

A testimonianza della ritenuta connaturalità delle ADR alle Autorità di regolazione, quasi che si tratti di un loro dominio, è interessante notare che il legislatore, se originariamente aveva introdotto una riserva di regolamento governativo al fine di stabilire criteri, condizioni, termini e modalità per l'esperimento delle procedure di conciliazione o arbitrato presso le Autorità nei casi di controversie tra utenti ed esercenti il servizio [5], successivamente, probabilmente anche in ragione della perdurante inerzia del Governo, che mai ha provveduto a emanare il relativo D.P.R. [6], ha attribuito direttamente alle Autorità il potere di emanare anche la relativa normativa d'attuazione con riferimento a talune tipologie di controversie, ampliando ulteriormente i già tanti poteri a disposizione delle medesime Autorità [7].

---

2 Cfr., nel settore energetico, da ultimo gli artt. 3 e 37 della direttiva 2009/72/CE e gli artt. 3 e 41 della direttiva 2009/73/CE; nel settore delle comunicazioni elettroniche, gli artt. 9, comma 5, 11, 17 della direttiva 97/33/CE; artt. 10 e 26 della direttiva 98/10/CE; art. 20 della direttiva n. 2002/21/CE, come sostituito dall'art. 1 della direttiva 2009/140/CE. Ma è interessante notare che non sempre il legislatore europeo opta per questa impostazione, come avviene, ad esempio, con la direttiva 2000/31/CE, sul commercio elettronico, che demanda agli Stati membri la scelta sul tipo di *enforcement* da utilizzare in relazione alla tutela del diritto d'autore e a tutte le informazioni illecite che possono circolare in rete. Essa stabilisce, agli artt. 12-14, che la disciplina introdotta dal legislatore europeo e in particolare le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi dal medesimo previste "*lascia(no) impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione*".

3 Cons. Stato, atti norm., 3 agosto 2012, n. 3497.

4 In particolare, dall'art. 44, comma 1, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93, di attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, ai sensi del quale "*l'Autorità per l'energia elettrica e il gas decide sui reclami presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale*"; su questa disposizione cfr. *infra*.

5 Così l'art. 2, comma 24, lett. b), legge n. 481/1995, il quale disponeva che suddetto regolamento governativo avrebbe dovuto prevedere, tra l'altro, i casi in cui tali procedure di conciliazione o di arbitrato "possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura".

6 Il che ha fatto dire alla giurisprudenza che "*nella situazione di mancata emanazione nella forma prevista della norma di attuazione*" le controversie fra l'utente e l'esercente il servizio non sono soggette alla condizione di procedibilità dell'esperimento di un tentativo di conciliazione obbligatorio avanti alle commissioni di conciliazione istituite presso le Camere di Commercio (Cass. civ., Sez. III, 17 maggio 2007, n. 11452).

7 In particolare, l'art. 1, comma 11, legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Agcom, ha

L'apertura legislativa nei riguardi dell'impiego di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nei settori di pubblica utilità è facilmente comprensibile, una volta distinti i conflitti tra Autorità e soggetti regolati dai conflitti tra i soli soggetti regolati. Infatti per le controversie tra soggetti terzi non hanno ragion d'essere le tradizionali perplessità che si nutrono nei riguardi dell'applicabilità dei rimedi alternativi nei confronti delle liti che vedono la presenza di un'Autorità pubblica. In tali controversie manca, per lo meno nella fase originaria del conflitto, una parte processuale pubblica, la quale è destinata ad emergere anche nel caso di conflitti originariamente tra terzi solo qualora una delle parti private intenda impugnare l'atto con cui l'Autorità di regolazione ha risolto in via amministrativa la controversia. Infatti l'impugnativa in questione, nonostante in dottrina esistano voci contrarie sul punto [8], deve essere proposta al giudice amministrativo. Questo perché sino a che nel nostro ordinamento rimarrà vigente l'art. 133, lett. l), c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva di tale giudice le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalle Autorità di regolazione, non è possibile risolvere in maniera differente il problema della competenza giurisdizionale [9].

Sta di fatto che nel loro stadio iniziale queste controversie si svolgono integralmente tra soggetti privati e vedono fronteggiarsi operatori economici e utenti oppure operatori economici tra loro, che sono tutti titolari di situazioni giuridiche soggettive connotate da disponibilità. Si rientra dunque in pieno e pacificamente nel paradigma classico dei rimedi alternativi, aventi ad oggetto diritti disponibili. Tant'è che nei settori regolati i rimedi in questione risultano alternativi alla tutela offerta non dal giudice amministrativo, bensì dal giudice ordinario.

Vi è però una peculiarità in materia, che, come si avrà modo di constatare, condiziona in varia maniera la tematica delle tutele differenziate nei settori regolati, e cioè l'esistenza di relazioni di tipo triangolare tra utenti, soggetti destinatari di licenze e regolatore, oppure tra produttore, gestore dell'infrastruttura e regolatore, che, a loro volta, poggiano su rapporti bilaterali tra regolatore e

---

stabilito che sia non il Governo, bensì la relativa Autorità a disciplinare con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze, oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro e analogamente ha disposto l'art. 44, comma 3, d.lgs. n. 93/2011, demandando all'Aeegsi la disciplina della procedura davanti alla medesima Autorità volta alla risoluzione dei conflitti contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione relativamente agli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale. Infatti il Consiglio di Stato ha affermato che "*la riserva regolamentare di cui all'art. 2, comma 24, lett. b, l. 14 novembre 1995, n. 481, va riferita esclusivamente alle suddette procedure conciliative ed arbitrali e non alle controversie oggetto delle direttive da adottarsi ai sensi dell'art. 44, comma 3, d.lg. 1 giugno 2011, n. 93, dovendosi ritenere che il potere di disciplinare queste ultime procedure sia riconosciuto all'Autorità indipendentemente dall'emanazione dei regolamenti governativi di cui all'art. 2, comma 24, lett. b*".

8 Ritiene che sussista in materia la giurisdizione del giudice ordinario, non potendo né il giudice amministrativo avere giurisdizione nelle controversie di diritto privato, né la scelta unilaterale di una delle parti sottrarre l'altra al suo giudice naturale precostituito per legge F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2013, VII ed., p. 239 ss.

9 Si ricordi che la Corte costituzionale, con le sentenze 27 giugno 2012, n. 162 e 15 aprile 2014 n. 94, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 133 c.p.a. nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di sanzioni irrogate rispettivamente dalla Consob e dalla Banca d'Italia. Con riferimento specifico al settore delle comunicazioni elettroniche sono gli art. 1, comma 26, legge 31 luglio 1997, n. 249 e l'art. 9 del Cce a disporre che i provvedimenti adottati dall'Agcom, e quindi anche quelli di definizione delle controversie, siano impugnabili dinanzi al TAR del Lazio in sede di giurisdizione esclusiva.

regolato, destinatario della disciplina di settore dettata e applicata dall'Autorità indipendente [10]. In altri termini, se è vero che i rapporti tra soggetti terzi sono disciplinati da contratti di diritto privato, è altresì evidente che essi siano conformati da una fonte normativa eteronoma [11].

Alla luce di queste ultime considerazioni emerge quanto la dinamica relazionale in questione riecheggi quella in passato individuata da Sandulli a proposito dei ricorsi amministrativi non impugnatori, strumenti di giustizia eccezionali e atipici, alternativi rispetto alla tutela elargita dal giudice ordinario. Secondo Sandulli i ricorsi amministrativi non impugnatori sarebbero chiamati a risolvere controversie del tutto particolari per quanto riguarda sia i soggetti coinvolti, sia il legame con i pubblici poteri, sia, infine, le misure di tutela. Si tratta di controversie relative essenzialmente a diritti soggettivi insorte tra due o più soggetti. Questi ultimi, che possono avere natura indifferentemente pubblica o privata, sono qualificati dall'operare "*nell'ambito di un sistema settoriale*" che "*tocchi in qualche modo (in via diretta o anche soltanto indiretta) interessi della p.A.*" e i relativi ricorsi non consistono nell'impugnativa di un provvedimento amministrativo, ma sfociano, in caso di accoglimento, in una pronuncia dichiarativa da parte di un'autorità che si trova in posizione di terzietà [12].

Anche i settori regolati sono tipici sistemi settoriali a contatto con interessi generali o (se si preferisce utilizzare la teorica originariamente elaborata da Giannini, criticata ma profondamente evocativa del fenomeno) sono ordinamenti sezionali [13]. Anche i soggetti regolati, che possono essere sicuramente privati oppure esserlo solo dal punto di vista formale e non sostanziale [14], vantano gli uni nei confronti degli altri situazioni giuridiche di diritto soggettivo. Infine, anche l'Autorità di regolazione in sede di rimedio alternativo non è chiamata all'annullamento di un previo provvedimento amministrativo, bensì a una pronuncia tipicamente d'accertamento.

Nei settori di pubblica utilità le ragioni tradizionalmente adotte a favore

---

10 In tema, sia pure con qualche diversità d'accenti, cfr. M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 149 ss.; ID., *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, p. 18 ss., che parla, a proposito delle relazioni tra regolatore e regolati, come di un "*gioco ripetuto*".

11 Il punto sarà poi ripreso *infra*, par. 3.

12 A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Jovene, Napoli, 1984, vol. II, pp. 1150-51, che annovera, tra i ricorsi amministrativi non impugnatori, i ricorsi decisi dalle Commissioni di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica in ordine alle controversie insorte tra soci di cooperative edilizie, o tra soci e cooperative, riguardanti l'assegnazione di alloggi, nonché gli abusi e le irregolarità commessi nell'ambito della cooperativa in relazione a tali alloggi oppure i ricorsi sulle controversie riguardanti contestazioni di confini comunali risolte con un provvedimento della Regione. In tema cfr. altresì S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2013, nonché G. MORBIDELLI, *Sugli "strumenti di amministrazione giustiziale",* in PRESIDENZA DEL CONSIGLIO, *La riforma della pubblica amministrazione*, vol. V, *La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994, p. 17 ss.

13 M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 105 ss., e, più di recente, sempre dello stesso AUTORE, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1991. Per una critica cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 49 ss.

14 Si pensi alle imprese ex monopoliste legali, spesso soggetti pubblici, se non dal punto di vista formale, almeno dal punto di vista sostanziale. Sulla necessità di distinguere una privatizzazione formale da una sostanziale cfr., per tutti, M. CLARICH-A. PISANESCHI, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Agg.*, vol. IV, Torino, 2000, p. 432 ss.

dell'impiego di strumenti di risoluzione dei conflitti in via alternativa assumono una particolare pregnanza. Dal momento che il contenzioso nei mercati regolati ha assunto dimensioni sempre più cospicue, sorge prepotente un'istanza di deflazione del contenzioso stesso. L'aumento delle controversie è dovuto a una pluralità di ragioni, tra le quali almeno due meritano di essere evidenziate. Se in passato i conflitti nelle relazioni tra operatori economici (generalmente monopolisti pubblici) e poteri pubblici erano risolti prevalentemente dal decisore politico, prima di tramutarsi in una lite davanti a un organo giurisdizionale, ora l'effettiva apertura dei mercati di pubblica utilità a una pluralità d'imprese ha creato nuove, articolate e complesse relazioni tra molteplici operatori economici e pubblici poteri, le quali sono fortemente giuridicizzate e, come tali, sempre più contestate; come è stato efficacemente detto, alla "giuridificazione" delle relazioni giuridiche ha fatto seguito inevitabilmente la giurisdizionalizzazione dei conflitti [15].

In secondo luogo, la diffusione anche nel nostro ordinamento della cultura consumeristica ha portato un accrescimento in capo agli utenti della consapevolezza delle proprie pretese, che, se non soddisfatte in via primaria, lo possono divenire in via giustiziale [16]. La normativa europea più recente rilevante a tal riguardo è la direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, la quale, disciplinando trasversalmente tutti i settori di consumo, prevede che gli Stati membri debbano garantire ai consumatori procedure di ADR che assicurino la trattazione efficace, equa, indipendente e trasparente delle controversie per la fornitura di servizi e beni con il proprio venditore.

Il disallineamento tra tempo dell'economia e tempo della giustizia [17] non è generato dal processo amministrativo, perché, come è stato acutamente osservato, la ragione dell'elevata conflittualità è dovuta in via principale alla presenza di troppe norme, non sempre immediatamente comprensibili [18]. A questa crisi può porsi rimedio con diversi strumenti giuridici, fra i quali rientrano vuoi l'apposito rapido rito speciale davanti al giudice amministrativo disegnato dall'art. 119 c.p.a., vuoi proprio i rimedi alternativi, caratterizzati, oltre che da tecnicalità, anche da brevità nella risposta di giustizia e da un tipo di tutela modulata sulle specificità delle situazioni giuridiche soggettive su cui intervenire.

Sia per le controversie tra operatori sia per le controversie tra operatori e utenti giocano a favore dell'impiego di ADR tempi più rapidi e costi più contenuti, che sono esigenze universali per il soggetto richiedente tutela. Se si considera poi che le controversie relative all'utenza sono per lo più bagatellari la funzione assolta dai rimedi alternativi è molto simile a quella propria delle azioni di classe, ossia far emergere un contenzioso latente, che altrimenti non avrebbe modo di manifestarsi a causa della sproporzione tra il modico valore della singola controversia e le spese per adire la tutela giurisdizionale, anche

---

15 M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm. Tar*, 2003, p. 3133 ss.; G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 677 ss.

16 G. NAPOLITANO, *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 7 ss.; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

17 Così si esprime S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia*, cit., p. 56.

18 L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 337 ss., 337-338.

se le azioni di classe presidiano interessi strettamente seriali [19]. Infine, un ruolo importante riveste anche l'esigenza di disporre di un quadro di disciplina certo e prevedibile, a tutela dell'affidamento dei soggetti regolati, e questo risultato è ottenibile, come si avrà modo di verificare ai paragrafi successivi, grazie al principio di concentrazione dell'attività di regolazione e dell'attività di risoluzione alternativa delle controversie in capo al medesimo soggetto.

In definitiva, i rimedi alternativi, da un lato, offrono una strada alla deflazione del contenzioso, consentendo di evitare gli alti costi, i ritardi e i formalismi processuali, dall'altra, consentono una differenziazione nella risposta di tutela, all'insegna della specificità, della proporzionalità e dell'appropriatezza. Non a caso l'acronimo ADR è stato letto, oltre che come *Alternative Dispute Resolution*, anche come *Appropriate Dispute Resolution* [20].

2. Logica regolatoria e logica mediatoria

In via generale la logica delle ADR ben si sposa con quella della regolazione, condividendone la filosofia di fondo. Si tratta di istituti che sono nati entrambi nei sistemi di *common law,* dei quali sposano i tratti tipici, e che sono giunti nel nostro ordinamento attraverso l'incidenza esercitata dal diritto dell'Unione europea [21].

Per quanto riguarda la regolazione, essa è stata incisivamente descritta come "*una produzione normativa di carattere strategico, pragmatico e adattativo, orientata non a produrre coercitivamente certi risultati (ad esempio imporre determinati prezzi), ma a far sì che questi risultati si producano per via di modificazioni spontanee dei comportamenti dei soggetti interessati, che agiscono adattandosi alle nuove condizioni (gli incentivi) definite dalla regolazione*" [22].

La regolazione è anzitutto una "*produzione normativa*" e nei settori sottopo-

19 In tema cfr. S. ISSACHAROFF, *Class action e autorità statale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1031 ss., spec. p. 1052 ss., che osserva comunque come negli Stati Uniti "*per i telefoni cellulari e per le carte di credito ... le condizioni generali di contratto ora proibiscono alla parte aderente di ricorrere alla class action quale mezzo di tutela giurisdizionale e impongono per qualsiasi lite l'arbitrato in forma individuale*"; sulla pluralità di funzioni assolte dall'azione di classe cfr. R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risvolti in tema "class action",* in *www.giustamm.it*.

20 Ampia è la bibliografia in materia; cfr., almeno, P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna: dal locus standi alla justiciability*, Giappichelli, Torino, 1996; B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review of administrative agencies*, Cedam, Padova, 2005; A. MASUCCI (a cura di), *Le tutele procedimentali: profili di diritto comparato*, Jovene, Napoli, 2007; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, BUP, Bologna, 2007; G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremanica*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 169 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2012.

21 Sulle scelte compiute dalle varie direttive comunitarie di affidare la soluzione delle controversie alle autorità nazionali di regolamentazione si veda F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 207 ss.; sull'origine e sullo sviluppo delle ADR negli ordinamenti di *common law* cfr., da ultimo, M. DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in corso di pubblicazione su *Dir. proc. amm.*

22 B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 313; in senso analogo, sempre dello stesso AUTORE, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*, n. 1/2014, p. 5 ss., e bibliografia *ivi* riportata.

sti a regolazione il rapporto tra legge e amministrazione assume sembianze del tutto peculiari: il legislatore riconosce la propria incapacità e la propria inadeguatezza a disciplinare materie ad alto tasso di tecnicità e in costante evoluzione e siffatta rinuncia va a tutto vantaggio delle Autorità di regolazione che, in virtù dell'indipendenza e del sapere specialistico vantati, si trovano a disporre di ampi poteri normativi [23].

Al fine di evitare il rischio che il soggetto regolatore "*sovrapponga il proprio potere all'autonomia altrui*", pericolo particolarmente grave data la già sottolineata assenza di una norma tipicizzante [24], è necessario che la regolazione presenti quel carattere sopra evidenziato di consensualità, realizzando i suoi obiettivi non in via coercitiva, bensì in virtù di una spontanea modificazione delle condotte dei soggetti regolati, stimolati dagli incentivi posti dalla regolazione stessa [25].

La perdita del monopolio legislativo è idonea a generare ricadute sia nel corso della fase procedimentale volta all'emanazione di un determinato atto amministrativo – vuoi generale, vuoi puntuale –, sia in una fase successiva all'avvenuto esercizio del potere regolatorio. Pure quest'ultima fase reclama una logica partecipata e consensuale, anche perché la morfologia della regolazione mostra quanto sia arduo identificare una fase propriamente successiva all'esercizio dell'attività regolatoria, come invece solitamente avviene nel caso di esercizio dell'attività amministrativa: la regolazione è attività in perenne divenire e quindi via via da costruire, mediante progressivi assestamenti che impongono un costante intervento da parte del soggetto regolatore.

---

23 Come affermato dal giudice amministrativo, la legge quadro delle Autorità di regolazione (legge n. 481/1995) e le successive leggi istitutitive delle varie Autorità (legge n. 249/1997; legge 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) dettano normative "*d'indirizzo che poggia(no) su prognosi incerte*", "*rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti generali che spetta all'Autorità concretizzare*" (Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827). Sull'abdicazione legislativa nei settori regolati cfr. G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 1 ss., spec. pp. 4-5. Si aggiunga poi che le norme di attribuzione dei poteri delle Autorità di regolazione fissano obiettivi tra cui esistono reciproche tensioni, stretti tra razionalità economica e sviluppo socialmente sostenibile del mercato. Come chiaramente risulta dall'art. 1 della legge n. 481/1995, la missione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità è sia di massimizzare l'efficienza economica, creando un sistema in cui gli investitori, privati e non, possano aspettarsi di guadagnare un ragionevole tasso reale di ritorno sui loro beni, sia di realizzare una serie di obiettivi in senso lato sociali, garantendo che in siffatto sistema tutti gli utenti possano avere accesso a servizi di pubblica utilità di qualità accettabile e a costi bassi. Questo elemento di complessità in ordine agli obiettivi da perseguire spiega anche la ragione per cui l'attività delle Autorità di regolazione coesista con quella dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; infatti, mentre l'attività dell'Autorità antitrust è indirizzata in via generale alla protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese, l'attività regolatoria assume finalità eterogenee; sul punto, in giurisprudenza, da ultimo, con particolare chiarezza, Tar Lazio, Sez. I, 27 marzo 2014, n. 3398, in materia ferroviaria. Sulla presenza o meno di una componente di discrezionalità nell'attività regolatoria cfr., da ultimo, E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in questa *Rivista*, n. 1/2014, p. 81 ss.

24 Così F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 15.

25 La dottrina nordamericana ha voluto parlare a tal riguardo di "spinte gentili" (*nudge*), più o meno sofisticate, che si aggiungono o talvolta si sostituiscono ai tradizionali strumenti di *command and control*, quali sono i divieti, gli obblighi e le autorizzazioni; cfr. R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2009, nonché C.R. SUNSTEIN, *Simpler. The Future of Government*, New York, 2013, su cui cfr. la *Recensione* di A. SPINA in questa *Rivista*, n. 1/2014. In tema cfr. altresì G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in corso di pubblicazione su *Dir. amm.*

Ne consegue che in ambiti regolati non solo il rapporto tra legge e amministrazione presenta spiccate specificità, ma anche il rapporto tra amministrazione e giustizia è connotato da peculiarità di tipo forte. L'attività di regolazione è un flusso costante e gli strumenti di reazione non possono porsi come mera parentesi tra l'attività regolatoria precedente e quella successiva, come invece solitamente accade con l'azione amministrativa [26]. Si pensi ai frequenti "*chiarimenti*" – atti amministrativi di difficile inquadramento sistematico– che vengono forniti nel corso del processo dall'Autorità di regolazione per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico, i quali sono in grado di definire profili tecnici controversi, con la conseguenza che in tal maniera la regolazione "*irrompe*" nel processo, "*facendosi regola del caso con la sentenza del giudice*" [27]. Ma si consideri anche l'estrema difficoltà di individuare con precisione gli effetti dell'annullamento giurisdizionale di un atto regolatorio generale nei confronti di processi non ancora conclusi che abbiano il medesimo oggetto, oppure, ipotesi speculare alla prima, di stabilire se viga la regola della riemersione *erga omnes* dell'atto regolatorio generale nel caso di sentenza d'appello che riformi l'annullamento e rigetti l'originaria impugnazione [28].

In questo contesto, peculiare e problematico quanto a relazioni tra legge e attività regolatoria, da un lato, e tra attività regolatoria e processo, dall'altro, vanno inseriti gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Come si è sopra sottolineato, la funzione di risoluzione alternativa delle controversie ha contraddistinto sin da subito le Autorità di regolazione e, su un piano più generale, è stato affermato che tali Autorità nascono proprio come soggetti deputati a una complessiva funzione di mediazione o, in una prospettiva parzialmente diversa, sono arbitri chiamati a far rispettare le regole di un gioco che sono altri a giocare [29].

L'attività regolatoria complessivamente considerata e la specifica attività di soluzione alternativa dei conflitti presentano una profonda radice in comune sono manifestazioni concrete di una medesima logica giuridica e contribuiscono a delineare un nuovo tipo di diritto riferibile ad un'autorità *ad hoc* qualificata dalla sua spiccata indipendenza, contrassegnato da flessibilità e partecipazione da parte degli interessati, in settori specifici che richiedono rapidità di cambiamento.

In primo luogo, anche l'attività di risoluzione dei conflitti in via alternativa, come più in generale l'attività di regolazione, trova la propria base di legittimazione nel principio di tecnocrazia, in quanto demandata a soggetti indipendenti che siano esperti in determinati settori. I rimedi alternativi rappresentano un esempio di quel "*professional government*" che costituisce un tratto tipico dei sistemi ad "efficienza burocratica" [30].

---

26 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Il Mulino, Bologna, 1983, p. 23.

27 In questo senso S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., pp. 57-59, citando il caso risolto a favore dell'Aeegsi dal Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 23 aprile 2007, n. 1948, a seguito dei Chiarimenti per l'applicazione della delibera 281/05, recante le "*condizioni per l'erogazione del servizio di connessione alle reti elettriche con tensione nominale superiore ad 1 KV i cui gestori hanno obbligo di connessione a terzi*".

28 Su questo tema controverso cfr. L. PISCITELLI-A. MARRA, *Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle autorità di regolazione*, in questo numero della presente *Rivista*.

29 Così, rispettivamente, F. BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*, 1995, p. 201 ss., spec. p. 203, e L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 55 ss., 65; cfr. altresì G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 14 ss., spec. nt. 17.

30 Proprio il tema dell'efficienza riveste sempre più rilevanza anche in sede giudiziale, dal

In secondo luogo, anche i rimedi alternativi hanno un rapporto di sofferenza con la legge: essi sono tradizionalmente disciplinati solo in maniera sommaria dal legislatore, proprio perché l'informalità e la flessibilità ne costituiscono tratti qualificanti. Questo elemento aiuta a capire meglio perché sia del tutto parziale una prospettiva che faccia coincidere con la mera deflazione del contenzioso e con istanze efficientistiche i motivi alla base dell'impiego degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, dal momento che è proprio il particolare tipo di tutela differenziata offerta, né rigida, né predeterminata, a rendere ragione del ricorso alle ADR.

Solitamente nel caso di risoluzione non giurisdizionale della controversie il diritto "*si limita a disegnare i confini esterni del campo da gioco, ma non dà gli strumenti per vincere la partita*", la quale consiste nel mettere d'accordo le parti. La tutela offerta dai rimedi alternativi non mira a dividere e definire, ma tenta di "rammendare" avendo riguardo all'intera situazione complessiva nella quale s'inserisce l'episodio isolato che ha dato origine al conflitto [31].

A tal proposito la dottrina che più ha approfondito questa specifica tematica preferisce contrapporre una mediazione facilitativa, basata sugli interessi, a una mediazione aggiudicativa, basata sui diritti. Nella mediazione facilitativa il mediatore non porta l'attenzione sulla fondatezza delle relative pretese, allo scopo di valutare chi abbia ragione e chi abbia torto, quanto piuttosto indaga in ordine alle ragioni che hanno condotto a un conflitto, ai risultati che le parti intendono raggiungere avanzando le rispettive pretese e, infine, alle possibilità di risolvere il conflitto con un assetto, anche innovativo, che le soddisfi entrambe. Di contro nella mediazione aggiudicativa il mediatore valuta la fondatezza delle rispettive pretese e sottopone alle parti un'ipotesi d'accordo inteso a risolvere una singola controversia puntuale [32].

La dottrina in esame sostiene che si debba applicare la tecnica della mediazione facilitativa unicamente nell'ipotesi in cui l'atto che individua le concrete regole di condotta sia imputabile agli stessi soggetti che sono i destinatari degli effetti del medesimo atto (strumenti autonomi), mentre alla tecnica della mediazione aggiudicativa si ricorre nel caso in cui le concrete regole di condotta sono determinate da un soggetto diverso dai destinatari degli effetti dell'atto (strumenti eteronomi) [33].

---

momento che attualmente la giurisdizione viene concepita come risorsa pubblica scarsa della quale va garantito un impiego economico e la previsione di metodi alternativi di soluzione delle controversie è uno tra i possibili strumenti intesi ad assicurare un utilizzo parsimonioso della giurisdizione, come dimostrano le recenti riforme del processo civile. Per questa linea di tendenza cfr., di recente, il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha istituito un sistema di mediazione obbligatoria per un'ampia serie di controversie civili e commerciali (su cui comunque cfr. la pronuncia di illegittimità costituzionale di Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, per eccesso di delega); il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, che ha reintrodotto la mediazione obbligatoria per quasi tutte le materia previste nell'originario decreto legislativo e ha potenziato la mediazione "ordinata" dal giudice in corso di causa; il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di "degiurisdizionalizzazione", che ha previsto nuovi meccanismi di risoluzione delle controversie e irrobustito quelli già esistenti. Sul fatto che i meccanismi di risoluzione dei conflitti esercitino un'attrattiva proprio in quanto contrassegnati da rapidità, autorevolezza e indipendenza cfr. A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *www.irpa.eu.,* ma, ancor prima, sempre del medesimo Autore, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese-C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 107 ss.

31 Su questa logica cfr. M. Cappelletti, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 49 ss.; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. V, cit., p. 28 ss.

32 F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. V, cit., p. 27 ss.

33 F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. V, cit., pp. 13 ss., 236 ss.

In realtà, si ritiene invece che proprio nelle ADR applicate ai settori regolati, in cui le concrete regole di condotta sono determinate da un soggetto diverso dai destinatari degli effetti dell'atto, la mediazione facilitativa trovi il suo terreno più congeniale. Se infatti è vero in via generale che negli strumenti eteronomi la determinazione del terzo ha necessariamente luogo sulla base di una ricognizione della realtà sostanziale preesistente, secondo una valutazione di chi ha ragione e di chi ha torto, perché l'unico piano accessibile al terzo è quello della fondatezza giuridica delle rispettive pretese delle parti, tuttavia nei settori regolati le contrapposte pretese non si collocano in una situazione di fatto che vede un incontro puntuale fra parti, le quali non si erano mai viste prima e che presumibilmente non si vedranno mai più in seguito, ma tra le parti esistono relazioni di durata che si estendono o possono estendersi nel futuro, cosicché è più facile individuare bisogni e interessi di contenuto compatibile, da soddisfare eventualmente anche mediante soluzioni innovative [34].

3. La concentrazione tra regolazione ed *enforcement*

Nei settori regolati vi è un flusso indistinto tra il piano del diritto sostanziale e il piano della tutela, o, in altri termini, tra regolazione e risoluzione delle controversie. Questo rilievo vale soprattutto per le controversie intercorrenti tra operatori economici, perché in esse si manifesta in maniera particolarmente intensa, anche se non esclusiva, l'intreccio tra interesse alla risoluzione del conflitto e interesse regolatorio.

La disciplina normativa nel settore delle comunicazioni elettroniche è emblematica a tal riguardo. Il legislatore europeo prima e quello nazionale poi prevedono espressamente che l'Autorità di regolazione debba preseguire gli obiettivi generali della regolazione anche nell'esercizio dell'attività di risoluzione delle controversie. Particolarmente precisa sul punto già la direttiva n. 97/33/CE in materia di accesso e interconnessione alle reti di comunicazione elettroniche che, all'art. 9, comma 5, stabiliva che la decisione dell'Autorità di risoluzione di una controversia "*costituisce un giusto equilibrio tra i legittimi interessi di entrambe le parti*", dovendo però al contempo "*tenere conto degli interessi degli utenti; obblighi o vincoli imposti alle parti dalla regolamentazione; interesse a promuovere offerte di mercato innovative e ad offrire agli utenti una vasta gamma di servizi di telecomunicazione a livello nazionale e comunitario; disponibilità di alternative valide, dal punto di vista tecnico ed economico, all'interconnessione richiesta; interesse a garantire disposizioni in materia di parità di accesso; necessità di conservare l'integrità della rete pubblica di telecomunicazione e l'interoperabilità dei servizi; tipo di richiesta rispetto alle risorse disponibili per soddisfarla; posizioni relative di mercato delle parti; interesse pubblico (ad esempio, protezione dell'ambiente); promozione della concorrenza; necessità di mantenere un servizio universale*".

Anche l'attuale testo dell'art. 23 del Cce (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259) espressamente attribuisce all'Agcom il potere di perseguire, attraverso l'attività di risoluzione delle controversie tra operatori [35], gli obiettivi della regolazione

34 Sull'esistenza di rapporti di durata come condizione per l'intervento degli strumenti alternativi cfr. R. Caponi, *La mediazione civile un anno dopo: questioni vecchie e nuove*, in *Foro it.*, 2011, c. 195 ss., spec. c. 198.

35 Nella specie si tratta di controversie aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal codice

enunciati all'art. 13 del codice, tra cui la promozione della concorrenza nella fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica (comma 4) anche a vantaggio dei consumatori (comma 6 *bis*, lett. c) [36].

Si riecheggia così il carattere già illustrato della mediazione facilitativa in cui vengono analizzate le ragioni che hanno portato a un conflitto, i risultati che le parti si prefiggono avanzando le relative pretese e, soprattutto, gli spazi per risolvere il conflitto in questione con un assetto, eventualmente innovativo, idoneo a soddisfarle entrambe; in questo contesto l'Autorità di regolazione può anche essere chiamata a sostituirsi alle parti impossibilitate a raggiungere un accordo soddisfacente [37].

Se in ambito squisitamente civilistico gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie hanno una forte connotazione di tutela soggettiva in quanto tendono a risolvere conflitti di tipo bilaterale, mentre presentano un risvolto di tutela oggettiva, inteso come obiettivo di tutela ordinamentale, solo nella misura in cui servono come strumenti di deflazione del contenzioso, diverso è il discorso nel caso dei rimedi alternativi nei settori regolati. In tali settori domina la presenza di relazioni complesse intercorrenti tra i soggetti regolati, nonché tra soggetti regolati e regolatore, in un viluppo difficilmente districabile, per cui ogni singolo conflitto è in grado di generare ripercussioni al di là del singolo episodio di vita.

Il fatto che l'Autorità sia legittimata a realizzare gli obiettivi dell'attività di regolazione anche attraverso lo strumento della risoluzione delle controversie tra operatori comporta due rilevanti conseguenze, in termini di effetti soggettivi ed effetti oggettivi della decisione che pone fine al conflitto.

In via generale i provvedimenti di definizione della controversia producono effetti non nei confronti della pluralità di operatori, bensì limitati alle sole parti e con riguardo alla specifiche circostanze del caso concreto. Tuttavia tali provvedimenti, in quanto intervengono in un settore che, come si è visto, può essere descrittivamente definito come ordinamento sezionale, sono "*in grado di produrre effetti sul mercato, in termini di esempio o moral suasion, orientando*

---

stesso fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti sempre dal codice.

36 Cfr. altresì l'attuale testo dell'art. 42, comma 5, del Cce, ai sensi del quale, "*ove giustificato, l'Autorità può, di propria iniziativa, intervenire in materia di accesso e interconnessione di cui ai commi 1 e 2 al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi previsti all'art. 13, sulla base delle disposizioni del presente Capo e secondo le procedure di cui agli artt. 11, 12, 23 e 24*". La commistione tra funzione giudicante e funzione regolatoria (nella specie, funzione di vigilanza) emerge altresì dalla possibilità di instaurare un procedimento sanzionatorio in pendenza di una controversia davanti all'Autorità e addirittura di sospendere il procedimento di risoluzione, con il rischio, però, di un impiego strumentale del contenzioso. Più precisamente, "*nel caso in cui dall'atto introduttivo della (presente) procedura contenziosa, ovvero nel corso del relativo procedimento, emergano fatti circostanziati, non manifestamente infondati, concretanti violazioni della normativa di settore*" il responsabile del procedimento ed il Direttore, per quanto di rispettiva competenza, curano gli adempimenti prescritti e quando l'accertamento di tali violazioni è necessario per decidere la controversia, la Commissione, su proposta del Direttore, può disporre la sospensione, in tutto o in parte, del procedimento contenzioso fino alla definizione del procedimento sanzionatorio (art. 3, comma 3, del regolamento Agcom per la risoluzione delle controversie tra operatori).

37 Si pensi ad esempio alla del. Agcom, del. n. 111/11/CIR, Definizione della controversia fra Fastweb S.p.a. e Telecom Italia S.p.a. ai sensi del regolamento di cui alla delibera n. 352/08/cons, in tema di condizioni economiche per la fornitura del servizio di raccolta delle chiamate originate da rete mobile di Telecom Italia e dirette verso numerazioni non geografiche (nng) con addebito all'utente chiamato attestate sulla rete di Fastweb.

le negoziazioni su fattispecie analoghe quanto agli aspetti tecnico-economici e giuridici" [38].

Gli atti di risoluzione delle controversie hanno sì come ambito soggettivo di applicazione le sole parti coinvolte nella controversia, ma parimenti sono idonei a costituire un elemento di orientamento per il mercato, prevenendo l'insorgere di altre controversie sulla medesima materia. Infatti, decisioni di tipo puntuale possono tradursi in vere e proprie raccomandazioni per l'intero sistema, assumendo in tali casi una funzione di tipo regolatorio attraverso l'esercizio della cd. *regulation by litigation.* Nella prassi poi l'Autorità, a seguito della definizione di controversie relative a particolari problematiche, o anche in riferimento a criticità emerse nei procedimenti controversiali, ha proceduto all'avvio di attività di tipo regolamentare, che hanno esteso le previsioni della decisione controversiale a tutto il mercato, o all'istituzione di cd. tavoli tecnici sulle materie che erano state oggetto della controversia [39].

È stato detto che le decisioni delle Autorità sono percepite dai soggetti regolati non come mera risoluzione di conflitti, bensì come interpretazione autorevole della disciplina regolatoria che trascende una singola controversia, con la conseguenza di recare in sé una forza addirittura superiore a quella della cosa giudicata formale, in quanto idonea a soddisfare il forte bisogno di certezza degli operatori economici [40]. Non si dimentichi comunque che le decisioni delle Autorità sono presidiate da strumenti intesi a garantirne l'osservanza: come precisa, ad esempio, l'art. 7, comma 1, del. 188/2012/E/com dell'Aeegsi per la trattazione dei reclami presentati da un operatore contro un gestore, la decisione di accoglimento del reclamo della relativa Autorità contiene un termine entro il quale il gestore è tenuto ad adeguarsi e la mancata ottemperanza alla decisione costituisce una violazione sanzionabile.

La prospettiva di lungo termine propria delle ADR demandate alle Autorità di regolazione è riscontrabile anche in ordinamenti diversi dal nostro. A tal riguardo interessante l'esperienza maturata nel settore idrico del Regno Unito, in cui l'Autorità di regolazione *Ofwat* ha utilizzato il proprio potere di risoluzione delle controversie con l'obiettivo anche di creare precedenti intesi a migliorare il settore, nonché di inviare segnali forti alle società fornitrici circa la necessità di rispetto dei loro obblighi e la recente legge di riforma del settore idrico, il *Water Act* del 2014, ha riconosciuto all'Autorità di regolazione un ampio potere di selezionare le controversie da decidere al fine di concentrare le proprie risorse sui cd. *strategic cases,* demandando le restanti ad organi di conciliazione paritetica [41].

In secondo luogo, la soddisfazione anche di finalità propriamente regolatorie da parte dell'Autorità in sede di risoluzione delle controversie non significa

---

38 In questo senso Agcom, del. n. 111/11/CIR, cit.; del. n. 63/14/CIR, Definizione della controversia Fastweb S.p.A./Telecom Italia S.p.A. in materia di condizioni economiche per la fornitura del servizio di raccolta del traffico originato da rete mobile di Telecom Italia e diretto a numerazioni non geografiche di Fastweb. La nuova tariffa come determinata dalla delibera n. 111/11/CIR è stata ritenuta legittima dal Tar Lazio, Roma, Sez. I, 21 giugno 2013, n. 6259 e dal Cons. St., Sez. III, 9 aprile 2014, n. 1699.

39 Si pensi, ad esempio, nel settore delle comunicazioni elettroniche al caso della gestione del ripensamento nelle procedure di migrazione delle utenza su rete fissa.

40 S. LUCATTINI, *Modelli*, cit., pp. 36-37.

41 *Reform of the water market – the Water Act 2014*, in *www.gov.uk*; sul punto l'interessante *Indagine conoscitiva in merito alle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti e gestori del servizio idrico integrato*, chiusa dall'Aeegsi con del. 97/2015/idr.

che i rimedi alternativi non siano in grado di offrire al richiedente una tutela adeguata. Vero è: che il soggetto regolato che attiva un rimedio alternativo assume un ruolo di "collaboratore indiretto e involontario" all'esercizio dell'attività regolatoria; che la controversia è l'occasione per esercitare i poteri di controllo sul rispetto da parte dei soggetti regolati degli obblighi regolatori; e che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti in conflitto diviene un tramite per tutelare gli interessi generali istituzionalmente propri dell'Autorità medesima [42].

Nondimeno si è ben lungi dal riecheggiare i primordi della tutela dell'interesse legittimo, quando l'interesse privato era ridotto a un mero accidente dell'interesse pubblico ed era tutelato solo in occasione o per tramite della protezione dell'interesse pubblico, tant'è che si parlava di interessi occasionalmente protetti o di interessi indirettamente protetti, come pure di principio di legalità e di tutela giurisdizionale intesi in senso oggettivo [43].

Non solo molto è cambiato rispetto al passato in ordine alla nozione d'interesse legittimo e in particolare sull'elemento della situazione d'interesse legittimo costituito dagli strumenti di tutela accordati dall'ordinamento, al punto che la concezione sopra esposta può dirsi definitivamente superata [44].

Ma soprattutto la situazione giuridica vantata dal soggetto regolato è e rimane espressione di libera iniziativa economica, sia pure condizionata [45].

Ed è proprio tale situazione giuridico soggettiva, in quanto *sui generis* sul piano del diritto sostanziale, a reclamare una tutela parimenti *sui generis*, quale quella in esame. Come sopra osservato con riguardo ai ricorsi amministrativi non impugnatori, se i diritti appartengono a soggetti che operano nell'ambito di un sistema settoriale cui è preposta un'autorità amministrativa, le controversie in materia possono essere portate o davanti al giudice ordinario, oppure anche davanti all'autorità amministrativa che si trova in posizione di terzietà. In quest'ultima evenienza il soggetto che adisce l'Autorità non solo soddisfa la sua pretesa a vedere risolta la sua controversia in termini rapidi e semplificati, ma trova un'ulteriore utile occasione per dialogare con il potere regolatorio, contraddistinto da un carattere perenne.

È altrettanto indubbio, comunque, che al fine di evitare il rischio di una sorta di pan-amministrativizzazione degli interessi privati l'agire regolatorio dell'Autorità deve sempre essere mantenuto entro limiti ben precisi, non essendo consentito alla medesima di imporre in sede di risoluzione delle controversie misure, obblighi o prescrizioni assolutamente non contemplati dalla regolazione *ex ante*, potendo tutt'al più meglio precisare quelli preesistenti [46].

In questa successione di attività regolatoria-attività di risoluzione delle controversie-nuova attività regolatoria è altresì interessante sottolineare, sia pure

---

42 In tema ci si permette di rinviare a M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 482 ss.

43 Per una ricostruzione storica del fenomeno cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 115 ss.

44 Cfr., per tutti, ancora M. NIGRO, *op. cit.*, p. 120 ss.

45 Sul punto si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2014, IV ed., p. 67 ss.

46 Sull'illegittimità di introdurre in esito a un reclamo una regolazione innovativa retroattiva della singola fattispecie concreta cfr., da ultimo, Tar Lombardia, 3 marzo 2015, n. 618. In tema cfr. B. TONOLETTI, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *Aida*, 2013, p. 335 ss., spec. p. 346 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in questa *Rivista*, n. 2/2014, pp. 47 ss., 61 ss.

incidentalmente, il ruolo che il giudice amministrativo tende a ritagliarsi in materia: di fronte all'eccezione di inammissibilità per carenza d'interesse di un ricorso volto a impugnare una delibera dell'Agcom risolutiva di una controversia in tema di condizioni economiche di chiamate telefoniche, in quanto l'eventuale accoglimento del ricorso avrebbe causato addirittura un danno alla società ricorrente [47], il giudice amministrativo ha precisato che la sentenza d'annullamento vincola la successiva attività dell'amministrazione di riesercizio del potere perché il giudice, quando accerta l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, stabilisce qual è il corretto modo d'esercizio del potere e fissa la regola cui l'amministrazione si deve attenere nella sua futura attività; di conseguenza, l'accoglimento del ricorso comporta l'annullamento della decisione di risoluzione delle controversie al quale, in base all'effetto conformativo della sentenza nei confronti dell'amministrazione, dovrebbe seguire l'attività dell'Autorità di regolazione di rinnovazione del procedimento per la ridefinizione del prezzo, "*utilizzando un modello economico depurato dai profili di irragionevolezza ed illogicità*" eventualmente verificati sussistenti dal giudice [48]. Sempre il giudice amministrativo, affermando di far applicazione di un "*approccio sistematico*", ha ritenuto che la propria giurisdizione si estenda "*in via naturale*" al contenuto del provvedimento che "*sostanzia*" l'attività di regolazione dei conflitti tra gli interessi del gestore dell'infrastruttura (nella specie, ferroviaria) e gli interessi delle imprese di trasporto che usufruiscono dell'infrastruttura medesima anche se la controversia riguardi una materia strettamente tariffaria, dal momento che i rapporti tra gestore dell'infrastruttura e imprese sono sì disciplinati da contratti di diritto privato, ma sono altresì "*conformati dalla fonte normativa eteronoma*" [49].

Tornando ai rimedi alternativi demandati all'Autorità, esso vengono ad assolvere due distinte funzioni, tra loro intrecciate: da un lato, sono sicuramente volti alla composizione di una controversia puntuale, dall'altro, sono parte integrante della funzione di regolazione, in quanto contribuiscono a tracciare il quadro regolatorio e a rendere concreta l'attività di vigilanza, in una logica per cui tutti gli eterogenei poteri affidati al soggetto regolatore sono contraddistinti da neutralità e terzietà rispetto ad ogni interesse in gioco [50].

Pertanto, i rimedi alternativi svolgono una funzione più ampia della sola

---

47 Si fa qui riferimento al caso già menzionato alla nt. 38, di impugnazione della delibera dell'Agcom di definizione della controversia in tema di condizioni economiche delle chiamate originate da rete mobile di Telecom Italia e dirette verso numerazioni non geografiche con addebito all'utente chiamato attestato sulla rete Fastweb. L'eccezione della difesa erariale si fondava sul fatto che, ove il ricorso fosse stato accolto, il prezzo per il servizio di raccolta delle chiamate in questione sarebbe stato destinato a diventare più alto rispetto a quanto previsto dalla delibera impugnata, dovendo trovare applicazione le più elevate tariffe applicate da Telecom Italia anteriormente alla definizione della controversia davanti all'Autorità.

48 Così la già citata sentenza del Tar Lazio, Sez. I, n. 6259/2013, richiamando Cons. St., Sez. III, 13 luglio 2011, n. 4231, e riconsiderando il ruolo giudiziale alla luce delle elaborazioni giurisprudenziali registrate nel contiguo settore del diritto antitrust (ad es. Cons. St., Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856; Cons. St., Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837).

49 In questo senso, respingendo la censura di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, Cons. St., Sez. IV, 22 febbraio 2013, n. 1107, in tema di canone dovuto a R.F.I. dalle imprese ferroviarie, fondando la sua decisione sul fatto che i criteri di determinazione delle componenti del canone per l'uso dell'infrastruttura ferroviaria sono contenuti in provvedimenti amministrativi emanati in un contesto normativo in cui sia la fonte legislativa comunitaria, sia la fonte legislativa statale lasciano al riguardo ampia discrezionalità all'amministrazione a ciò competente.

50 Con riferimento a questa logica cfr. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, cit., p. 55 ss.

eliminazione di un singolo pregiudizio individuale subito, reagendo contro eventuali danni per l'intero settore, a tutela dell'interesse della collettività. Ciò in ragione della concentrazione tra regolazione ed *enforcement*, che costituisce una costante della disciplina delle Autorità di regolazione, riscontrabile, tra i tanti esempi che possono essere addotti, anche in tema di repressione delle pratiche commerciali scorrette [51].

4. Mancata investitura di entrambe le parti in conflitto e soluzione consensuale della controversia

Quanto finora osservato impone di considerare in maniera più approfondita l'ulteriore tratto qualificante delle procedure di ADR dato dalla loro consensualità. Infatti la tradizionale mancanza di coercizione dei rimedi alternativi reclama una soluzione del conflitto condivisa dai soggetti interessati. Tuttavia è stato detto che i rimedi alternativi nei settori regolati difettano del presupposto convenzionale, dal momento che la normativa non richiederebbe un'apposita investitura di entrambe le parti in conflitto [52].

In realtà il panorama è variegato e la disciplina sul punto è differente a seconda del settore regolato, del carattere nazionale o transnazionale della controversia, nonché dei soggetti coinvolti nel conflitto. È logico che nelle controversie tra operatore e utente sia soprattutto quest'ultimo a nutrire interesse ad attivare i rimedi alternativi, in quanto strumenti rapidi e non onerosi per risolvere controversie spesso di tipo seriale, tant'è che nel settore delle comunicazioni elettroniche l'Autorità ha il potere di disporre la riunione di più procedimenti pendenti dinanzi a sé aventi ad oggetto controversie omogenee (art. 10, del. Agcom n. 173/07/CONS). Così, sempre nel settore delle comunicazioni elettroniche, il procedimento s'apre su istanza dell'utente e l'operatore, una volta proposta la domanda, ha l'onere di comunicare al Co.re.com., cui è affidato il tentativo obbligatorio di conciliazione, la propria volontà di partecipare alla procedura conciliativa entro un determinato termine, decorso il quale, in mancanza di tale comunicazione, o in caso di dichiarazione esplicita di

51 L'individuazione dell'autorità competente per l'applicazione in via primaria delle norme sulle pratiche commerciali scorrette risulta problematica anche (e forse a maggior ragione) dopo l'emanazione del nuovo art. 27, comma 1*bis* del codice del consumo, ai sensi del quale nei settori regolati "*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*". Come ha precisato M. CLARICH, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Autorità garante delle concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione settoriale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, ESI, Napoli, 2011, vol. III, pp. 1963 ss., 1980-1981, se si attribuisce la competenza in materia all'Agcm s'intende "*favorire un'interpretazione uniforme delle norme in questione senza distinzioni tra categorie d'imprese o settori d'attività"*, mentre l'assegnazione della competenza a un'autorità specializzata porta a *"calibrare l'applicazione delle norme sulle caratteristiche peculiari del settore*". In tema cfr. altresì L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 953 ss.; M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette,* in www.*federalismi.it*.

52 M.A. ZAMPANO, *Dall'arbitrato alla soluzione amministrativa della controversia, nel percorso delineato dalle delibere dell'AEEG*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2012, p. 475 ss.

non voler partecipare all'udienza di conciliazione, viene redatto un verbale con il quale si dà atto dell'esito negativo del tentativo di conciliazione, trasmettendolo tempestivamente alla parte istante (art. 8, comma 3, del. Agcom n. 173/07/CONS) [53]. Se poi il tentativo di conciliazione ha esito negativo, l'utente ha la facoltà di chiedere all'Agcom di decidere la controversia anche se manca il consenso dell'operatore (art. 14, comma 1, del. Agcom n. 173/07/CONS) [54].

Sempre rimanendo nell'ambito delle comunicazioni elettroniche e passando alle controversie tra operatori il quadro cambia: per le controversie transnazionali è consentito adire le competenti autorità nazionali di regolazione solo con il consenso di tutte le parti interessate (art. 24, comma 2, del Cce), mentre non è necessario l'accordo delle parti nel caso di controversie nazionali tra imprese, potendo l'intervento dell'Autorità essere attivato anche contro la volontà dell'altra parte (art. 23, comma 1, del Cce e art. 3, comma 1, del. 352/08/CONS). La mancanza di razionalità del sistema è destinata ad accrescere in futuro, dal momento che in sede di consultazione pubblica per la modifica dell'attuale regolamento Agcom per la risoluzione delle controversie tra imprese è stato suggerito dall'Autorità stessa di estendere l'ambito soggettivo di applicazione del regolamento per includervi anche le controversie insorte tra un operatore di comunicazioni elettroniche e un soggetto titolare di infrastrutture di posa (ad esempio, un concessionario di infrastrutture stradali, oppure un ente locale), ma con la precisazione che i soggetti interessati possano attivare tale strumento di tutela solo su base volontaria e quindi solo se entrambe le parti in lite decidano di investire la stessa per tentare una conciliazione [55].

Nel settore energetico la disciplina normativa è di difficile ricostruzione in quanto maggiormente stratificata. Mentre l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 79/1999, si limitava a stabilire che "*l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è competente ... anche per le controversie in materia di accesso alle reti di interconnessione e di contratti d'importazione ed esportazione*" e l'art. 35 del d.lgs. n. 164/2000, altrettanto laconicamente disponeva che "*l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è l'autorità competente per risolvere in sede amministrativa le controversie, anche transfrontaliere, relative all'accesso al sistema del gas naturale*", solo l'espressa previsione legislativa di una delega all'Autorità per disciplinare procedure di risoluzione delle controversie, insorte fra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentata da fonti rinnovabili, con decisioni vincolanti fra le parti, adottate dall'Autorità stessa, ha consentito di chiarire alcuni

53 Ma è previsto altresì che sia l'istante a volere rinunciare all'esperimento del tentativo di conciliazione e in tal caso dovrà darne comunicazione al Co.re.com al più presto, e comunque con almeno cinque giorni di anticipo rispetto alla data fissata per l'udienza (art. 8, comma 3*bis*, del. Agcom n. 173/07/CONS). Si ricordi poi che, in alternativa alla procedura conciliativa dinanzi al Co.re.com, "*gli interessati*" hanno la facoltà di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi alle camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio, previa stipula di apposito protocollo di intesa tra Unioncamere e l'Autorità e "*allo stesso fine*" "*l'utente*" ha altresì la facoltà di rivolgersi agli organismi istituiti con accordi tra gli operatori ed associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino nel rispetto dei principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione n. 2001/310/CE (art. 13, commi 1 e 2).

54 È fatta salva comunque la facoltà di adire il giudice ordinario, profilo oggetto d'analisi *infra*, al paragrafo successivo.

55 Allegato B alla del. n. 256/14/Cons, *Documento di consultazione. Modifiche e integrazione al regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di cui alla del. n. 352/08/CONS.*

punti nevralgici della tematica (art. 14, comma 2, lett. f-*ter*, d.lgs. n. 387/2003, di attuazione dell'art. 23 della direttiva 2003/54/CE). Così l'art. 3 del. n. ARG/elt 123/08 dell'Autorità ha precisato che l'attivazione della procedura di risoluzione della controversia spetti al produttore e analoga impostazione è riscontrabile nella successiva, più generale, disciplina che ha assorbito la precedente. Attualmente nel caso di controversie contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione, per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale, nonché, appunto, nel caso di controversie fra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentata da fonti rinnovabili, il gestore della rete non può impedire la decisione dell'Autorità, che sia stata richiesta dal produttore (art. 3 della del. n. 188/2012/E/com, che disciplina la materia fino all'attuazione delle direttive di cui all'art. 44, comma 3, d.lgs. n. 93/2011) [56].

Dal momento che le controversie in materia d'accesso alle reti elettriche e al sistema del gas naturale hanno alla base un rapporto di diritto sostanziale profondamente squilibrato, trovandosi il gestore in una particolare posizione di forza, è difficile pensare che possa sorgere un accordo iniziale tra le parti per sottoporsi a una decisione in contraddittorio davanti a un soggetto terzo [57].

Emerge dunque che sia nel caso di controversie tra gestori e produttori sia nel caso di controversie tra imprese e utenti l'attivazione dei rimedi alternativi in via amministrativa non richieda un previo consenso delle parti, essendo previsto che una sola delle parti possa sottomettere l'altra alla procedura amministrativa [58].

Di conseguenza la consensualità insita nei rimedi alternativi deve essere declinata in maniera diversa, come collaborazione in vista di una soluzione condivisa. Si pensi, ad esempio, alla disciplina per la trattazione dei reclami contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione, che valorizza le istanze di bilateralità, ma anche di rapidità, insite nel modello delle ADR, introducendo una modalità semplificata di risoluzione delle controversie, per cui, se la problematica oggetto del reclamo risulti di evidente soluzione o possa essere risolta sulla base di precedenti affini o di orientamenti consolidati dell'Autorità, è trasmessa alle parti dalla Direzione competente dell'Autorità, previa informativa del collegio, una proposta di risoluzione della controversia; se le parti, entro 20 giorni dal ricevimento di predetta proposta, si adeguano o dichiarano che si adegueranno alla decisione nel più breve tempo possibile, è disposta l'archiviazione del

---

56 Anche in questa ipotesi è fatta salva la facoltà di adire il giudice ordinario, come si avrà modo di precisare *infra*, par. successivo.

57 Ciò spiega perché l'Aeegsi abbia revocato la sua del. n. 127/2003, recante regolamento per lo svolgimento delle procedure arbitrali, sostituendola con la del. 42/2005; infatti l'Autorità ha preferito limitarsi ad agevolare l'accesso alla procedura arbitrale per le controversie relative ai servizi di trasmissione elettrica e di trasporto del gas, perché la regolazione in via negoziale avviene solo quando non vi siano grossi squilibri tra le parti; in questo senso M.A. ZUMPANO, *Dall'arbitrato alla soluzione amministrativa delle controversia, nel percorso delineato dalle delibere dell'AEEG,* cit., p. 475 ss.

58 Diverso il discorso per quanto riguarda gli strumenti grazie ai quali l'utente risolve una controversia direttamente con l'operatore tramite reclamo, dal momento che tali strumenti, per loro natura e per il loro funzionamento, richiedono necessariamente una base volontaria (spesso fondata su precedenti Protocolli d'intesa). I rimedi alternativi qui considerati si collocano invece a valle di questo primo contatto con l'operatore avvenuto mediante reclamo.

reclamo (art. 3, comma 6, del. 188/2012/E/com). In questa maniera, si addiviene a una soluzione consensuale che ha maggiori probabilità di essere attuata dalle parti e si elimina alla radice il pericolo di contenzioso sulle decisioni di risoluzione delle controversie pronunciate dall'Autorità [59].

5. Rapporti tra tutele alternative e tutela giurisdizionale

Chiarire il rapporto tra rimedi di soluzione delle controversie affidati al regolatore e tutela giurisdizionale è essenziale non solo in termini di certezza del diritto e di economia dei mezzi giuridici, ma anche allo scopo di comprendere l'effettiva funzione assolta dagli strumenti alternativi e in particolare se essa sia alternativa oppure complementare a quella fornita dal giudice.

I settori regolati si caratterizzano per molteplici binari di tutela e gli inevitabili meccanismi di coordinamento tra le forme differenziate di protezione non rispondono affatto a un disegno unitario. Non solo ognuno dei settori regolati riceve una disciplina normativa diversa in termini di tutela, nonostante le tipologie di conflitti in essi configurabili siano sostanzialmente simili, involgendo sempre, da un lato, operatori e utenti, e, dall'altro, operatori tra loro.

Ma soprattutto il rapporto tra procedure di conciliazione e procedure giurisdizionali non è disciplinato in maniera uniforme, perché talvolta i meccanismi di risoluzione alternativa precludono alle parti la possibilità di adire l'Autorità giudiziaria (che è, logicamente, quella ordinaria), mentre altre volte le parti sono libere di scegliere indifferentemente la strada amministrativa oppure quella giurisdizionale, altre volte ancora sussiste una sorta di tutela a tappe, alcune delle quali mai possono essere omesse. In aggiunta, con riferimento ad alcune ipotesi la disciplina, frequentemente modificata nel corso del tempo, è completa e analitica, in altre invece del tutto lacunosa, in altre ancora addirittura carente [60].

Fin da subito l'impostazione fatta propria dalla legge quadro delle Autorità di regolazione è stata di configurare, ma nelle sole controversie coinvolgenti gli utenti, la previa proposizione di un particolare rimedio alternativo, ossia del tentativo di conciliazione, come un onere da osservare necessariamente per potere adire in un secondo tempo le vie giurisdizionali.

È una regola che il legislatore ha ritenuto nevralgica nei rapporti tra tutele se si pensa che la legge quadro delle Autorità di regolazione è stata per il resto oltremodo laconica in ordine alla disciplina dei rimedi alternativi, avendo demandato a un regolamento governativo, tra l'altro mai emanato, la configurazione dei suoi aspetti fondamentali [61]. Così, in tutti i settori di pubblica utilità viene stabilito con riferimento alle controversie tra utenti ed esercenti il servi-

---

59 In tema cfr. AEEGSI, *Relazione annuale 2013*, pp. 171-172. Ma si pensi anche alla prassi seguita dalla maggior parte degli esercenti aderenti alle conciliazioni nel settore energetico di sospendere, nel corso della procedura, le azioni di recupero dei crediti vantati nei confronti degli utenti. Questo atteggiamento collaborativo consente lo sviluppo di una *best practice* nell'ambito delle attività di autoregolamentazione degli esercenti a vantaggio dei clienti finali (sempre AEEGSI, *Relazione annuale 2013*, p. 156).

60 Si pensi, da ultimo, alla (mancanza di) disciplina nel settore dei trasporti, ove è finora intervenuto il sintetico art. 37, comma 3, lett. h), d.l. n. 201/2011, istitutivo della relativa Autorità di regolazione, ai sensi del quale l'Autorità stessa "*favorisce l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti*".

61 Cfr. su questo specifico punto, *supra*, par. 1.

zio che fino alla scadenza del termine fissato per la proposizione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri siano sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale e che il ricorso ugualmente proposto sia da considerare improcedibile (art. 2, comma 24, lett. b), legge n. 481/1995) [62].

Essenzialmente due sono gli scopi della disposizione normativa: evitare che una controversia sia affrontata in più sedi giustiziali in senso lato e incentivare il ricorso a uno strumentario appetibile per l'utente in termini economici e temporali. Ma nel momento in cui sorge la necessità di disciplinare più nel dettaglio le relazioni tra gli strumenti di tutela il settore delle comunicazioni elettroniche e quello dell'energia elettrica e del gas si diversificano tra loro e la normativa si complica.

a) Nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche il legislatore ha inizialmente esteso il principio della giurisdizione condizionata a tutte le controversie, anche a quelle tra le sole imprese. Sempre e in ogni caso il ricorso in sede giurisdizionale non avrebbe potuto proporsi fino a che non fosse stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine i termini per agire in sede giurisdizionale erano sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione (art. 1, comma 11, legge n. 249/1997; e, con specifico riferimento alla risoluzione di controversie tra organismi di telecomunicazioni, art. 7 della del. n. 148/01/CONS dell'Agcom).

In questo contesto normativo non risultava chiaro se l'impedimento giuridico frapposto all'esercizio della pretesa in sede giudiziaria in mancanza del previo tentativo di conciliazione, ovvero in pendenza del termine fissato per la durata della fase conciliativa, fosse da qualificare in termini di improponibilità o di improcedibilità o di inammissibilità della domanda [63].

Ma nel corso del tempo la disciplina ha subito un'evoluzione, più accentuata con riferimento alle controversie tra operatori. In queste ultime, da un lato, è stata superata l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, dall'altro, è stata valorizzata la priorità della sede giurisdizionale. Sullo sfondo di questa evoluzione vi è una posizione critica nei confronti dei rimedi alternativi se e in quanto obbligatori, ossia l'idea che la configurazione della previa proposizione di un rimedio alternativo come onere da osservare per adire le vie giurisdizionali sia più d'intralcio che di sollievo per la protezione giuridica dei soggetti regolati, anche se esso comunque rimane nell'esperienza pratica un buon veicolo per la veloce soluzione delle liti.

Nelle controversie tra operatori a seguito del superamento dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione ciascuna parte è libera di adire *immediatamente* il giudice, anziché l'Autorità di regolazione. Non solo. Ciascuna parte è libera di adire *in ogni momento* il giudice, anziché l'Autorità di regolazione.

Attualmente, in conformità a quanto disposto dall'art. 20, comma 5, della di-

---

62 Sul rapporto nei settori regolati tra tutela arbitrale e tutela giurisdizionale, tema che qui non viene affrontato, in quanto si ritiene l'arbitrato vera e propria giustizia privata e non rimedio alternativo di risoluzione delle controversie nel senso qui declinato, cfr. P. CHIRULLI, *Commento all'art. 2, co. 24, legge n. 481/95*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, p. 383 ss., spec. p. 392 ss.; G. NAPOLITANO, *Commento all'art. 2, co. 24, della legge n. 481/95*, *ivi*, 1998, p. 397 ss., spec. p. 400 ss.

63 Come pure non era chiaro se la corrispondente eccezione potesse essere fatta valere senza limiti di tempo nel corso del processo, ovvero fosse soggetta a preclusioni e/o decadenze. In tema cfr. M. LIBERTINI-G. SCOGNAMIGLIO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie fra "organismi di telecomunicazioni",* in *Dir. inform. e inf.*, 2002, p. 699 ss.

rettiva 2002/21/CE, l'art. 23, comma 5, del Cce dispone che la procedura davanti all'Autorità non preclude alle parti la possibilità di adire un organo giurisdizionale, rendendo così facoltativo ed esperibile in qualsiasi fase del procedimento il tentativo di conciliazione, analiticamente disciplinato dall'art. 9 del nuovo regolamento Agcom n. 352/2008. Più nello specifico l'art. 3, commi 3 e 4, del regolamento stabilisce che il deferimento della soluzione della controversia all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria. Se poi una delle parti propone azione dinanzi all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, la domanda proposta all'Agcom diviene improcedibile.

Dunque non è previsto un parallelismo perfetto tra tutela davanti all'Autorità di regolazione e tutela davanti al giudice ordinario: se nel caso di procedimento originariamente instaurato davanti all'Autorità non è precluso sulla medesima materia l'intervento del giudice, che provoca l'archiviazione della domanda inizialmente proposta all'Autorità, nell'ipotesi di procedimento originariamente incardinato davanti al giudice ordinario l'Autorità non ha mai titolo alcuno per intervenire. La regola della declinatoria, per cui la parte chiamata davanti all'Autorità può rifiutare la futura decisione di quest'ultima deferendo la controversia al giudice, ha sottostante l'idea della naturale e perdurante primazia della tutela giurisdizionale, anche in ragione del fatto che l'atto con cui si conclude il procedimento giurisdizionale è definitivo e copre il maggior danno, mentre l'atto dell'Autorità di regolazione rimane sempre impugnabile davanti al giudice amministrativo e non è suscettibile di esecuzione forzata diretta [64].

Ma è indubbio il rischio che la trasposizione in sede giurisdizionale della controversia originariamente incardinata davanti all'Autorità si presti a pratiche strumentali e dilatorie delle controversie. Ciò è oltretutto aggravato dal fatto che la disciplina tace su un punto nevralgico, ossia sul termine entro il quale la parte resistente possa chiedere d'adire le vie giurisdizionali, mentre sarebbe opportuna, per escludere effetti dilatori, la fissazione dell'onere per la parte resistente di rifiutare il contraddittorio in ragione del ricorso davanti al giudice entro il termine per la costituzione innanzi l'Autorità.

L'attuale disciplina lascia aperte anche altre questioni, non tutte facilmente risolvibili. Anzitutto la normativa tace sull'eventuale preclusione, nel caso di proposizione di un'azione davanti all'Autorità giudiziaria, del diritto degli altri operatori di devolvere anche all'Autorità la risoluzione della medesima controversia, ma la regola concreta pare ricavabile dal contesto generale, alla luce del principio del *ne bis in idem*. Infatti l'espressa previsione dell'improcedibilità della domanda all'Agcom nell'ipotesi in cui una delle parti abbia rimesso all'autorità giudiziaria la cognizione della controversia è attuazione concreta del principio generale del *ne bis in idem*.

Nel modello fatto proprio dall'attuale disciplina il rimedio offerto dall'Autorità è propriamente alternativo a quello giurisdizionale: entrambi i procedimenti sono attivati su istanza di parte, hanno il medesimo oggetto e sono posti in essere per la tutela delle medesime situazioni giuridiche soggettive a carattere di-

64 Analoga è la dialettica tra rimedi giurisdizionali e rimedi davanti all'Autorità di regolazione che si è venuta a creare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, ai sensi degli artt. 7, comma 7 e 12, comma 4 del regolamento sempre adottato dall'Agcom con del. 680/13/Cons. In tema, se si vuole, cfr. M. RAMAJOLI, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *Aida*, 2014, p. 88 ss., spec. p. 106 ss.

sponibile. L'esigenza che si intende soddisfare attraverso la previsione di meccanismi di garanzia ulteriori a quelli classici processuali è di fornire una tutela più semplificata, più tempestiva e quindi più efficiente, stante l'inadeguatezza sotto il profilo temporale dei rimedi giurisdizionali, rispondendo così in pieno alla sopra evidenziata logica delle ADR.

Tuttavia l'applicazione del principio del *ne bis in idem* sottende anche l'idea che il procedimento davanti all'Autorità e il procedimento giurisdizionale perseguano parimenti la medesima finalità e cioè la diretta tutela di diritti privati individuali. È evidente però che questo elemento mal si concilia con la sopra evidenziata tendenza del legislatore ad assegnare al procedimento davanti all'Autorità un'esplicita, specifica e spiccata funzione di regolazione.

Tant'è che la proposta di modifica dell'attuale regolamento n. 352/08 per la risoluzione delle controversie tra operatori stabilisce che qualora sia la parte convenuta a rivolgersi al giudice ordinario non si debba archiviare in ogni caso il procedimento. "*Atteso che l'ambito di intervento dell'Autorità è prettamente di carattere regolamentare*", l'Autorità stessa dovrebbe comunque riservarsi la possibilità di concludere il procedimento instaurato pronunciandosi con un atto interpretativo generale sui temi di propria competenza; ciò dovrebbe avvenire, in particolare, qualora la questione sia di particolare importanza e la sua definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi regolatori [65].

Ad oggi permane però ancora una tipologia di controversie in cui il legislatore continua a privilegiare la (o, meglio, una particolare) procedura stragiudiziale rispetto ai procedimenti giurisdizionali. Infatti, a differenza delle controversie tra operatori, nelle controversie tra operatori e utenti resta ancora ferma l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, con la conseguenza di rendere improcedibili le eventuali azioni giurisdizionali proposte.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della regola, più volte la Cassazione è intervenuta a chiarire i confini delle controversie tra utenti e operatori, come tali sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione, e ha precisato che esse non sono solo quelle concernenti l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di utenza telefonica, ma anche quelle nelle quali si controverta sull'esistenza stessa di tale contratto. Si è ritenuto che l'adozione di una diversa tesi interpretativa comporterebbe complicazioni processuali non indifferenti, poco rispettose dell'art. 111 Cost., in ordine al principio del giusto processo e della ragionevole durata del medesimo: dapprima il giudice ordinario dovrebbe pronunciarsi sulla sussistenza o meno del contratto e solo nel caso di pronuncia positiva e cioè di accertamento di tale sussistenza, l'attore dovrebbe promuovere dapprima il preventivo tentativo di conciliazione dinanzi al Co.re.com competente per territorio e successivamente l'eventuale azione ordinaria (senza limiti quanto all'oggetto) innanzi al giudice civile [66].

---

65 Allegato B alla del. n. 256/14/Cons, *Documento di consultazione. Modifiche e integrazione al regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di cui alla del. n. 352/08/CONS,* p. 9.

66 In questo senso Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2008, n. 24334, ma cfr. altresì Cass. civ., Sez. III, 8 aprile 2010, n. 8362, secondo cui il tentativo obbligatorio di conciliazione trova applicazione anche nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto il risarcimento del danno derivante dall'attivazione di un servizio non richiesto dall'utente, in quanto, trattandosi di applicare un diverso regime tariffario rispetto a quello originariamente concordato, occorre verificare la corretta applicazione di un patto aggiuntivo nell'ambito di un contratto di utenza telefonica già stipulato in precedenza. Invece la disciplina in questione non si applica quando l'attore non abbia stipulato alcun contratto di utenza telefonica e quando si controverta di situazioni soggettive derivanti da rapporti che nulla hanno a che vedere con quello di utenza telefonica; così Cass.

Se quindi nel caso di controversie in tema di accesso e interconnessione i rimedi alternativi si applicano solo relativamente a questioni che, almeno in via indiretta, riguardino prescrizioni regolatorie [67], invece nel caso di rapporti d'utenza i rimedi sono attivabili ogniqualvolta venga in rilievo una controversia inerente al contratto [68].

Il primo punto qualificante il modello di tutela nelle controversie che coinvolgono gli utenti sta nell'opzione fatta propria dall'ordinamento di concepire i diversi meccanismi di risoluzione delle controversie come facenti parte di una struttura piramidale o, se si preferisce, come un insieme di tutele crescenti. Quest'insieme tuttavia non è affatto tracciato con chiarezza, ma si ricava mediante una faticosa e macchinosa lettura dei vari frammenti di normativa sparsi in varie fonti di diverso grado. È evidente che questo aspetto è altamente problematico, se si considera che specie nelle *small claims* la previsione di rimedi differenziati di tutela reclama un quadro lineare, semplice e agevolmente conoscibile cui fare riferimento.

Vi è un primo livello di rimedi, rapidi, informali e scarsamente giuridicizzati, che è affidato alle singole imprese [69].

Tali rimedi rischiano però di soffrire di un *deficit* di effettività, dal momento che non sempre gli utenti sono adeguatamente informati in merito all'esistenza di tali procedure.

Le forme differenziate di tutela si dipanano attraverso le seguenti tappe: qualora un utente non riesca attraverso un reclamo a risolvere direttamente un problema insorto nel rapporto con il fornitore di servizi, l'utente e l'operatore, coaudiuvati da una parte terza (i Co.re.com., su delega di funzioni dell'Autorità, ma anche altri organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie, quali le Camere di commercio) sono tenuti a un tentativo di soluzione bonaria alla loro controversia, da concludere entro un termine brevissimo (trenta giorni decorrenti dalla data di proposizione dell'istanza). Infine, dopo la scadenza di tale termine varie sono le strade che è dato percorrere e, di conseguenza, differenziate sono le forme di tutela. Le parti possono proporre ricorso giurisdizionale anche se la relativa procedura non sia stata conclusa purché il relativo termine di conclusione sia spirato. Oppure, se il tentativo di conciliazione ha avuto esito negativo, oppure, nel caso di conciliazione parziale, per i punti ancora controversi, le parti congiuntamente ma anche il solo utente hanno la facoltà di chiedere all'Autorità e ai Co.re.com. da essa delegati la definizione

---

civ., Sez. II, 27 ottobre 2008, n. 25853, che ha cassato la sentenza di merito che aveva accolto l'eccezione preliminare di improponibilità in presenza di un'azione risarcitoria conseguente all'installazione di quattro pali telefonici su terreno di proprietà degli attori.

67 Nello specifico, ai sensi dell'art. 2 della delibera n. 352/08/CONS (Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori) sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell'Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione.

68 Sul punto cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione*, cit., p. 70; E.L. CAMILLI-M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 107 ss., 123, secondo cui vi è "*un collegamento solo indiretto tra il servizio prestato e gli ulteriori interessi pubblici perseguiti dall'Autorità*".

69 È questa una forma di tutela risalente nel tempo, a far data almeno dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994, contenente Principi sull'erogazione dei servizi pubblici; sul punto cfr. S. BATTINI, *La carta dei servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 707 ss.

della controversia [70]. Tuttavia il deferimento della soluzione della controversia all'Autorità non può essere promosso ove siano decorsi più di tre mesi dalla data di conclusione del primo tentativo di conciliazione, ovvero qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria (artt. 3 e 14 del regolamento adottato con delibera 19 aprile 2007, n. 173/07/CONS) [71].

Si è sopra sottolineato il fatto che il carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione rischia talvolta di essere percepito come mero adempimento formale che allunga ulteriormente i tempi della definizione delle controversia. Ma nel caso di controversie che coinvolgono l'utente è l'effettività della tutela che sarebbe vanificata se l'utente stesso non disponesse di forme di tutela differenziate, che costringono la controparte forte a confrontarsi in una sede meno formale del processo, in tempi rapidi e senza costi eccessivi [72], in armonia con la linea evolutiva del nostro ordinamento verso una generalizzazione della conciliazione preprocessuale obbligatoria, per lo meno in ambito civilistico.

Tuttavia, in ogni caso, la centralità del diritto d'azione di cui all'art. 24 Cost. impedisce di introdurre una disciplina eccessivamente rigida sul punto. A tal proposito va sottolineato come la regola della obbligatorietà del tentativo di conciliazione nella controversie tra utenti sia passata indenne davanti alla Corte costituzionale, nonostante le plurime censure di violazione degli artt. 3, 24, 25 e 102 Cost., nonché dell'art. 6 della Cedu sollevate dai giudici remittenti, che in particolare lamentavano la limitazione del diritto d'azione, la costrizione a un esperimento "dilatorio" e "defatigante" e l'irragionevole disparità di trattamento tra gli utenti degli organismi di telecomunicazione e gli utenti di servizi diversi, legittimati ad adire direttamente e immediatamente l'autorità giudiziaria [73].

La Corte ha avuto modo di precisare che la denunciata disparità di trattamento nei confronti degli utenti dei servizi di telecomunicazione muove dall'erroneo presupposto interpretativo secondo cui la prescrizione del tentativo obbligatorio di conciliazione costituirebbe un aggravio per l'utente, quando in realtà tale strumento è finalizzato ad assicurare "*l'interesse generale al soddi-*

---

70 Ma, fallito il tentativo di conciliazione, se la definizione della controversia è delegata al Co.re.com., è "*ciascuna delle parti*" e quindi anche l'operatore, a disporre della facoltà "*chiedere di definire la controversia*" (art. 22 del reg. 173/07/Cons.). Come osserva F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, cit., pp. 228-229, in questo caso un soggetto non può sottrarsi alla scelta dell'altro di investire l'autorità amministrativa della decisione della controversia.

71 Ai sensi dell'art. 84 del Cce, l'Autorità adotta "*procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie tra i consumatori e le imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, relative alle disposizioni di cui al presente Capo ed inerenti alle condizioni contrattuali o all'esecuzione dei contratti riguardanti la fornitura di tali reti o servizi. Tali procedure consentono una equa e tempestiva risoluzione delle controversie prevedendo, nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di indennizzo, fermo restando la tutela giurisdizionale dei contraenti prevista dalla vigente normativa*". In dottrina cfr. M. CLARICH, *La tutela degli utenti tra rimedi amministrativi e giurisdizionali*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 221 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo*, cit., p. 215 ss.

72 Del resto, ancor prima che la controversia venga formalizzata, ciascuna Autorità di regolazione ha il potere di ordinare al soggetto esercente il servizio "*la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo ... l'obbligo di corrispondere un indennizzo*" (art. 2, comma 20, lett. d), legge n. 481/1995).

73 Cfr. Corte cost. (ord.), 24 marzo 2006, n. 125; (ord.), 6 luglio 2006, n. 268; 30 novembre 2007, n. 403; (ord.), 18 febbraio 2009, n. 51; ma cfr., altresì, sempre sulla giurisdizione condizionata, 13 luglio 2000, n. 276.

sfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo", garantendo un più "*elevato livello di protezione dei consumatori e promuove(ndo) la fiducia dei consumatori*" [74].

L'art. 24 Cost. non comporta infatti l'assoluta immediatezza dell'esperimento del diritto d'azione e ciò consente al legislatore di imporre oneri finalizzati a salvaguardare "interessi generali", con la conseguente dilazione. Nel caso in esame la composizione preventiva della lite assicura un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguibile mediante un processo e quindi una tutela differenziata maggiormente appropriata alla situazione soggettiva di cui si domanda protezione e, al tempo stesso, evita un sovraccarico dell'apparato giudiziario con riferimento alle controversie bagatellari.

In particolare la previsione della cd. giurisdizione condizionata, cioè della giurisdizione il cui esercizio è condizionato alla previa proposizione da parte dell'attore (o del ricorrente) di un rimedio amministrativo, non è contraria a Costituzione fino a che essa non renda eccessivamente difficile l'accesso alla tutela giurisdizionale e non conduca a un sostanziale svuotamento della medesima. Quando l'introduzione di una procedura di tentativo obbligatorio di conciliazione costituisce una condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali, occorre sempre esaminare in concreto se ciò sia compatibile con una "*tutela giurisdizionale effettiva*" [75].

Di conseguenza la giurisprudenza ha ritenuto che non sia necessario esperire preventivamente il tentativo di conciliazione ai fini della proposizione della domanda cautelare davanti al giudice ordinario. Si è ritenuto infatti che il tempo necessario per l'esperimento del tentativo potrebbe compromettere definitivamente esigenze cautelari che debbono essere soddisfatte immediatamente, pregiudicando in radice la stessa possibilità di adire l'autorità giurisdizionale anche in un secondo momento al fine di ottenere un provvedimento utile [76].

Anche se parimenti l'Autorità è titolare di un potere cautelare, per cui contestualmente alla proposizione dell'istanza per l'esperimento del tentativo di conciliazione o per la definizione della controversia, o nel corso delle relative procedure, l'utente può chiedere ai Co.re.com. delegati oppure all'Autorità l'adozione di provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità nell'erogazione del servizio o a far cessare forme d'abuso o di scorretto funzionamento da parte dell'operatore di telecomunicazioni sino al termine della procedura conciliativa o di definizione (art. 2, comma 2, lett. e), legge n. 481/1995), tuttavia i provvedimenti amministrativi temporanei diretti a garantire l'erogazione del servizio sono privi di quell'esecutività e coercibilità necessarie per rispondere con immediatezza ed effettività alle esigenze di natura cautelare [77].

---

74 Corte cost., sent. n. 403/2007; ord. n. 51/2009.

75 Corte di Giustizia, 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, Telecom Italia S.p.A.

76 Trib. Arezzo, 30 agosto 2012, in *www.dejure.it*; Trib. Bari, 18 novembre 2010, in *Giur. merito,* 2011, p. 1557 ss.; in passato parte della giurisprudenza di merito aveva ritenuto che il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione costituisse condizione di procedibilità anche dell'azione cautelare innanzi all'autorità giurisdizionale (cfr. Trib. Pescara, 25 ottobre 2006, in *www.dejure.it*). La Corte Costituzionale, tuttavia, con la già citata sentenza n. 403 del 2007, ha dichiarato non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 11, legge n. 249/1997, in riferimento all'art. 24, comma 1, Cost., nella parte in cui, stabilendo il tentativo obbligatorio di conciliazione, escluderebbe anche la possibilità di proporre ricorso in sede cautelare, determinando così una lesione del diritto di agire in giudizio.

77 Invece il provvedimento di definizione della controversia è un ordine dell'Autorità e

Ma soprattutto il diritto d'azione costituzionalmente garantito impone di non interpretare il tentativo obbligatorio di conciliazione come presupposto per agire in giudizio. In realtà l'originario regolamento dell'Agcom (del. n. 182/02/Cons) qualificava il tentativo in questione proprio come presupposto per agire in giudizio (art. 3, comma 1) e tuttavia la Cassazione aveva già chiarito che esso dovesse intendersi prescritto a pena di improcedibilità, alla luce di una interpretazione conforme al dettato costituzionale [78].

La questione ha poi trovato una definitiva soluzione con il nuovo regolamento n. 137/07/Cons, che, all'art. 3, prevede la improcedibilità della domanda in sede giurisdizionale fino a che non sia esperito il tentativo e pone un termine di definizione della procedura conciliativa di 30 giorni, decorsi i quali vi è piena possibilità di ricorso giurisdizionale. Di conseguenza, il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione rende l'azione proposta davanti al giudice non improponibile, con conseguente chiusura del processo con una pronuncia di rito, bensì soltanto improcedibile sino a quando non sia spirato il termine per darvi corso o non si sia preso atto del fallimento del tentativo medesimo. In questi casi, fatta comunque salva l'originaria introduzione dell'azione agli effetti sostanziali e processuali, il processo riprende con la rinnovazione del giudizio e, quindi, dell'attività processuale espletata, salvo per quanto le parti avessero consentito di non rinnovare. In altri termini il tentativo obbligatorio comporta unicamente la sospensione dell'azione giurisdizionale già iniziata e la nullità dell'attività processuale svolta, esclusa la domanda giudiziale agli effetti sostanziali e processuali.

Infine, per quanto riguarda i rapporti tra procedimento amministrativo di definizione della controversia davanti all'Autorità di regolazione e processo davanti al giudice ordinario vige la regola dell'alternatività tra rimedi: si è sopra sottolineato che il procedimento davanti all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria (art. 14, comma 2, del. 173/07/Cons).

Tuttavia la normativa tace sulla situazione, speculare alla prima, in cui venga proposta istanza davanti al giudice una volta che sia già stata adita l'Autorità. Si è già sottolineato che, invece, nel caso di controversie tra operatori l'Agcom, nell'esercizio del suo potere regolamentare, ha provveduto espressamente a disciplinare la relazione tra procedimento previamente instaurato davanti all'Agcom e successivo procedimento giurisdizionale, a tutto vantaggio di quest'ultimo. Colmare la lacuna relativa alle controversie con utenti è oltremodo opportuno, al fine di chiarire se, una volta che l'Agcom sia stata adita su richiesta di una sola delle parti, l'altra rimanga libera di agire a tutela dei suoi diritti davanti all'Autorità giudiziaria e, soprattutto, se la procedura innanzi all'Agcom debba essere archiviata in attuazione del principio del *ne bis in idem* oppure possa proseguire in quanto procedimento complementare e non propriamente alternativo [79].

Infine va ricordato che anche nel caso di controversie con gli utenti l'alternatività tra tutela giurisdizionale e rimedio extraprocessuale non è perfetta sot-

---

l'inottemperanza al medesimo costituisce un illecito per il quale è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa (art. 19, comma 3, del. 173/07/Cons), ma non può essere dotato della forza di titolo esecutivo, perché, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., possono essere considerati titoli esecutivi solo i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva.

78 Cass. civ., Sez. III, 27 giugno 2011, n. 14103.

79 Riferendosi alla precedente del. n. 182/02/Cons F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo*, cit., pp. 217-218, ritiene che la procedura innanzi all'Agcom debba essere dichiarata improcedibile.

to il profilo dei risultati ottenibili: le misure elargibili in sede di risoluzione della controversia ad opera dell'Autorità amministrativa non sono identiche a quelle che offre il giudice ordinario, precisando il relativo regolamento che l'Autorità di regolazione può condannare l'operatore a rimborsare le somme risultate non dovute oppure al pagamento degli indennizzi normativamente previsti, ma il maggior danno deve essere chiesto in sede giurisdizionale (art. 19, commi 4 e 5, del. 173/07/Cons.).

b) Per quanto riguarda il settore dell'energia elettrica e del gas, punto fermo della disciplina è segnato dalla legge quadro delle Autorità di regolazione che impone la realizzazione di un meccanismo obbligatorio di conciliazione per le sole controversie tra utenti ed esercenti il servizio, per cui fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile (art. 2, comma 24, lett. b) [80].

Ma al di là di questa regola è difficile tracciare confini tra i vari rimedi alternativi introdotti e individuare meccanismi di coordinamento tra i medesimi. Per lungo tempo la dinamica di relazioni tra diverse forme di tutela è stata demandata pressoché in via esclusiva all'Autorità di regolazione e da ultimo, in un contesto regolatorio molto complesso e molto stratificato [81], si è inserito l'art. 44 del d.lgs. n. 93/2011, che attua l'art. 37, par. 11, della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41, par. 11, della direttiva 2009/73/CE [82]. Esso provvede a disciplinare, da una parte, i reclami contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione, per quanto concerne gli obblighi imposti a tali gestori in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale (commi 1-2), dall'altro, i reclami e procedure di conciliazione dei clienti finali nei confronti dei venditori e distributori di gas naturale ed energia elettrica, ove ci si avvalga dell'Acquirente unico (comma 4).

In particolare, il primo tipo di controversie non riguarda né i clienti finali, né i *prosumers,* ossia i soggetti che sono al tempo stesso produttori e consumatori finali di energia elettrica [83], ma include anche le controversie insorte tra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, non concernenti obblighi imposti in attuazione a direttive comunitarie (cfr. art. 14, comma 2, lett. f-*ter*, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387).

Con riferimento alle controversie tra operatori e gestore il legislatore, dopo avere fissato tempi rapidi per la decisione (due mesi dalla recezione del re-

80 La già menzionata *Indagine conoscitiva in merito alle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti e gestori del servizio idrico integrato*, cit., pp. 34-35, suggerisce la realizzazione anche nel settore idrico di una procedura di conciliazione obbligatoria prima di un ricorso alla magistratura ordinaria.

81 Si ricordino almeno, in tema di accesso alle infrastrutture, l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 79/1999, per il settore elettrico; l'art. 35 del d.lgs. n. 164/2000, per il settore del gas; l'art. 14, comma 2, lett. f-*ter*, d.lgs. n. 387/2003, in materia di controversie tra produttori d'energia da fonti rinnovabili e gestori della rete.

82 Ma cfr. altresì l'art. 3, comma 13, direttiva 2009/72/CE e l'art. 3, comma. 9, direttiva 2009/73/CE, che impongono agli Stati membri di predisporre un meccanismo indipendente, come un mediatore dell'energia o un organismo dei consumatori, al fine di assicurare un trattamento efficiente dei reclami e della risoluzione stragiudiziale delle controversie dei clienti finali relative ai servizi di energia elettrica e di gas naturale.

83 I reclami presentati dai clienti finali e dai *prosumers* possono invece rientrare nell'ambito di applicazione soggettiva rispettivamente del TIQE (del. ARG/elt 198/11) e del TICA (del. ARG/elt 99/08).

clamo), ha demandato il potere di ulteriore specificazione della disciplina all'Autorità, che ha così adottato la del. 188/2012/E/com, più volte rimaneggiata e ampliata nel suo ambito oggettivo di applicazione [84] e che ha sostituito la precedente delibera ARG/elt n. 123/2008. Da questa disciplina emerge anzitutto che non è previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori quale condizione di procedibilità per la trattazione dei reclami [85], anche se non è escluso che l'istituto della conciliazione possa essere introdotto in fase di completa e definitiva attuazione del già citato art. 44, comma 3, d.lgs. n. 93/2011 [86].

In secondo luogo è disegnata una tutela graduata a tappe, dal momento che per poter adire l'Autorità di regolazione è dapprima necessario realizzare un tentativo di soluzione della controversia direttamente con l'esercente mediante la proposizione di un reclamo, oppure essersi rivolti al Servizio Conciliazione o ancora allo Sportello per il consumatore (art. 3, comma 1, del. 188/2012/E/com). Nell'eventualità in cui sussista il pericolo di danni gravi e irreparabili il reclamo può essere presentato contestualmente al gestore e all'Autorità, mentre se è stato già presentato ricorso davanti all'autorità giudiziaria il reclamo proposto all'Autorità di regolazione viene archiviato (art. 3, commi 5 e 9).

Per quanto riguarda le controversie dei consumatori, in attuazione delle già menzionate direttive comunitarie intese a rafforzare la tutela in particolare dei clienti vulnerabili, l'art. 44, comma 4, d.lgs. n. 93/2011, ha imposto all'Autorità di assicurare "*il trattamento efficace*" delle procedure di conciliazione dei clienti finali nei confronti dei venditori e dei distributori di gas naturale ed energia elettrica, "*avvalendosi dell'Acquirente unico*". Attualmente anche con riferimento a questo tipo di controversie gli strumenti di tutela sono differenziati e concepiti a più livelli: si va dai reclami dei clienti finali agli esercenti al Servizio Conciliazione clienti energia (del. 260/2012/E/com; del. 605/2014/E/com), dallo Sportello per il Consumatore (del. 323/2012/E/com; del. 548/2012/E/com; del. 162/2013/E/com), fino al procedimento di decisione del reclamo davanti all'Autorità [87]. In linea di massima, mentre lo Sportello, gestito in avvalimento dall'Acquirente Unico, fornisce indicazioni circa le modalità di risoluzione di una controversia i cui aspetti sono regolati, il Servizio Conciliazione, il quale s'avvale anch'esso dell'Acquirente Unico, è una procedura volontaria di risoluzione extragiudiziale delle controversie che si svolge integralmente *on line*, mediante incontri virtuali con un conciliatore terzo e imparziale, su qualsiasi contenzioso, relativo ad aspetti sia regolati sia non regolati (ad eccezione di aspetti fiscali o tributari), relativi alla fornitura. Presupposto per l'accesso a questi due strumenti di tutela è la presenza di un preventivo reclamo al venditore/distributore e tra essi, entrambi gratuiti, è prevista l'alternatività [88], al fine di evitare parallelismi e duplicazioni, anche se resta la facoltà del cliente, che già si è rivolto allo Sportello, di accedere ugualmente al Servizio Conci-

---

84 Da ultimo cfr. art. 29 della del. 46/2015/R/gas, ai sensi del quale le controversie insorte tra produttori e gestori di rete per le connessioni di impianti di biometano alle reti del gas naturale sono risolte con decisione vincolante dell'Autorità ai sensi della deliberazione 188/2012/E/com.

85 Evenienza invece contemplata in alcune norme del Codice di rete tipo per la distribuzione del gas naturale.

86 In questo senso del. 188/2012/E/com, in replica alle osservazioni pervenute in merito al documento di consultazione.

87 Senza poi dimenticare gli strumenti risultanti da accordi bilaterali tra le associazioni di consumatori e gli operatori di settore, quali le conciliazioni paritetiche.

88 Come pure rispetto ad altre procedure di risoluzione, quali le Conciliazioni paritetiche.

liazione nel caso di assenza di regolazione, o di zone grigie di disciplina, oppure nell'ipotesi di richiesta di danni (del. 93/2013/E/com); è parimenti prevista l'improcedibilità del reclamo già oggetto di procedimento giurisdizionale (del. 162/2013/E/com).

La molteplicità di forme di tutela è sicuramente una ricchezza, perché consente al soggetto di scegliere la procedura che meglio s'adatta alla controversia di cui è parte, all'insegna di quella "*appropriatezza*" della tutela insita nelle ADR. Tuttavia questa molteplicità porta con sé parimenti il rischio di incertezza e disorientamento in capo al soggetto debole, stante la mancanza di una razionalizzazione e di una semplificazione del mosaico di tutele, che impedisce a chi ne fruisce di avere la piena consapevolezza della loro diversa portata ed efficacia [89].

In questa logica è attualmente in discussione una riorganizzazione degli strumenti di assistenza disponibili ai clienti vulnerabili per la trattazione dei loro reclami e in particolare la scelta tra un modello che prevede un unico strumento, costituito da una serie di strumenti coordinati, e un modello ancora articolato su livelli plurimi, ma maggiormente integrati tra loro, nonché la scelta tra l'ipotesi di un approccio sequenziale alla trattazione dei reclami o l'ipotesi di un'alternatività fra procedure [90]. Ma forse non è a livello di disciplina regolamentare settoriale che è opportuno intervenire, come si cercherà di dimostrare in seguito.

6. La dialettica tra istanze di differenziazione ed esigenze di uniformità e la dialettica tra ruolo della regolazione e ruolo della legge

Nei settori regolati la soluzione alternativa delle controversie è affidata a una pluralità di strumenti eterogenei: i rimedi introdotti nei settori regolati sono tanti e molto diversi gli uni dagli altri, quanto a struttura, forma, finalità e grado di effettività. Si è più volte sottolineato che le ADR soddisfano un'istanza di differenziazione, dove l'alternatività è intesa come appropriatezza della tutela offerta. Si è anche cercato di dimostrare che la logica delle ADR ben si armonizza con la logica della regolazione, contribuendo entrambe a disegnare un nuovo tipo di diritto contrassegnato da elasticità e consensualità, inteso a disciplinare relazioni di durata che si estendono nel tempo. Nel caso dei rimedi alternativi nei settori regolati prevale una dialettica di tipo facilitativo in cui s'analizzano le ragioni del conflitto, i risultati che le parti si prefiggono nell'avanzare le relative pretese e, soprattutto, la possibilità di risolvere il conflitto con un assetto, eventualmente innovativo, idoneo a soddisfarle entrambe in una prospettiva di lungo periodo. I rimedi alternativi assolvono così una funzione non integralmente coincidente a quella propria dei rimedi giurisdizionali, dal momento che essa trascende il singolo caso di specie. Profili soggettivi e

89 Le scienze cognitive forniscono un prezioso ausilio con riferimento a queste problematiche, grazie alle nozioni di capacitazione e di *empowerment* cognitivo del consumatore, sulle quali si rinvia a F. Di Porto, *Protezione ed empowerment del consumatore: profili cognitivi della regolazione*, in *www.amministrazioneincammino.it.*

90 Aeegsi, *Linee guida per la razionalizzazione del sistema di tutele dei clienti finali per la trattazione dei reclami e la risoluzione extragiudiziale delle controversie tra clienti finali ed esercenti dei servizi regolati*, 7 agosto 2014.

oggettivi (intesi come ordinamentali) di tutela s'intersecano tra loro, in quanto i rimedi in questione offrono un peculiare tipo di *enforcement* della regolazione, la quale tramite l'emersione del conflitto meglio riesce a correggere i suoi errori ed a colmare le sue lacune.

Nondimeno si rischiano di perdere i vantaggi insiti nella varietà di meccanismi di risoluzione alternative delle controversie qualora le forme differenziate di tutela non siano organizzate secondo sistema. Come l'analisi ha tentato di chiarire, nei settori regolati accentuate sono la frammentarietà e la disomogenietà del quadro normativo di riferimento: ogni settore regolato, o, meglio, ogni singolo sottosettore regolato [91] è un mondo a sé, che obbedisce a (numerose e poco coordinate) regole peculiari di tutela e che rende difficoltosa l'emersione di eventuali costanti. A ciò si aggiunga che le modifiche in materia si susseguono a ritmo vorticoso e spesso restano in piedi tronconi di disciplina che s'innestano in contesti normativi mutati, in modo tale che le forme di tutela differenziata paiono quasi giustapposte e non inquadrabili all'interno di un disegno sistematico, creando un alto livello di confusione applicativa.

Da tempo si discute in ordine all'opportunità di predisporre una disciplina legislativa unitaria delle Autorità di regolazione, o, meglio, più in generale delle autorità indipendenti. Già durante la XIV legislatura l'allora Ministro per la funzione pubblica aveva prospettato l'elaborazione di un testo di riforma organico del sistema delle autorità amministrative indipendenti, sulla base delle risultanze dell'indagine conoscitiva svolta in precedenza dalla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati [92].

Successivamente – e paradossalmente – si è ritenuto di perseguire l'istanza di omogeneità delle Autorità non mediante la previsione di una legge generale, bensì attraverso diversi spezzoni di normative, ossia vari decreti d'urgenza introduttivi di volta in volta di specifiche disposizioni volte a uniformare segmenti di disciplina (art. 1, commi 65 e ss., legge 23 dicembre 2005, n. 266; art. 47-*quater* del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, come convertito nella legge 28 febbraio 2008, n. 31; art. 23 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, e soprattutto art. 22 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, significativamente rubricato Razionalizzazione delle autorità indipendenti) [93].

Fino ad oggi questa, sia pur limitata, tendenza all'uniformità ha riguardato solamente i profili relativi all'organizzazione e all'attività delle Autorità, mai invece quello giudiziale. Infatti vi è stato un solo isolato tentativo di uniformare anche la disciplina processuale delle Autorità di regolazione, in particolare sotto il profilo della competenza funzionale, prevedendo il comma 12 dell'art. 22 del d.l. n. 90/2012 l'abrogazione della norma del c.p.a. che devolve la compe-

---

91 Si pensi alle già in precedenza evocate procedure di ADR nel settore idrico, su cui l'Aeegsi ha avviato un'indagine conoscitiva, conclusasi con del. 97/2015/E/idr, a seguito dell'attribuzione alla medesima delle funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici ad opera dell'art. 21, commi 13 e 19, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214.

92 A tutt'oggi il più importante disegno di riforma organica delle Autorità è il disegno di legge A.S. 1366, recante Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi, presentato dal governo Prodi il 5 marzo 2007 nel corso della XV legislatura, sul quale cfr. G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *Le Autorità al tempo della crisi*, Il Mulino, Bologna, 2009, nonché M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in *www.aic*.

93 Non senza contraddittorietà; si pensi, ad esempio, al fatto che, mentre è intervenuto l'art. 47 *quater* del d.l. n. 248/2007 per uniformare la durata in carica dei membri di tutte le autorità (sette anni, senza possibilità di rinnovo), successivamente l'art. 5 del d.l. n. 101/2013 ha disposto che la durata dell'Autorità nazionale anticorruzione sia invece di sei anni.

tenza esclusiva delle controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico al Tar Lombardia, ma la disposizione è stata poi soppressa in sede di conversione in legge. Comunque, se l'intento di concentrare nel solo Tar Lazio l'intero contenzioso in materia di regolazione muove dall'esigenza di pervenire a indirizzi giurisprudenziali il più possibile uniformi già in sede di primo grado di giudizio, è stato giustamente notato che pure oggi si è in presenza di una giurisprudenza complessivamente omogenea e privilegiante logiche interne, in ragione del fatto che il contenzioso nei confronti dell'Aeegsi è trattato dal Tar Lombardia, Milano [94].

Manca invece una disciplina legislativa unitaria, neppure a livello di progetto, con riferimento a quegli aspetti che più necessiterebbero di uniformità e tra essi sicuramente rientrano quelli relativi alle forme differenziate di tutela non giurisdizionale. Sia per le controversie che coinvolgono unicamente operatori economici sia per le controversie tra imprese e utenti del servizio si dovrebbe costruire un vero e proprio sistema integrato e organico di tutele alternative, valevole per ogni settore regolato. Vi sono alcuni snodi nevralgici della disciplina dei rimedi alternativi che reclamano soluzioni uniformi, relative al grado di stabilità della decisione e agli strumenti intesi a garantirne l'ottemperanza, alle modalità per informare il singolo dei vari rimedi disponibili, ai meccanismi di coordinamento tra le diverse forme di tutela differenziate e alla relazione tra rimedio alternativo e tradizionale rimedio giurisdizionale [95].

Infatti anche in un ambito come quello regolatorio, contraddistinto da tecnicismo, elasticità e consensualità, la legge deve continuare ad assolvere un ruolo essenziale nel disegnare le forme differenziate di tutela, perché essa è fondamentale strumento di garanzia per i litiganti. Vero è che tratti qualificanti dei rimedi alternativi sono l'informalità e la flessibilità, ma questo rapporto di sofferenza con la legge non deve far dimenticare che la legge è e resta un fondamentale strumento di tutela per le parti. È la precostituzione di un minimo di regole procedurali da parte del legislatore ad assicurare generalità, uniformità, certezza e stabilità del quadro normativo, beni supremi laddove sorgano controversie da risolvere.

---

94 Sul carattere omogeneo e privilegiante logiche interne dalla giurisprudenza del Tar Lombardia cfr. A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 73 ss., 78.

95 Quello dell'ottemperanza alle decisioni che risolvono in via alternativa una controversia è un tema nevralgico, perché l'effettività della tutela passa attraverso meccanismi forti per garantire l'ottemperanza. Si pensi, ampliando l'orizzonte di riferimento, alle decisioni dell'organo di aggiudicazione del WTO, per cui se i Paesi membri della WTO sono condannati per non avere rispettato quanto previsto negli accordi istitutivi della WTO e a questi collegati, gli Stati vincitori della controversia ai sensi degli artt. 21 e 22 del *Dispute Settlement Understanding* hanno il potere, se autorizzati da un nuovo *Panel* appositamente interpellato, di applicare dazi e tariffe normalmente vietati nei confronti dello Stato soccombente. In tema cfr. S. CASSESE, *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009, p. 131.

Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle Autorità di regolazione

di Luigi Piscitelli e Alfredo Marra *

ABSTRACT

The paper aims to address a very significant problem in the practice of the Regulatory Authorities, namely the subjective limits of the res judicata by which the administrative judge quashes general acts. In the first part, after recalling the conceptual framework of the extension of the subjective effects of res judicata, the paper present an overview of case law about Tariff Acts of the Italian Authority for electricity gas and water services (Autorità per l'energia elettrica il gas e i servizi idrici) in order to highlight the characteristics of this specific category of regulating acts. The second part of the paper highlights the unresolved problematic issues, considering the appropriateness of rationalizing the appeals of this particular category of acts.

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali. – 3. Limiti soggettivi del giudicato di annullamento di atti generali dell'AEEGSI. – 3.1. Primo periodo regolatorio. Pluralità di decisioni giurisdizionali sull'atto generale e sorte degli appelli. – 3.2. Secondo periodo regolatorio. Facoltà per l'amministrazione di estendere l'effetto dell'annullamento giurisdizionale. – 3.3. Ancora sulla pluralità di decisioni giurisdizionali sull'atto generale e sulla sorte degli appelli. – 4. Sulla inscindibilità degli atti di regolazione. – 5. Successione e pluralità di impugnazioni del medesimo atto generale. – 6. Pluralità di decisioni di annullamento di un unico atto generale, appellabilità e sorte degli appelli. – 7. Alcuni rilievi conclusivi.

1. Posizione del problema

La delimitazione dell'ambito di efficacia soggettiva del giudicato di annullamento dei propri atti generali rappresenta un problema largamente presente nella prassi delle Autorità di regolazione. Ogni qual volta il giudice amministrativo annulli una delibera tariffaria o un atto generale con cui sono fissate le modalità operative nella gestione di un servizio, infatti, si pone per l'Autorità soccombente il problema di stabilire quale sia la portata del giudicato, non soltanto, com'è ovvio, nei confronti di coloro che lo hanno impugnato, ma anche, soprattutto, nei confronti di quanti, pur non avendo preso parte al giudizio, siano comunque destinatari dell'atto annullato [1].

---

* Il lavoro è frutto della riflessione congiunta dei due Autori; tuttavia, i paragrafi 1, 2, 3, 3.1, 3.2, 3.3 sono stati scritti da Alfredo Marra e i paragrafi 4, 5, 6, 7 da Luigi Piscitelli.

1 Per un esempio in cui è possibile apprezzare l'emersione di tale problematica dinanzi al giudice amministrativo si veda la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 ottobre 2012 n.

Malgrado si tratti di un fenomeno di frequente accadimento, avente rilevanti implicazioni di ordine teorico e pratico, il tema non è stato oggetto finora di specifiche riflessioni da parte della dottrina. Probabilmente la carenza di studi sull'argomento è dovuta all'implicita convinzione che il problema degli effetti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle Autorità di regolazione non presenti profili di specialità tali da giustificare una riflessione apposita. Ma, per quanto tale conclusione possa apparire a prima vista esatta, almeno con riferimento ai profili più squisitamente processuali del problema, vi sono comunque buone ragioni per occuparsi dell'argomento nella particolare prospettiva appena enunciata. Senza dimenticare, peraltro, che già sul piano generale le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza in ordine agli effetti soggettivi del giudicato di annullamento di atti normativi e generali non sono esenti da contraddizioni e perplessità [2].

L'interesse specifico per l'argomento risiede principalmente nella particolare natura degli atti generali di regolazione e, più in generale, nelle peculiarità del fenomeno regolatorio.

Al riguardo, com'è noto, vi è tra gli studiosi un vivace dibattito in ordine ai caratteri della regolazione e alla possibilità teorica di ricondurre i relativi poteri al paradigma classico del potere amministrativo discrezionale.

Secondo una parte della dottrina, infatti, la funzione regolativa sarebbe irriducibile all'archetipo del potere discrezionale poiché «*il suo tratto caratteristico* [è] *quello di conciliare principi e valori di sistema, in una prospettiva sempre più* market oriented, *con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati*» [3]. Per quanto l'esattezza di tale affermazione necessiterebbe di essere verificata mediante una puntuale analisi dei singoli poteri di regolazione delle

---

5469 pronunciata su un ricorso presentato dall'AEEGSI e volto ad ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza *ex* art. 112, comma 5, c.p.a. Tra i quesiti posti dall'Autorità ve ne era anche uno relativo all'ambito soggettivo del giudicato di annullamento di una delibera tariffaria. Il giudice ha ritenuto il quesito inammissibile ritenendo che «*nel caso di specie non viene sottoposto un quesito di interpretazione del giudicato (che è stato reso tra parti ben specifiche e che pertanto vale tra le parti), ma un quesito generale sulla estensione soggettiva degli effetti del giudicato, che esula dalla sua interpretazione, e attiene all'esercizio dei poteri amministrativi di estensione soggettiva degli effetti del giudicato*».

2 Ciò è dovuto anzitutto all'incertezza che avvolge la definizione di atto generale già nel diritto sostanziale. Sul punto si vedano, da ultimo, M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 53 ss. Per una critica degli orientamenti giurisprudenziali sul tema A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 912 ss.

3 Così G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 102. Ciò tuttavia non significa – secondo questa impostazione – che l'Autorità di regolazione non ponga in essere una ponderazione di interessi, ma solo che mancherebbe qui un interesse pubblico primario al quale ordinare gli altri interessi, pubblici e privati. Lo stesso Autore afferma, poco dopo (p.103), che «*l'esercizio della funzione è caratterizzato, ora, dalla ponderazione-conciliazione 'policentrica' tra interessi di sistema e privati (si pensi alle determinazioni tariffarie); ora, dal semplice bilanciamento tra interessi privati contrapposti (si pensi alla determinazione dei livelli qualitativi e delle condizioni contrattuali) …*». Impostazione analoga era già presente in S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole* 2002, p. 265 ss., in particolare pp. 267-268. Altra parte della dottrina, invece, propende per la soluzione opposta, ritenendo che i poteri di regolazione non possano che comprendere quell'ineliminabile elemento di ponderazione degli interessi pubblici e privati che è tipico della decisione amministrativa. Così, ad esempio, F. MERUSI-M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, p. 179, secondo i quali «*l'attività di regolazione o di aggiudicazione, quella tipica delle autorità indipendenti, investe sempre un potenziale conflitto tra un interesse pubblico (…) ed altri interessi pubblici (…) o privati (…), la cui soluzione o mediazione, in via regolamentare o decisoria, implica necessariamente quella ponderazione comparativa tra gli interessi coinvolti che è il connotato precipuo della discrezionalità amministrativa*».

diverse Autorità (al fine di stabilire se effettivamente, nell'esercizio di ciascuno di essi, le Autorità siano chiamate a compiere solo scelte di natura tecnica o anche scelte propriamente discrezionali [4], la tendenza a ritenere che gli atti generali di regolazione spesso risolvano un confronto tra interessi omogenei, secondo logiche in parte diverse da quelle proprie della discrezionalità, sembra effettivamente farsi strada [5]. Più in generale, sicuramente, è il rapporto tra legge e regolazione ad essere problematico [6]. La generalità e l'indeterminatezza degli indirizzi che le norme attributive dei poteri di regolazione assegnano alle Autorità, infatti, fanno sì che lo spazio di azione di cui queste dispongono nella definizione delle regole dei mercati sia particolarmente ampio. Di conseguenza, il ruolo del giudice nella conformazione dei poteri di *regulation* diventa fondamentale, anche per la definizione, speculare, del ruolo delle Autorità [7]. È la giurisprudenza, infatti, che, attraverso una continua opera di ricostruzione del significato delle norme, e procedendo per via di successivi aggiustamenti, stabilisce caratteri, intensità e limiti del potere regolatorio.

In questo contesto – e, più in generale, nel governo complessivo dei fenomeni economici – il delinearsi del ruolo del giudice non è indifferente alle regole che governano il processo [8].

Al contrario, le regole del processo, spesso di carattere speciale, concorrono in maniera decisiva a configurare la posizione del giudice quale arbitro di ultima istanza del corretto funzionamento dei mercati. Basti pensare, al riguardo, alle regole sulla giurisdizione, sulla competenza, sul rito.

È in questa cornice che si inscrive la riflessione che qui verrà condotta.

Quando il giudice amministrativo è chiamato a sindacare della legittimità degli atti generali di regolazione, infatti, il momento della tutela, con le sue specifiche regole processuali, acquista un significato particolare vuoi perché, a fronte di una pluralità di impugnazioni avverso il medesimo atto avente effetti inscindibili, il giudice è chiamato a pronunciarsi più volte sulla medesima vicenda, con conseguente rischio di asimmetrie tra decisioni che accolgono il ricorso e altre che confermano la legittimità dell'atto impugnato; vuoi anche

---

4 Un tentativo in questo senso è operato da E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 55-56, in relazione ai poteri regolatori con i quali sono fissati i criteri e gli obblighi finalizzati ad assicurare l'accesso alle infrastrutture del gas. Lo stesso Autore, peraltro, sembra prediligere l'idea che in linea generale i poteri di regolazione comprendano anche una componente di discrezionalità. Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 75 ss., in particolare p. 84 ss.; v. anche ID., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in questa *Rivista*, n. 1/2014, p. 81 ss. in particolare pp. 95-96.

5 In questi termini si esprime A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 73 ss.

6 Di «*rapporto ambiguo con la legge, quasi di sofferenza nei suoi riguardi*» parla M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale,* in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006, 265 ss., in particolare, p. 267.

7 Non a caso i rapporti tra Autorità indipendenti e giudici sono oggetto di costante attenzione da parte della dottrina poiché, com'è stato notato da A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, cit.: «*il momento della tutela contribuisce a definire il ruolo dell[e] Autorità, orientando il [loro] approccio nella regolazione del settore*».

8 Esempi in questo senso sono offerti da G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 677 ss. Sul rapporto tra giurisdizione ed economia si veda anche F. PATRONI GRIFFI, *La legge, l'economia, il giudice*, in *Rassegna Astrid*, n. 5/2015.

perché gli atti generali, per la stessa funzione cui assolvono, sono «intesi a dettare una disciplina in divenire, procedente per via di successivi assestamenti» [9], con la conseguenza che il loro annullamento provoca pericolosi vuoti normativi che possono determinare una grave instabilità del quadro regolatorio e delle sue modalità di applicazione [10].

In breve, affrontare un problema squisitamente processuale qual è quello oggetto del presente scritto significa anche occuparsi, sia pure indirettamente, delle condizioni per il buon funzionamento del mercato. La corretta applicazione delle regole processuali – tra le quali è da annoverare certamente anche quella relativa agli effetti soggettivi del giudicato – si riverbera, infatti, sul corretto funzionamento del sistema economico, essendo evidente che al tema degli effetti dell'annullamento giurisdizionale degli atti generali delle Autorità di regolazione sono sottese tanto le esigenze di parità di trattamento degli operatori economici destinatari degli atti delle Autorità quanto le esigenze di tutela degli utenti dei servizi di pubblica utilità [11].

2. Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali

È noto che al giudicato amministrativo si estende analogicamente la regola stabilita dall'art. 2909 c.c. per il giudicato civile, in base alla quale il giudicato ha effetti soltanto tra le parti del giudizio, i loro eredi o aventi causa [12]. Conseguentemente, di norma, i terzi estranei al giudizio come non sono pregiudicati dalle statuizioni della sentenza allo stesso modo non possono avvantaggiarsene.

La regola dell'efficacia *inter partes* del giudicato di annullamento soffre tuttavia – secondo la costante giurisprudenza, non solo amministrativa – di un'importante eccezione nel caso in cui l'annullamento colpisca talune «peculiari categorie di atti amministrativi, quali quelli aventi una pluralità di destinatari, contenuto inscindibile ed affetti da vizi di validità che ne inficino il contenuto in modo indivisibile per tutti i loro destinatari» [13]. Appartengono a tale categoria i regolamenti e, più in generale, gli atti normativi, nonché gli atti amministrativi generali e collettivi (contrapposti agli atti plurimi, cioè aventi una pluralità di destinatari, ma idealmente divisibili in una serie di autonomi provvedimenti ri-

---

9 M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., p. 97.

10 Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 139.

11 Spunti in questa prospettiva sono presenti in G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, cit. e in E. FERRARI, *Garanzia e regolazione dei mercati di fronte al sindacato dei giudici*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, cit., p. 345.

12 Si tratta di giurisprudenza consolidata le cui origini risalgono ai primi anni del secolo scorso. Per una disamina di questa giurisprudenza si v. P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano 1990, p. 260 ss. Recentemente sul tema v. anche M. FOSFORO, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giur. it.,* 2014, p. 666 ss.

13 Così Cass. civ., Sez. III, 11 febbraio 2009, n. 3364 che riprende Cass. civ., Sez. I, 13 marzo 1998, n. 2734, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 573. Per l'affermazione nella giurisprudenza amministrativa della regola generale e della relativa eccezione vedi, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2012, n. 2350. Con specifico riferimento agli effetti dell'annullamento di un atto generale di regolazione dell'AEEGSI v. anche Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153.

guardanti ciascun destinatario). In questi casi, dunque, stante la natura indivisibile degli effetti dell'atto annullato, la sentenza di annullamento non si limita a produrre effetti nei confronti delle sole parti del giudizio, ma deve estendersi necessariamente *ultra partes* o addirittura *erga omnes*, nel caso di atti normativi.

La *ratio* di tale consolidata impostazione giurisprudenziale risiede nel fatto che la decisione giurisdizionale di annullamento di un atto a contenuto generale inscindibile, ovvero a contenuto normativo, non potrebbe produrre effetti circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario che non può esistere per taluni e non esistere per altri. Pertanto, mentre nel caso di atti plurimi (divisibili) la sentenza di annullamento dispiega i propri effetti soltanto nei confronti del ricorrente vittorioso e l'amministrazione ha la facoltà (ma non l'obbligo) di estendere gli effetti del giudicato ai terzi estranei al giudizio per ragioni di parità di trattamento e compatibilmente con le proprie risorse economiche, dell'annullamento giurisdizionale di un atto collettivo (indivisibile) beneficia senz'altro anche il terzo.

Questa costruzione si fonda, in definitiva, sulla natura dell'atto oggetto di annullamento da parte del giudice e, più esattamente, sulla divisibilità o meno degli effetti dell'atto stesso in relazione ai suoi destinatari. Così, laddove l'atto sia volto a provvedere in modo unitario e indivisibile, pur se nei confronti di più soggetti, ma considerati come un gruppo unitario e inscindibile, l'annullamento scaturente dalla sentenza non potrebbe che prodursi necessariamente nei confronti di tutti.

Al riguardo, peraltro, è bene precisare che la stessa giurisprudenza amministrativa ammette l'efficacia *ultra partes* del giudicato di annullamento unicamente in relazione agli effetti eliminatori, mentre per quanto concerne gli effetti rinnovatorio e conformativo questi resterebbero comunque circoscritti alle sole le parti del giudizio [14]. Conseguentemente, e in coerenza con la nozione di cosa giudicata *ex* art. 2909 c.c., l'esecuzione di una sentenza passata in giudicato non può essere chiesta da chi non sia stato parte nel relativo giudizio di cognizione [15].

La tesi giurisprudenziale sopra sintetizzata è stata fatta oggetto di critica da parte della dottrina che ha correttamente ritenuto di dover distinguere tra effetti del giudicato, che fa stato solo nei confronti delle parti, ed effetti dell'annullamento dell'atto, che si producono anche nei confronti dei terzi, al pari di qualsiasi altro fatto di annullamento, senza tuttavia che ciò comporti alcun vincolo di accertamento con valore di giudicato.

In altre parole, altro sono i limiti soggettivi del giudicato, altro la delimitazione soggettiva degli effetti delle sentenze di annullamento.

Tale distinzione concettuale, mentre non contraddice il risultato pratico cui mira la giurisprudenza sopra richiamata in ordine all'estensione degli effetti dell'annullamento di un atto generale, rileva tuttavia al fine di precisare con maggiore esattezza in che termini il terzo possa risentire degli effetti – positivi o negativi che siano nei suoi confronti – della sentenza.

---

14 Cons. Stato, Sez. IV, 18 luglio 1990, n. 561; Id., 6 marzo 2000, n. 1142.

15 Solo in taluni isolati ed eccezionali casi, portando alle estreme conseguenze le premesse del ragionamento più sopra richiamato, la giurisprudenza amministrativa si è spinta fino al punto di ammettere che il giudizio di ottemperanza nei confronti di una sentenza di annullamento di un atto generale passata in giudicato potesse essere attivato anche da soggetti terzi rispetto al giudizio di merito. Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 1994, n. 276; Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7249; Id. 2 maggio 2012, n. 2489.

Cosi, ad esempio, mentre sembrerebbe scontato che quanti abbiano proposto ricorso autonomo contro un atto generale altrove annullato si vedranno dichiarare la cessazione della materia del contendere o la sopravvenuta carenza di interesse – senza tuttavia alcuna estensione ad essi del giudicato – i terzi che risentano negativamente dell'annullamento dell'atto non potranno sottrarsi agli effetti dell'annullamento, ma – poiché il giudicato non si estende loro – potranno, in un'eventuale successiva controversia, contestare pienamente che l'atto annullato fosse illegittimo [16].

3. Limiti soggettivi del giudicato di annullamento di atti generali dell'AEEGSI

Chiarito, sia pure sinteticamente, il quadro concettuale elaborato dalla giurisprudenza per risolvere il problema dell'estensione dell'efficacia soggettiva del giudicato di annullamento, occorre ora verificare se le soluzioni costruite dal giudice sul piano generale trovino applicazione anche ai casi di annullamento di atti generali delle Autorità di regolazione.

Si rende dunque opportuno a questo punto spostare il piano dell'analisi dal generale al particolare, esaminando il tema a partire dall'esposizione di alcuni casi concreti. Sarà possibile in tal modo cogliere dal di dentro delle fattispecie sottoposte all'attenzione del giudice il concreto atteggiarsi dei problemi relativi all'efficacia soggettiva del giudicato di annullamento. Com'è stato efficacemente sottolineato, infatti, «non è mai possibile (…) ridurre a semplice massima le concettualizzazioni presenti nell'elaborazione giurisprudenziale, perché la visuale del giudice è sempre condizionata dalle esigenze pratiche di disciplina poste nel caso concreto» [17].

Se si guarda, dunque, alla casistica giurisprudenziale qualche esempio interessante può essere offerto dal contenzioso relativo agli atti generali con i quali l'Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e i Servizi idrici definisce i criteri per la determinazione delle tariffe del gas e ai relativi provvedimenti applicativi. Ovviamente ciò non significa che il problema non si ponga, o non si possa porre in futuro, anche con riferimento alla prassi di altre Autorità di regolazione e così pure in riferimento ad altre tipologie di atti generali. Più semplicemente, la casistica in materia di annullamento di atti espressione di potestà tariffaria dell'AEEGSI che qui si prenderà in esame sembra poter costituire un terreno di prova idoneo ad offrire, pur con i dovuti adattamenti, utili indicazioni anche per altri settori regolati. La potestà tariffaria, infatti, rappresenta in questi casi un elemento qualificante della regolazione, in quanto la tariffa, dovendo rispondere ai criteri generali sanciti dall'art. 1 della legge n. 481/1995, rappresenta in certo senso il punto di equilibrio e di sintesi di tutti gli interessi in gioco riconducibili ai diversi soggetti coinvolti [18].

---

16 Queste considerazioni sono sviluppate da A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., in particolare, p. 934.

17 M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., p. 60.

18 In questo senso A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principio di aderenza ai costi*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 177 ss., in particolare 181, secondo cui «*la tariffa diventa il fattore che esprime un*

Per ragioni di chiarezza espositiva i casi giurisprudenziali qui in esame saranno sinteticamente presentati secondo un ordine e una scansione utili, per un verso, a chiarire la particolarità del contenzioso in materia che, come accennato, è caratterizzato dal susseguirsi continuo, con effetti a catena, di deliberazioni dell'Autorità e decisioni giurisdizionali e, per altro verso, ad enucleare il contenuto e la portata dei principi di diritto in esso affermati, nonché i profili problematici che rimangono aperti.

Appare quindi più conveniente descrivere dapprima il contenzioso sviluppatosi in materia e riservare ad un secondo momento l'analisi critica dei principi e delle categorie giuridiche che emergono dai casi esaminati.

3.1. Primo periodo regolatorio. Pluralità di decisioni giurisdizionali sull'atto generale e sorte degli appelli

Vengono dunque anzitutto in rilievo una serie di pronunce nelle quali il Consiglio di Stato ha confermato l'impostazione sopra sintetizzata in ordine agli effetti del giudicato di annullamento.

In tali sentenze, infatti, il giudice amministrativo ha affermato che il giudicato di annullamento avente ad oggetto un atto di natura generale e indivisibile quale la regolamentazione dei criteri di determinazione delle tariffe per l'attività di distribuzione del gas ha effetto *erga omnes*.

Conseguentemente, il Consiglio di Stato ha dichiarato improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse gli appelli proposti dall'Autorità volti a censurare le sentenze del TAR Lombardia che avevano annullato la delibera, stante il passaggio in giudicato di altre sentenze del medesimo TAR pronunciate nei confronti di diversi ricorrenti, ma aventi ad oggetto i medesimi atti [19].

Con tali decisioni il TAR Lombardia aveva infatti annullato la delibera dell'AEEGSI n. 237/2000, nella parte in cui, ai fini della determinazione del vincolo sui ricavi di distribuzione (VRD), stabiliva che – per il primo periodo di regolazione (quadriennio 2000-2004) – il costo del capitale investito rilevasse esclusivamente attraverso criteri parametrici (e non invece sui dati concreti della singola gestione) nonché nella parte in cui prevedeva che, nel caso di servizio svolto in forma associata per più Comuni, i singoli vincoli per il ricavo distribuzione e per il ricavo vendita al dettaglio fossero riferiti a ciascuna località e non all'ambito tariffario complessivamente inteso (non considerando che i costi riconosciuti per singole località, sommati insieme, sono inferiori al costo risultante per l'ambito tariffario complessivamente considerato) [20].

---

punto di equilibrio fra tutti i vari interessi e rispetto a questo equilibrio un obiettivo essenziale è rappresentato dall'efficienza dell'operatore».

19 Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2007, n. 4895; Id., 4 settembre 2002, nn. 4448, 4449, 4450; Id., 19 agosto 2002, n. 4184. A conclusioni identiche il Consiglio di Stato è pervenuto con riferimento alle delibere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas attuative dei compiti di vigilanza ad essa attribuiti per garantire l'osservanza del divieto di traslazione sui prezzi al consumo della maggiorazione dell'imposta sul reddito delle società (IRES). Cfr. al riguardo Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2011, nn. 5148, 5149, 5150, 5151. Riconosciuta a tali delibere la natura di atto amministrativo generale a contenuto unitario e inscindibile ne discende, sul piano processuale, «*che il loro annullamento in sede giudiziale determina il venir meno degli effetti nei confronti di tutti i destinatari, compresi quelli rimasti estranei alla controversia*». Pertanto «*i soggetti destinatari di un atto generale per essi pregiudizievole, rimasti estranei al giudizio, potranno invocare* (…) *nei confronti dell'amministrazione resistente rimasta soccombente, il giudicato di annullamento formatosi nei confronti di quest'ultima su ricorso di altro interessato*».

20 Il riferimento è alle sentenze del TAR Lombardia, 13 giugno 2001, n. 6691, 6692, 6693,

In ottemperanza alle pronunce relative a tale profilo, l'Autorità ha successivamente introdotto una procedura di calcolo del capitale investito di tipo «individuale», fondata sul metodo del costo storico rivalutato, cui potevano accedere gli esercenti che disponevano di dati concreti. In particolare, con la delibera n. 170/2004, relativa al secondo periodo di regolazione (2004-2008), veniva lasciata alle imprese la scelta tra metodo *parametrico* e metodo *individuale* (ossia basato sui costi effettivamente sostenuti), i cui modi di applicazione sono stati poi definiti con la delibera n. 171/2005.

Anche la delibera n. 170/2004 veniva impugnata da alcune società operanti nel settore della distribuzione del gas, deducendosi, tra l'altro, l'illegittimità dei modi di calcolo del valore massimo dei ricavi, in quanto fondati sul mero aggiornamento di dati relativi a precedenti anni termici, determinati sulla base della delibera n. 237/2000, già annullata dal TAR.

Il motivo veniva tuttavia rigettato sia dal TAR che dal Consiglio di Stato [21]. Quest'ultimo, in particolare, riteneva che l'introduzione del metodo individuale in alternativa a quello parametrico fosse in grado di offrire adeguata tutela a tutti gli operatori del settore. Posto, infatti, che il metodo individuale avrebbe consentito una adeguata valorizzazione dei costi effettivamente sostenuti, il metodo parametrico avrebbe costituito uno strumento alternativo «del quale può disporre l'esercente che ritiene assicurata, dalle tariffe approvate dall'Autorità per il precedente anno termico, un'adeguata copertura dei costi sostenuti per l'erogazione del servizio».

Sebbene in queste ultime pronunce non rilevi un problema di estensione soggettiva degli effetti del giudicato di annullamento della precedente delibera n. 240/2000 le sentenze da ultimo citate sono importanti in quanto – come meglio si chiarirà nel paragrafo successivo – precisano che con i nuovi atti generali dell'AEEGSI (deliberazioni nn. 170/2004 e 171/2005) determinativi dei criteri per il calcolo delle tariffe, potevano ritenersi «*definitivamente superate le ragioni delle illegittimità originariamente colte con riguardo alla precedente delibera tariffaria*» (n. 237/2000).

3.2. Secondo periodo regolatorio. Facoltà per l'amministrazione di estendere l'effetto dell'annullamento giurisdizionale

Malgrado – come visto nel paragrafo precedente – la deliberazione dell'Autorità n. 170/2004 avesse passato indenne il sindacato di legittimità del giudice amministrativo il problema dei limiti soggettivi del giudicato di annullamento veniva nuovamente a porsi all'inizio del secondo periodo regolatorio.

Infatti, anteriormente all'adozione della delibera n. 171/2005 – che, come detto, ha definito i modi di applicazione del metodo individuale – alcune società operanti nel settore del gas proponevano, con riguardo al sistema parametrico, istanze alla AEEGSI di rideterminazione del VRD per l'anno termico 2003/04 (rientrante nel primo periodo regolatorio e valore base di calcolo del VRD per il periodo successivo) considerando l'ambito tariffario nel suo complesso.

L'Autorità respingeva le istanze presentate ritenendo che soltanto gli esercenti in possesso di dati concreti per il calcolo dei costi di capitale, secondo il

6694, 6695, 6698. I contenuti delle predette sentenze sono stati poi sostanzialmente ribaditi da TAR Lombardia, 16 marzo 2004, n. 1711.

21 TAR Lombardia, Sez. IV, 1 aprile 2005, n. 743; Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1399.

metodo di calcolo individuale, avrebbero potuto determinare il vincolo sui ricavi di distribuzione riguardo all'ambito tariffario complessivamente inteso.

Le suddette Società impugnavano quindi i dinieghi dell'Autorità e il giudice amministrativo accoglieva i ricorsi affermando l'illegittimità della motivazione dei detti provvedimenti poiché «*la* ratio *che giustifica il computo dei costi di gestione per ambito tariffario complessivo (e non per sommatoria delle singole località) non è scalfita dalla circostanza che i costi di capitale siano calcolati con il metodo parametrico, conseguendone altrimenti l'effetto per cui le società titolari di gestioni associate possono avere riconosciuti i costi obiettivamente sostenuti soltanto se adottano il metodo individuale, con disparità di trattamento tra gli esercenti a seconda che utilizzino il metodo parametrico o individuale, che invece la stessa delibera n. 170 del 2004 presenta come alternativi ed equivalenti*» [22].

Alla luce di queste sentenze altre società di distribuzione del gas proponevano all'AEEGSI istanza di rideterminazione del VRD per il periodo antecedente al secondo periodo regolatorio, incidente su tale periodo, e quindi per il detto secondo periodo, in modo che la regola che, in caso di gestioni associate, limitava il calcolo del VRD alla sommatoria dei costi per le singole località servite potesse essere definitivamente superata per tutti gli operatori del settore. In sostanza tali operatori chiedevano all'Autorità l'estensione nei loro confronti del giudicato di annullamento dei provvedimenti (individuali) di determinazione delle tariffe pronunciato nei confronti di altri concorrenti.

L'Autorità ha rigettato le domande di rideterminazione del VRD formulate dalle società istanti e ha dichiarato di non voler procedere alla richiesta estensione, essendo l'estensione del giudicato a terzi estranei al giudizio facoltà ampiamente discrezionale.

Nei confronti di tali dinieghi le società richiedenti hanno proposto impugnazione dinanzi al giudice amministrativo affermando, tra l'altro, la violazione del giudicato delle sentenze del TAR Lombardia n. 6691/2001 e del Consiglio di Stato n. 4448/2002 (aventi effetti *erga omnes* in quanto relative ad atti generali) nonché, conseguentemente, la nullità dei successivi atti dell'Autorità, applicativi della delibera annullata, *ex* art. 21 *septies*, legge n. 241/1990.

Il TAR ha parzialmente accolto i ricorsi di annullamento avverso i provvedimenti di approvazione delle tariffe. Anzitutto il giudice di primo grado ha affermato che gli effetti del giudicato (delle sentenze TAR n. 6691/2001 e Cons. St. n. 4448/2002) invocati dalle ricorrenti non riguardavano la parte caducatoria, bensì il contenuto ordinatorio e conformativo, che esse non erano legittimate a far valere sulla base della citata regola secondo cui la portata della sentenza si estende *ultra partes* solo per ciò che riguarda gli effetti caducatori [23].

Il Tribunale ha inoltre negato la legittimazione delle ricorrenti a far valere la nullità delle delibere adottate dall'AEEGSI ritenendo che la legittimazione ad agire per la declaratoria della nullità sia per sua natura circoscritta alle sole parti cui il giudicato si riferisce. Poiché solo le parti sono legittimate a proporre giudizio di ottemperanza solo esse possono far valere nei confronti dell'atto amministrativo difforme il vizio di violazione del giudicato.

Il TAR ha altresì negato la caducazione automatica e, quindi, per gli anni

22 TAR Lombardia, nn. 613, 919, 1011/2006, confermate in Cons. Stato, Sez. VI, nn. 3476, 2242, 2243/2007.

23 TAR Lombardia, Sez. III, 4 febbraio 2009, nn. 1129-1133.

precedenti al 2007/2008 ha dichiarato la carenza di legittimazione all'impugnazione in quanto gli atti applicativi avrebbero dovuto essere impugnati nei termini.

Infine, il Tribunale ha accolto il ricorso in relazione all'impugnazione del provvedimento di approvazione della tariffa per l'anno in corso, essendo stata tempestiva l'impugnazione, per difetto di motivazione. Secondo il Tribunale, illegittimamente l'Autorità aveva deciso di non estendere anche alla ricorrente la portata precettiva delle sentenze del 2006 e 2007 sulla base della motivazione che tale estensione avrebbe determinato un indebito e non previsto aumento della tariffa di distribuzione con conseguente pregiudizio anche della certezza del sistema tariffario.

Da ultimo, la sentenza del TAR è stata ribaltata in sede di appello, avendo il Consiglio di Stato ritenuto congrua la motivazione con cui l'Autorità aveva rifiutato di estendere il giudicato di annullamento dei provvedimenti di diniego pronunciati nei confronti di altre imprese del settore [24].

3.3. Ancora sulla pluralità di decisioni giurisdizionali sull'atto generale e sulla sorte degli appelli

Un altro gruppo di pronunce è relativo a un atto generale (deliberazione n. 248 del 29 dicembre 2004) con il quale l'AEEGSI aveva rivisitato il meccanismo di indicizzazione delle tariffe per la fornitura del gas naturale ai clienti finali del mercato vincolato. Con tale atto l'Autorità aveva, tra l'altro, reso obbligatoria l'introduzione nei contratti, anche quelli di compravendita di gas all'ingrosso, di una clausola di salvaguardia volta a fissare un limite all'aumento dei prezzi del gas nel caso di rincari del costo del petrolio. Con la stessa deliberazione veniva anche disposta la revisione del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso, con aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas a decorrere dal primo trimestre del 2005.

La deliberazione n. 248/2004 veniva quindi impugnata da numerosi operatori e il TAR della Lombardia, con una pluralità di decisioni di pressoché identico contenuto, ritenendo fondate alcune delle censure dedotte, disponeva l'annullamento della succitata delibera.

Le sentenze di primo grado, tuttavia, venivano impugnate dall'Autorità dinanzi al Consiglio di Stato. In particolare, per quanto di interesse in questa sede, nei giudizi di impugnazione delle sentenze di primo grado n. 3716/2005 e n. 3718/2005, la sesta Sezione del Consiglio di Stato, con due distinte ordinanze, dichiarava improcedibili gli appelli proposti dall'AEEGSI, per tardività del deposito, e rimetteva all'Adunanza Plenaria la decisione circa l'ammissibilità, rispettivamente, dell'appello e dell'opposizione di terzo proposti da alcune associazioni di consumatori che non erano state parti nel giudizio di primo grado [25].

L'Adunanza Plenaria, a sua volta, si è pronunciata con le sentenze dell'11 gennaio 2007, nn. 1 e 2, risolvendo in senso negativo entrambe le questioni sottoposte al suo esame.

Sebbene queste pronunce non attengano direttamente al problema degli effetti soggettivi del giudicato, vi è un passaggio della sentenza n. 2/2007 che

---

24 Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2011, nn. 45-49. I principi affermati in tali decisioni sono stati poi confermati da Cons. Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 6743.

25 Il riferimento è alle ordinanze della Sezione sesta del Cons. Stato, 6 giugno 2006, n. 3408 e 4 settembre 2006, n. 5101.

merita di essere qui sottolineato. Il giudice amministrativo, infatti, sia pure incidentalmente, sembrerebbe condividere la tesi sostenuta dai terzi opponenti in ordine al venir meno per essi dell'interesse alla decisione. Questi ultimi, infatti, chiedevano che venisse dichiarata da parte del giudice la sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione, poiché «*l'atto inscindibile dell'Autorità per l'energia elettrica e per il gas, annullato con effetti erga omnes da una pluralità di decisioni del TAR della Lombardia, contrassegnate dallo stesso* petitum *e* causa petendi*, doveva ritenersi ritornato in vita (e anche questa volta con effetti erga omnes) a seguito della riforma»*, da parte del Consiglio di Stato, «*di una delle decisioni di primo grado emanate dal TAR Lombardia*» [26]. In realtà la decisione ritiene inammissibile l'opposizione per altre ragioni, secondo il criterio della «ragione più liquida», rilevando che una pronuncia «*nei sensi auspicati dai ricorrenti (declaratoria di carenza di interesse dei terzi opponenti) postulerebbe incombenti istruttori rivolti a stabilire se veramente tutti gli annullamenti disposti in primo grado siano stati pronunciati – come si asserisce – sulla base delle stesse censure. (La presenza di decisioni di primo grado di annullamento per censure differenziate varrebbe, infatti, ad impedire – fino a quando non cadono tutte le sentenze – la riemersione dell'atto annullato in primo grado)*». Nondimeno, come si può intuire dalla lettura dei brani appena riportati, la costruzione che vuole un ritorno in vita dell'atto inscindibile annullato in primo grado da una pluralità di decisioni aventi medesimi *petitum* e *causa petendi,* a seguito della riforma da parte della sentenza di appello di una delle decisioni di primo grado, pare essere condivisa dall'Adunanza Plenaria, in quanto (almeno apparentemente) logico corollario dell'impostazione sopra richiamata con riferimento agli effetti *erga omnes* del giudicato.

4. Sulla inscindibilità degli atti di regolazione

Per quanto la giurisprudenza richiamata nei paragrafi precedenti non si discosti dagli orientamenti dominanti sul tema dell'efficacia dell'annullamento giurisdizionale degli atti generali, meritano di essere segnalati alcuni aspetti.

Un primo rilievo attiene alla caratterizzazione degli atti impugnati, sotto il profilo che interessa il nostro tema. È noto che l'estensione *ultra partes* degli effetti della sentenza di annullamento, che la giurisprudenza riconosce in presenza di una variegata tipologia di atti amministrativi con pluralità di destinatari, è legato al carattere «inscindibile» degli stessi. Non vi è però omogeneità di impostazione nella identificazione del significato o, meglio, dell'oggetto della inscindibilità, che giustifica l'effetto esteso della decisione di annullamento. A seconda dei casi infatti può rilevare l'indivisibilità dell'atto, del suo contenuto, dei suoi effetti o del vizio che lo inficia [27].

---

26 Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2006, n. 3352, che ha riformato TAR Lombardia, 28 luglio 2005, n. 3478 e, per l'effetto, ha respinto il ricorso di primo grado avverso la deliberazione n. 248/2004.

27 Per una rassegna delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sulla questione si veda in particolare P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p. 280 ss., con rilievi ancora attuali. Il tema riaffiora in giurisprudenza anche con riferimento a questioni del tutto diverse: si veda di recente per l'affermazione della indivisibilità degli effetti di un atto dal punto di vista oggettivo, al fine della determinazione della competenza territoriale, Cons. Stato, Ad. plen., 7 novembre 2014, n. 29.

Nel caso degli atti di regolazione la giurisprudenza, coerentemente con il rilievo dottrinale per il quale la indivisibilità dell'atto o degli effetti o del vizio non è che «la conseguenza di una indivisibilità che sta a monte, cioè l'indivisibilità del potere e della regola che lo regge e che il giudice accerta» [28], si mostra decisa nel ritenere la inscindibilità carattere legato alla natura stessa del potere esercitato, affermando che «gli atti con cui un'autorità amministrativa indipendente disciplina le modalità di esercizio di poteri di vigilanza e controllo sul settore di attività oggetto di regolazione presentano un carattere ontologicamente inscindibile, rappresentando l'espressione di una volontà unitaria da parte dell'autorità, la quale provvede in modo funzionalmente non frazionabile nei confronti di un complesso di interessi considerati non singolarmente, bensì come componenti di una platea unitaria ed indivisibile» [29].

Questa impostazione mette in evidenza il carattere necessariamente infrazionabile della decisione, sul piano oggettivo e funzionale, ed individua nell'unitarietà della volizione, in un contesto di interessi complesso e pur destinato ad una pluralità di soggetti, uno dei caratteri tipici del potere di regolazione.

Alla stessa conclusione porta il rilievo che «il contenuto dispositivo generale, unitario e inscindibile» di un atto «riconducibile al modello di azione basato sulla regolazione» non si rivolge a destinatari determinati, ma a gruppi indeterminati di soggetti non individuabili a priori, appartenenti alle categorie individuate dalla legge. Questo secondo profilo accentua, sotto il profilo dell'efficacia soggettiva, la natura inscindibile dell'atto di regolazione, legandolo al carattere della generalità [30].

Il cumulo di questi due principi porta ad escludere la possibilità che l'annullamento di un atto di quel tipo produca effetti differenziati per categorie di destinatari, limitando l'estensione *ultra partes* ai titolari di interessi omogenei (e inscindibili) a quelli dedotti nell'impugnazione accolta [31].

5. Successione e pluralità di impugnazioni del medesimo atto generale

Una seconda questione, messa in luce dalla rassegna giurisprudenziale che precede, che si intreccia con quella della estensione delle decisioni di annullamento di atti generali di regolazione, riguarda la problematica che nasce

---

28 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3ª ed., Il Mulino, Bologna, 1983, p. 402.

29 In questi termini, Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388.

30 In questo senso Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2011, nn. 5150 e 5151, già citata, che ha ritenuto che «*la delibera A.e.e.g. n. 109/2008, con il suo contenuto dispositivo generale, unitario e inscindibile, riconducibile al modello di azione amministrativa basato sulla regolazione, non si rivolge a destinatari determinati, ma a un gruppo indeterminato di destinatari non individuabili a priori, appartenenti alle categorie individuate dall'art. 81 d.l. n. 112 del 2008, sicché presenta natura di atto amministrativo generale a contenuto unitario e inscindibile*», dalla quale deriva, sul piano processuale la conseguenza che il suo «*annullamento in sede giudiziale determina il venire meno degli effetti nei confronti di tutti i destinatari, compresi quelli rimasti estranei alla controversia*».

31 Si veda, in relazione all'impugnazione di provvedimenti tariffari, la vicenda decisa da Cons. Stato, Sez. VI, 21 agosto 1993, n. 585, nella quale si ammette la possibilità di limitare l'estensione degli effetti della decisione di annullamento per categorie omogenee di destinatari, e le osservazioni di P.M. VIPIANA, *L'annullamento giurisdizionale dei provvedimenti tariffari ancora al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 527 s.

nel caso di pluralità di impugnazioni avverso il medesimo atto. Questa possibilità, che evidentemente non si verifica nelle sole impugnazioni di atti generali, appare normale e frequente nel caso che interessa, in considerazione della pluralità di soggetti coinvolti unitariamente dall'atto generale, ma autonomamente ed ugualmente legittimati alla contestazione di quest'ultimo.

Come si è visto dall'analisi della giurisprudenza sopra richiamata, non è agevole individuare i criteri che governano il concorso di impugnazioni del medesimo atto generale, soprattutto se si considera lo svolgimento della controversia nei due gradi di giudizio.

Le stesse ragioni che inducono a riconoscere un effetto *ultra partes* alle decisioni di annullamento degli atti generali, imporrebbe un coordinamento che, per quanto possibile, contenga la possibilità di pronunce contrastanti o anche semplicemente di sfasamento dei tempi e degli ambiti di produzione degli effetti, soprattutto nel campo della regolazione, per i motivi ai quali si è accennato nei paragrafi iniziali.

In realtà, una prima razionalizzazione dei diversi processi sul medesimo oggetto è offerta dai principi generali che regolano l'azione nel processo di impugnazione.

Può leggersi in questa prospettiva il tema della procedibilità di una impugnativa avverso un atto generale già annullato su ricorso di un diverso interessato. È noto che in questi casi la giurisprudenza ritiene improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso proposto contro un atto generale già annullato in altro giudizio, proprio in considerazione del dispiegarsi *ultra partes* degli effetti dell'annullamento giurisdizionale.

Dal punto di vista del concorso delle impugnazioni, si dovrebbe concludere che, dopo la pubblicazione della prima sentenza di annullamento dell'atto generale, non vi potrebbe essere un secondo annullamento dello stesso atto [32]. In questo senso la regola dell'improcedibilità del ricorso successivo diviene anche criterio di razionalizzazione del concorso di impugnazioni.

Va verificato se il secondo ricorrente, che vede precluso l'accertamento richiesto al giudice, ma si giova, sul piano sostanziale, dell'effetto generale dell'annullamento dell'atto che ha impugnato, subisce limitazioni di tutela.

Prescindendo dalle questioni legate alle caratteristiche proprie delle sentenze di rito ed al grado di vincolo che esse esercitano nei confronti dell'Amministrazione, si potrebbe sostenere l'opportunità che il giudice non si arresti ad una pronuncia di rito, ma esamini la domanda nel merito, ai fini di una eventuale richiesta di risarcimento del danno (come prevede l'art. 34, terzo comma c.p.a.) o al fine di consentire al ricorrente di beneficiare dell'effetto conformativo del giudicato [33].

---

32 Mentre, per la asimmetria delle decisioni di accoglimento e di rigetto nel processo amministrativo di impugnazione, dopo una prima decisione di rigetto, non può escludersi l'esame delle impugnazioni diverse sul medesimo atto.

33 La sentenza che dichiara improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse non offre evidentemente le stesse opportunità di una decisione di merito di accoglimento, soprattutto per quanto attiene alla ottemperanza ed alla possibilità in quella sede di contestare la nullità dell'atto dell'amministrazione che violi o eluda la pronuncia di annullamento. È poi evidente che possono residuare profili di utilità del processo anche quando questo debba chiudersi con una sentenza di rito: a parti invertite ed in secondo grado Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2007, n. 4896, pur dichiarando l'improcedibilità di un appello proposto dall'Autorità avverso una sentenza del TAR Lombardia a seguito del passaggio in giudicato di altre sentenze del TAR che annullavano il medesimo atto, non ha omesso di pronunciarsi in ordine all'interesse dell'Autorità a vedere affermata la sussistenza del proprio potere in astratto, precisando che *«la*

Per quanto attiene al primo profilo, l'azione risarcitoria non pare preclusa o compromessa da una decisione di improcedibilità che prende atto dell'annullamento del provvedimento lesivo: l'avvenuto annullamento presuppone comunque l'illegittimità dell'atto, mentre gli altri elementi della responsabilità dell'amministrazione saranno oggetto dell'azione risarcitoria. Né sembra che in questo caso al ricorrente possa opporsi di non aver agito esperendo gli strumenti di tutela ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. o che si ponga una questione nell'applicazione del termine al quale è sottoposta l'azione risarcitoria, stante l'ampiezza della formulazione del quinto comma della norma appena citata, che lega la decorrenza del termine al passaggio in giudicato della sentenza resa sulla domanda di annullamento, indipendentemente dai suoi contenuti [34].

Sotto il secondo profilo, la questione può assumere rilievo se si condivide la tesi che l'effetto cosiddetto conformativo dell'annullamento non si estende ai terzi, i quali quindi avrebbero interesse ad una definizione della controversia anche nel merito, al fine di valersi di questo tipo di efficacia della decisione in sede di rinnovazione. È noto che la tesi giurisprudenziale che distingue, nel giudicato di annullamento dell'atto generale, l'effetto caducatorio da quello conformativo, riconoscendo solo al primo efficacia *ultra partes*, è stata messa in discussione dalla dottrina [35]. La giurisprudenza, tuttavia, anche quando afferma la possibilità che i soggetti estranei al giudizio siano legittimati a proporre un'azione di ottemperanza nei confronti della sentenza di annullamento di un atto generale, collettivo indivisibile o comunque a contenuto inscindibile, se portatori di una situazione di vantaggio, derivante dal giudicato di annullamento, precisa che «la legittimazione dei terzi estranei deve inerire al solo profilo cassatorio del giudicato» [36]. Resta però difficile comprendere in concreto fino a che punto possa spingersi la pretesa esecutiva «limitata» al profilo cassatorio; mentre non sembra che il terzo incontri limiti nel contestare la modalità e gli esiti della rinnovazione in sede di giudizio di cognizione.

A prescindere da questi temi, è comunque evidente che anche l'effetto processuale (la improcedibilità del ricorso avverso l'atto annullato) è conseguenza del mero fatto dell'avvenuto annullamento dell'atto generale oggetto di impugnazione, indipendentemente dai motivi che lo hanno determinato [37] e senza che occorra prendere in considerazione i caratteri propri dell'efficacia del

---

portata di tale decisione, concernendo il profilo della sussistenza del potere in astratto, soddisfa un interesse dell'appellante non scalfito dal dedotto previo passaggio in giudicato delle citate sentenze del Tribunale di prime cure volte all'annullamento del provvedimento di che trattasi. Se ne ricava, con riferimento alla presente fattispecie, che l'annullamento della delibera n. 248/2004, non pregiudica (…) la persistenza del potere amministrativo in effetti riesercitato dall'Autorità con le determinazioni prima specificate».

34 La questione potrebbe avere risvolti diversi nel caso in cui il terzo non avesse mai impugnato l'atto generale e si fosse giovato comunque dell'effetto esteso del suo annullamento.

35 Esattamente A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., p. 933, rileva che l'effetto rinnovatorio-conformativo è un corollario dell'accertamento che comporta la caducazione dell'atto impugnato: la latitudine dei limiti soggettivi non può essere diversa.

36 Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7249.

37 Sempre nella prospettiva della tutela del secondo ricorrente, nei singoli casi, potrebbe rilevare la eventuale diversità dei motivi di impugnazione proposti con il ricorso dichiarato improcedibile. Certamente possono trarsi utilità diverse dall'accoglimento di vizi diversi: ma questo aspetto riguarda fondamentalmente il momento della rinnovazione degli atti, mentre sulla procedibilità dell'impugnazione rileva la mera considerazione che l'atto che ne è oggetto è stato annullato.

giudicato (la conseguenza non muterebbe infatti nel caso di annullamento in via amministrativa dell'atto generale) [38].

Si noti anche che generalmente si riconosce, nel caso di pluralità di ricorsi avverso il medesimo atto generale, che se anche uno dei ricorrenti vede rigettata la sua impugnazione, non di meno beneficia dell'estensione a suo favore degli effetti dell'annullamento dell'atto generale, ottenuto da un altro soggetto [39]. Anche questa situazione è la conseguenza del mero effetto costitutivo *erga omnes* della decisione di annullamento. L'effetto non muta per il fatto che vi sia una sentenza, anche definitiva, che ha negato la pretesa del ricorrente: non vi è infatti un "giudicato" che ostacoli l'espandersi degli effetti dell'annullamento a quel particolare rapporto, in linea con la ricostruzione prevalente degli effetti delle sentenze *di rigetto* della domanda di annullamento.

Tornando alla questione della pluralità di giudizi, il meccanismo dell'improcedibilità del ricorso avverso l'atto già annullato dovrebbe escludere che vi possano essere decisioni successive di pari grado diverse dalla prima; ma dovrebbe evitare che vi possano essere anche più sentenze successive dello stesso identico tenore.

Resta tuttavia possibile che più sentenze di annullamento dello stesso atto siano adottate contestualmente, come frequentemente avviene, o in momenti successivi, nel tempo che intercorre fra la decisione e la pubblicazione della prima sentenza. Anche quando le decisioni, contemporanee o successive, sono identiche, il cumularsi della loro portata costitutiva genera una serie di questioni, legate in particolare all'appello, alle quali si accennerà in prosieguo.

La soluzione dovrebbe essere ricercata negli strumenti di concentrazione ed economia processuale previsti dalla normativa (fondamentalmente lo scarno art. 70 c.p.a.) [40] e dai principi giurisprudenziali sulla riunione dei processi connessi. È noto che la riunione, nel giudizio di primo grado, è espressione di una facoltà ampiamente discrezionale del giudice [41]. Essa presuppone co-

---

38 Vanno infatti condivisi i puntuali rilievi di A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., p. 931 s.

39 Ricorda Cons. Stato, Ad. Plen., 11 gennaio 2007, n. 1 che *«in coerenza con il costante indirizzo giurisprudenziale formatosi sulla efficacia "erga omnes" della sentenza di annullamento di un atto generale dal contenuto inscindibile»* l'atto generale definitivamente caducato non trova applicazione nei confronti di tutti i soggetti interessati *«anche se non abbiano proposto ricorso ovvero abbiano proposto un ricorso respinto»*.

40 Ai sensi del quale «il collegio può, su istanza di parte o d'ufficio, disporre la riunione di ricorsi connessi».

41 L'esercizio del potere di riunire i giudizi non è soggetto all'obbligo di motivazione, né può dar luogo ad un vizio della decisione che non ha disposto la riunione: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 2014, n. 2086, Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2013, n. 3034, Cons Stato, Sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5294; Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 823. D'altra parte è stato evidenziato che la mancata riunione dei ricorsi non può essere sindacata in appello se non quando il giudice di primo grado sia incorso in un palese arbitrio e più in particolare quando il rapporto di pregiudizialità tra le cause connesse sia così stretto da non consentire al giudice di decidere i ricorsi separatamente: Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2008, n. 74; Cons. Stato, Sez. IV, 27 febbraio 1996, n. 18. La riunione è possibile anche in appello: Si afferma infatti che l'art. 70 c.p.a. *«conferisce al giudice amministrativo il generale potere discrezionale di disporre la riunione di ricorsi connessi, con la conseguenza che, ove si tratti di cause connesse in senso oggettivo o soggettivo, è al giudice amministrativo di secondo grado che compete il potere di riunire appelli contro più sentenze in funzione dell'economicità e della speditezza dei giudizi, nonché al fine di prevenire la possibilità di contrasto tra giudicati»* Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 356; Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 320, Cons. Stato, Sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4204. Si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388, che dispone la riunione degli appelli contro una pluralità di decisioni di primo grado di annullamento delle stesse delibere adottate dall'AEEGSI in attuazione dell'art. 81 del d.l. n. 112/2008. In dottrina, evidenzia le la-

munque requisiti di connessione fra le impugnazioni che, nel caso che interessa in questa sede, possono verificarsi nelle ipotesi in cui le impugnazioni avverso l'unico atto generale – che solo per questo sono oggettivamente connesse e parzialmente connesse sul piano soggettivo [42] – presentino anche identità di motivi [43].

6. Pluralità di decisioni di annullamento di un unico atto generale, appellabilità e sorte degli appelli

Più complesse sono le questioni, in parte affrontate dalla giurisprudenza esaminata nella rassegna che precede, legate ai riflessi della pluralità di decisioni di annullamento di un atto generale sul tema della loro appellabilità e della sorte degli appelli.

Anzitutto merita di essere considerata l'affermazione del Consiglio di Stato, nelle decisioni in rassegna, che dichiara improcedibili per difetto sopravvenuto di interesse gli appelli proposti dall'Autorità avverso sentenze del TAR che avevano annullato atti generali, laddove nel frattempo fossero passate in giudicato altre sentenze del TAR non impugnate ed aventi ad oggetto i medesimi atti.

Viene in questo modo riaffermato, nella sostanza, il principio che l'annullamento dell'atto propaga i suoi effetti oltre l'ambito del rapporto dedotto nel primo giudizio, sicché è impossibile rimettere in discussione la questione della legittimità dei contenuti precettivi di un atto «definitivamente annullato *erga omnes*».

In questo caso, chi resiste all'appello dell'Amministrazione beneficia della preclusione processuale che deriva dalla improcedibilità della impugnazione, stante la definitività di *una* pronuncia di annullamento dell'atto generale, resa in un giudizio promosso da altro ricorrente; l'Amministrazione è tenuta a riconoscere che l'annullamento del proprio atto generale ha effetto anche nei confronti di rapporti ancora contestati che su di esso si fondano.

Questa regola, peraltro, va confrontata con un diverso principio richiamato proprio con riferimento agli atti generali dell'Autorità e per il quale, di fronte ad una pluralità di decisioni di annullamento del medesimo atto inscindibile, quest'ultimo dovrebbe ritenersi ritornato in vita (*erga omnes*) a seguito della riforma anche di una soltanto delle decisioni di primo grado, con effetto «non soltanto per l'appellante a cui favore risultava emanata la sentenza», qualora

---

cune della disciplina normativa del giudizio amministrativo con pluralità di parti M. Ramajoli, *Il cumulo soggettivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1237 ss.

42 La giurisprudenza ammette la connessione soggettiva anche solo quando sono proposti gravami avverso le medesime amministrazioni da ricorrenti diversi: sul punto, ancora, M. Ramajoli, *op. ult. cit.* e giurisprudenza ivi citata.

43 Dispongono, ad esempio, la riunione di gravami proposti da ricorrenti diversi contro una stessa deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas, perché *«rivolti verso un unico provvedimento e aventi ad oggetto identiche censure»*, TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 10 maggio 2013, n. 1237 o *«per connessione oggettiva essendo impugnata la stessa delibera con argomentazioni identiche»*, T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, 29 novembre 2010, n. 7382. Invero, il profilo dell'identità di motivi potrebbe essere recessivo rispetto all'esigenza di concentrazione dei giudizi, legata fondamentalmente alla portata *erga omnes* dell'effetto della decisione. Certamente la diversità dei motivi rende più complicata la riunione, ma l'effetto esteso della decisione, che ne consiglia l'unicità, si produce per il mero fatto dell'annullamento, indipendentemente dalle ragioni che lo sorreggono.

le impugnazioni si fondassero sui medesimi motivi [44]. La possibilità di *«riemersione»* dell'atto annullato da una pluralità di sentenze anche in base ad una sola decisione di riforma in appello potrebbe infatti non apparire del tutto coerente con la conclusione della improcedibilità dell'appello dopo il passaggio in giudicato di altre decisioni di annullamento.

Se infatti l'accoglimento di un solo appello avverso una delle plurime sentenze che hanno annullato il medesimo atto generale fa riemergere l'atto con valenza *erga omnes*, non vi sarebbe ragione per ritenere che un solo annullamento in primo grado divenuto definitivo precluda l'esame degli appelli successivi.

In realtà sembra che la riemersione possa valere solo in relazione alla prima decisione di appello che riformi una delle sentenze di annullamento. Le successive decisioni di appello dovrebbero riconoscere l'improcedibilità degli appelli successivamente esaminati, sempre che l'oggetto delle impugnazioni originarie sia identico. Quest'ultimo aspetto è centrale: la sentenza di appello che riforma una sentenza di annullamento è infatti una decisione di rigetto del ricorso originario; per la nota asimmetria che caratterizza le decisioni di rigetto e di accoglimento di azioni impugnatorie, può verificarsi che vi siano, da un lato, pronunce che riconoscono la validità dell'atto impugnato, con riferimento ai motivi dedotti, e, dall'altro lato, pronunce che annullano il medesimo atto, rimuovendolo dal mondo giuridico.

Ma di fronte alla intangibilità di una decisione di annullamento dell'atto generale non sembra che vi sia spazio per una «riemersione» dell'atto annullato.

Se si attribuisse alla «riemersione» una portata più ampia, si giungerebbe a conclusioni incoerenti. Si potrebbe infatti affermare la possibilità che l'atto stesso sia definitivamente annullato per alcune vicende e riemerso per altre. La stessa Amministrazione potrebbe valersi dell'effetto estensivo della riemersione dell'atto annullato, se fosse accolto l'appello di un altro interessato. Né si potrebbe sostenere che la preclusione derivante dalla inoppugnabilità di una delle decisioni di annullamento operi solo rispetto ad appelli di uno stesso soggetto [45]: questa conclusione apparirebbe difficile da giustificare, di fronte ai principi che governano gli effetti dell'annullamento degli atti generali.

In realtà, la «definitività» della sentenza che preclude il corso degli appelli contro altre sentenze di annullamento del medesimo atto generale, da un lato, non può essere il riflesso della formazione del giudicato formale, che non avrebbe effetto preclusivo rispetto ad altri rapporti processuali, ma la conseguenza del mero fatto dell'annullamento divenuto inoppugnabile, come in effetti sembra ricostruirla la giurisprudenza esaminata [46]. Dall'altro lato, occorre-

---

44 Si tratta di una conclusione che, come visto *supra* al § 3.3, sembra sia pure incidentalmente avallata dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 2/2007, così massimata in *Foro amm. CDS* 2007, 1, 94: *«un atto inscindibile, annullato con effetti erga omnes da una pluralità di decisioni del Tar rese su azioni contrassegnate da stesso petitum e stessa causa petendi, deve assumersi ritornato in vita a seguito della riforma da parte della sentenza di appello del Consiglio di Stato di una delle decisioni di primo grado. Ne consegue la riemersione degli effetti dell'atto medesimo per tutti gli altri ricorrenti che abbiano proposto impugnativa sulla base di censure identiche a quelle in seguito riconosciute prive di fondamento dal giudice di secondo grado e non soltanto per l'appellante a cui favore risulti emanata la sentenza»*.

45 Nel senso che se una sentenza di annullamento diviene definitiva – sia pure in pendenza di una pluralità di giudizi di appello di altre sentenze relative allo stesso atto, non ancora decisi – ciò impedisce una decisione utile negli altri appelli proposti dallo stesso appellante.

46 Ritiene infatti il giudice amministrativo che dopo il "passaggio in giudicato" di alcune sentenze di annullamento dell'atto generale «non residua alcun interesse giuridicamente apprezza-

rebbe però considerarla come impossibilità *«erga omnes»* di rimettere in discussione l'annullamento dell'atto generale, una volta che sia divenuta inoppugnabile anche una sola di diverse sentenze di annullamento del medesimo atto generale, pur pendendo appelli sulle altre sentenze, anche di soggetti diversi, destinati, a questo punto a diventare improcedibili, poiché comunque l'atto generale è definitivamente rimosso dal mondo giuridico.

Nella pratica sono peraltro noti casi nei quali il Giudice di appello si è pronunciato più volte, dopo una prima decisione di conferma, con decisioni successive difformi, sull'annullamento del medesimo atto generale, operato con più sentenze contestuali [47], evidentemente superando la questione della improcedibilità dell'appello dell'amministrazione di fronte all'intangibilità di una decisione di annullamento dell'atto generale.

In questo caso è inevitabile il conflitto fra i giudicati, che non può essere ritenuto "meramente logico", se si accede alla ricostruzione prevalente che considera il carattere esteso dell'effetto di annullamento come un problema di efficacia *erga omnes* del giudicato. Più decisioni di appello che confermano e riformano due o più identiche sentenze di annullamento *erga omnes* dello stesso atto generale, producono esattamente l'effetto di far convivere un annullamento definitivo *erga omnes* con una riemersione sempre *erga omnes*. Difficile, a questo punto, immaginare un criterio di risoluzione del conflitto che consenta di far prevalere una delle decisioni. Non sembra che possa ragionevolmente farsi riferimento al criterio cronologico o ad un criterio di prevalenza sul piano logico di una delle decisioni [48].

Probabilmente la questione richiama il tema dei limiti all'efficacia *erga omnes* dei giudicati di annullamento di atti inscindibili, che talora sono affiorati in giurisprudenza. Fra questi si indica il limite dei rapporti esauriti [49]. In realtà, si tratta di un riferimento piuttosto incerto (si fa l'esempio della prescrizione). Nella fattispecie appena citata il limite potrebbe però operare quanto meno nel senso di ritenere sottratto all'effetto *erga omnes* il giudicato *inter partes*, qualora difformi, riportando in questo modo sul piano logico il contrasto fra i giudicati. Ma si tratta ovviamente di comprendere quale sia la decisione che produce effetto *erga omnes*.

---

bile in capo all'Amministrazione» a coltivare un appello contro sentenza analoga (medesimi profili atto e motivi di impugnazione), perché la decisione dell'appello non potrebbe mantenere in vita le statuizioni rimosse. Cfr le già citate sentenze Cons Stato, Sez. VI, n. 4450/2002, n. 4184/2002 e n. 4895/2007.

47 Si veda ad esempio la vicenda dell'annullamento dell'art. 8 del decreto ministeriale 6 febbraio 2006, che aveva modificato i criteri di adeguamento della tariffa incentivante stabilita dal precedente decreto ministeriale 28 luglio 2005, per la produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare provocando la reazione dei gestori di impianti fotovoltaici, pronunciata dal TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, con sentenze del 10 novembre 2006, n. 2124, 2125 e 2126. Sulle tre sentenze si sono pronunciati Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1435, che ha rigettato l'appello sulla seconda sentenza; Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012 n. 9, che ha accolto l'appello sulla terza sentenza, e Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2013, n. 3990, che uniformandosi alla Plenaria, ha accolto l'appello contro la prima sentenza, riformandola.

48 Nell'esempio fatto nella nota precedente si potrebbe forse ipotizzare di riconoscere all'argomento usato dalla Plenaria, che ha attribuito al decreto ministeriale impugnato una efficacia meramente interpretativa, una priorità logica rispetto al rilievo dell'illegittimità per violazione della regola della irretroattività. Ma qualsiasi conclusione voglia trarsi in termini di efficacia delle pronunce è a nostro avviso arbitraria.

49 Si veda ad esempio, in materia tariffaria, la decisione Cons. Stato, Sez. VI, n. 585/1993 cit.; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2380: l'annullamento di atti normativi indivisibili opera con il solo limite delle posizioni esaurite.

In realtà, se sopravvive una di più sentenze di annullamento del medesimo atto, divenuta intangibile (perché confermata in appello o non appellata), sembra logico riconoscere alla stessa, per il suo carattere costitutivo, effetto di annullamento dell'atto, che non sarebbe toccato da decisioni di appello, anche successive, che riformando altre sentenze di annullamento del medesimo atto, rigettano le originarie impugnazioni: questa conclusione sarebbe giustificata dalla asimmetria, quanto agli effetti, delle pronunce di accoglimento e di rigetto delle azioni di annullamento e sarebbe coerente con il principio, affermato dalla giurisprudenza citata, della improcedibilità dell'appello dell'Amministrazione di fronte al giudicato sceso su una di più sentenze di annullamento, nonché con il principio della portata *ultra partes* del giudicato di annullamento dell'atto inscindibile.

Come si vede, una rigorosa e coerente applicazione dei principi richiamati si scontra talora con esigenze pratiche, che inducono ad attenuarne la portata, se non a disattenderli, e comunque è resa difficoltosa dalla mancanza di regole certe ed acquisite che consentano la traduzione dei principi in adeguati istituti processuali.

7. Alcuni rilievi conclusivi

Sulla tematica esaminata rilevano e si intrecciano infatti profili diversi. Se il tema dell'estensione *ultra partes* degli effetti delle pronunce che riguardano gli atti generali è legato agli aspetti sostanziali del regime di questi ed alla conformazione dei poteri amministrativi, le problematiche poste dal concorrere di una pluralità di giudizi e di pronunce sullo stesso oggetto quando questo è un atto generale, richiamano altre questioni, che mostrano la difficoltà di garantire una soluzione impeccabile nell'ambito dei principi del processo amministrativo.

Secondo il tradizionale orientamento, l'effetto esteso, sul piano soggettivo, dell'annullamento dell'atto generale è coerente con l'efficacia tipica degli atti dei quali si discute, che si conserva nelle vicende che li riguardano. La concatenazione è in sé lineare: l'atto amministrativo ha effetti generali; la decisione di annullamento (giurisdizionale o amministrativa), che partecipa dello stesso carattere costitutivo del primo atto, ha anch'essa effetti generali; la pronuncia di annullamento dell'annullamento produce effetti non dissimili, ripristinando, con effetto *erga omnes,* l'efficacia dell'atto generale "riemerso".

Nel caso di pluralità di impugnazioni in sede giurisdizionale aventi ad oggetto lo stesso atto generale, l'effetto esteso delle pronunce di annullamento deve confrontarsi con i caratteri del processo amministrativo e delle decisioni del giudice amministrativo, ed in particolare, nell'ottica che interessa, con le questioni che riguardano il regime delle preclusioni processuali e la stabilità della pronuncia di annullamento (e che, con molta approssimazione, si possono ricondurre al tema del giudicato). Ma le soluzioni risentono del carattere specifico dell'oggetto dei giudizi.

In effetti, nelle vicende processuali richiamate, abbiamo visto che l'annullamento dell'atto generale produce effetti nei processi non ancora conclusi contro lo stesso atto, rendendo prive di oggetto le impugnazioni di altri soggetti, che debbano essere decise dopo il primo annullamento o comunque soddisfacendo l'interesse che le giustifica. In sé, però, questa conclusione è la con-

seguenza del mero fatto dell'annullamento e non dei caratteri tipici della decisione giurisdizionale (e del giudicato): non cambierebbe, infatti, se l'annullamento fosse pronunciato in via amministrativa.

Nel caso della improcedibilità dell'appello dell'Autorità dopo la definitività di uno fra più annullamenti dello stesso atto generale prevale la considerazione che la possibilità di rimettere in discussione la decisione di annullamento metterebbe a rischio l'affermazione della portata *erga omnes* dell'annullamento dell'atto generale. Sebbene la stabilità raggiunta dalla decisione di annullamento sia determinata dall'applicazione delle regole proprie del giudicato formale (ma sarebbe lo stesso se si parlasse di un annullamento amministrativo divenuto inoppugnabile), ciò che rileva è che un atto generale ad effetti inscindibili non potrebbe essere annullato per alcuni e non per altri dei suoi destinatari.

Nel caso della sentenza di appello che riformi l'annullamento e rigetti la originaria impugnazione, sembrerebbe che possa operare, nel caso di identità di motivi, la regola della riemersione *erga omnes* dell'atto generale.

Sul piano processuale gli appelli che siano successivamente portati in decisione su altre sentenze di annullamento dello stesso atto generale, per i medesimi motivi, dovrebbero ritenersi quindi improcedibili.

Su questa conclusione incide come si vede la questione della identità di motivi che sorreggono le impugnazioni concorrenti. Per ragioni logiche infatti mentre l'annullamento dell'atto inscindibile può operare *erga omnes* in considerazione del mero carattere costitutivo della decisione, la «riemersione» dell'atto annullato, conseguente all'accoglimento di un appello ed alla riforma di una sentenza di primo grado, pur in presenza di altre decisioni di annullamento dello stesso atto, può avere efficacia estesa solo se i motivi di impugnazione sono i medesimi. Se le sentenze di primo grado avessero accolto motivi diversi o profili diversi, in pendenza di più appelli, non opererebbe la riemersione dell'atto annullato fino all'accoglimento di tutti gli appelli. In questo modo, la riemersione sembra essere conseguenza di un mero accidente.

Invero, ad ogni sentenza di primo grado che ha annullato il medesimo atto generale dovrebbe riconoscersi un effetto costitutivo, che potrebbe essere rimosso solo con altra decisione costitutiva di riforma. In questo modo, infatti, si nega qualsiasi efficacia alle decisioni successive alla prima e la regola della riemersione riposa, in definitiva, sulla convinzione che non potrebbero esserci valutazioni differenti sui medesimi motivi.

In realtà, le difficoltà segnalate in questa breve rassegna manifestano una esigenza di fondo: quella di razionalizzare e possibilmente ricondurre ad unità i processi sulle impugnazioni concorrenti avverso il medesimo atto amministrativo generale a contenuto inscindibile. Si tratta di una esigenza che non è meramente processuale, ma che evidentemente si riflette sul piano sostanziale, condizionando la stabilità e la certezza della regolazione.

Sul piano processuale, i meccanismi di razionalizzazione e riconduzione ad unità sono diversi. Come si è visto, la affermazione della improcedibilità dei ricorsi avverso lo stesso atto generale già annullato, in considerazione del carattere esteso della efficacia della decisione di annullamento, è già uno strumento di razionalizzazione dei giudizi concorrenti sullo stesso oggetto, che dovrebbe consentire di escludere una seconda pronuncia di merito dopo una prima decisione di annullamento dell'atto generale. Nel caso di giudizi simultanei o successivi sullo stesso oggetto dovrebbe soccorrere la facoltà di disporre la riunione dei giudizi.

Anche le regole sulla competenza territoriale e funzionale dei Tribunali amministrativi regionali e sulla sua inderogabilità dovrebbero soccorrere, proprio in questa materia, consentendo la concentrazione delle controversie che riguardano gli atti generali ed in particolare gli atti di regolazione. In particolare, il principio di cui all'art. 13, comma 4 *bis*, c.p.a. che sancisce la prevalenza del foro ordinario dell'atto generale, sottraendolo allo spostamento per connessione, dovrebbe rispondere all'esigenza di concentrare in unica sede l'impugnazione dell'atto generale [50]. Nelle materie che trattiamo vale poi la competenza funzionale sancita dagli artt. 14 e 135 c.p.a.

Nonostante ciò sarebbe auspicabile un rafforzamento della disciplina positiva che garantisse le esigenze proprie di un processo così particolare, come quello che ha ad oggetto atti generali e soprattutto atti di regolazione.

È già stato osservato come nel caso degli atti generali delle autorità di regolazione si manifesti la necessità di un processo che tenga conto dei tempi della regolazione e della complessità delle relazioni coinvolte da essa [51].

La specialità del rito dovrebbe riguardare anche la creazione di meccanismi atti a rendere possibile la concentrazione, in primo e secondo grado, dei giudizi che attengono agli atti di regolazione, intervenendo sui criteri per garantire, ove possibile, un simultaneo giudizio ed una pronuncia unica, anche attraverso la puntualizzazione dei poteri di riunione dei giudizi ed una diversa regolamentazione dei poteri di impulso delle parti.

È sempre attuale, poi, il tema della pubblicità delle decisioni giurisdizionali che riguardano gli atti generali [52] ed in particolare gli atti di regolazione.

La produzione di effetti *erga omnes* richiederebbe anche misure di conoscibilità della decisione giurisdizionale analoghe a quelle previste per l'atto annullato ed idonee a fornire certezza sulla sorte dell'atto di regolazione e sulla decorrenza della cessazione dei suoi effetti.

In questo senso è noto che la normativa sul ricorso straordinario prevede la

---

50 «4-*bis*. La competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza». Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 25 novembre 2013, n. 10048: sussiste la competenza del Tar Lazio, sede di Roma, *ex* art. 13 comma 4 *bis* c.p.a., a conoscere la controversia avente ad oggetto un decreto ministeriale a contenuto regolamentare generale.

51 Per questa notazione v. ancora G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, cit. Secondo questo Autore sarebbe necessario introdurre un rito speciale per l'impugnazione degli atti generali di regolazione. «*Questo tipo di contenzioso [infatti] solleva questioni specifiche proprio in ordine ai tempi del giudizio, che, a seconda dei casi, rischiano di essere troppo anticipati (perché magari non si sono potuti sperimentare i benefici di una regola contestata) o tardivi (quando i danni di una decisione si sono già prodotti ed è difficile ripristinare la situazione* quo ante*, perché molteplici operatori sono coinvolti in una complessa trama di relazioni commerciali e finanziarie)*». La notazione è ripresa da M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., p. 97.

52 Il tema riaffiora talora in dottrina e in giurisprudenza. Sulla questione dell'efficacia *erga omnes* dell'annullamento dei regolamenti e delle forme di pubblicità della decisione, si veda ad esempio F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 20072, p. 338, che ritiene «indispensabile che siano apprestati adeguati strumenti pubblicitari». Si veda anche il parere reso dall'Adunanza Generale del Cons. Stato, 8 febbraio 1990, n. 16/89, in *Cons. Stato*, 1992; I, p. 303, reso sul disegno di legge delega per l'emanazione di norme sul processo amministrativo, approvato alla Camera il 12 ottobre 1989, che prevedeva che l'Amministrazione dovesse dare «pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati» alla sentenza definitiva che pronunci l'annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo.

pubblicità con le medesime forme degli atti annullati della decisione di annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo [53]. La stessa *ratio* imporrebbe che anche nei casi esaminati, ed in particolare nei settori sensibili della regolazione, le decisioni del giudice amministrativo fossero pubblicate. Fin da ora sembrerebbe comunque possibile o che il giudice, con la sentenza di merito, imponga all'amministrazione gli incombenti necessari a garantire una adeguata conoscibilità della pronuncia [54], ovvero che l'Autorità intenda i vincoli di trasparenza e le regole pubblicità previsti dalla legge per i suoi atti nel senso di estendere alle decisioni di annullamento del giudice amministrativo le stesse forme di conoscibilità degli atti di regolazione annullati. Non senza rilevare l'opportunità di una specifica disciplina che tenga conto anche del possibile disallineamento temporale fra l'efficacia *inter partes* e l'efficacia estesa della decisione di annullamento, se quest'ultima dipendesse dalla pubblicazione della sentenza nelle forme dell'atto annullato, in coerenza con i caratteri e le esigenze dell'attività di regolazione.

53 L'art. 14, comma 3, d.P.R. n. 1199/1971, per il ricorso straordinario, stabilisce che, qualora il decreto di decisione del ricorso straordinario pronunci l'annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo, del decreto stesso deve essere data, a cura dell'Amministrazione interessata, nel termine di trenta giorni dalla emanazione, pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati.

54 Risulta che decisioni di questo contenuto siano state adottate, in sede di ottemperanza, in materia di tariffe autostradali: si veda la decisione Cons. Stato, Sez. IV, 14 marzo 1995, n. 172 citata da M. CLARICH, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, p. 2085. Si veda anche, in sede di ottemperanza della sentenza di annullamento di alcune clausole del regolamento per l'abbonamento telefonico (approvato con decreto ministeriale del 1988), la decisione Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 1993, n. 954, che ha disposto che il Ministero, in ottemperanza al giudicato, provvedesse alla pubblicazione di un estratto della decisione ottemperanda, in applicazione del principio contenuto nel sopra citato art. 14, comma 3, d.P.R. n. 1199/1971.

Nuove frontiere tra regolazione, proprietà intellettuale e tutela della concorrenza nel settore farmaceutico: le pratiche di brevettazione strategica

di Claudia Desogus *

ABSTRACT

In time intellectual property rights (IPRs) and competition law have become part of the regulatory framework disciplining the pharmaceutical market. Generally these policy tools together aim at balancing the need to spur innovation and the right to grant universal access to medicines. However, it seems that, particularly in the pharmaceutical market, IPRs are sometimes used, not as pro-competitive instruments, but as a means to restrict competition. Strategic patent filing aimed at foreclosing market access for generic companies or for other originators is an example of the distorted use of IPRs. The possibility to scrutinize the anticompetitive exercise of IPRs is nowadays generally accepted within the European legal system, since EU competition law is considered to provide an additional layer of regulation of IPRs. However, the mere existence of IPRs has been traditionally considered to be immune from antitrust intervention. The antitrust analysis of patent filing activities thus poses the question of whether the interplay between competition law and IPRs can be reshaped in order to include the existence of IPRs within the area of the enforcement activities of antitrust authorities, or whether the remedies to these strategic behaviours should come from within the IPR system only. In this paper I support the idea that antitrust intervention is necessary and that it does not undermine the consistency of the IPR system, since, according to a functionalist approach to IPRs, the latter is a sub-system of the former. The paper also aims at structuring a general theory whose purpose is to identify the circumstances in which strategic patenting can be subject to the antitrust intervention: two options are examined, the doctrine of Abuse of Rights and an adapted version of the s.c. incentives balance test established in the Microsoft *EU case.*

SOMMARIO: 1. Il ruolo del diritto della concorrenza nel mercato farmaceutico e il rapporto con il sistema brevettuale: limiti interni e limiti esterni. – 2. Le pratiche di brevettazione strategica nel mercato farmaceutico. – 3. La capacità di autocorrezione del sistema brevettuale. – 3.1. L'insufficienza degli "anticorpi concorrenziali" del sistema brevettuale. – 4. Le pratiche di brevettazione strategica come illecito *antitrust*. – 4.1. La necessità di un *quid pluris* per l'intervento *antitrust*: il ruolo dell'intento anticoncorrenziale nell'integrazione della fattispecie. – 4.2. La brevettazione strategica come forma di abuso del diritto: anticoncorrenzialità intesa come irrazionalità economica. – 4.3. Gli elementi sui quali fondare l'irrazionalità economica

* Funzionario dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato. Il presente contributo riflette esclusivamente le opinioni dell'Autore e non impegna in alcun modo la responsabilità dell'AGCM. Si ringraziano Armando Carlone, per i chiarimenti ricevuti sugli aspetti di natura chimica, Matteo Negrinotti e Luca Armando per i commenti ricevuti su una versione preliminare del testo. Ogni eventuale errore rimane a carico dell'Autore.

dell'esercizio del diritto al brevetto. – 5. Una ricostruzione alternativa: il *test* della limitazione dello sviluppo tecnologico. – 6. Conclusioni.

1. Il ruolo del diritto della concorrenza nel mercato farmaceutico e il rapporto con il sistema brevettuale: limiti interni e limiti esterni

L'attuazione dei precetti costituzionali contenuti nell'art. 32 Cost., che tutela il diritto alla salute, nel nostro ordinamento è stata tradizionalmente affidata in maniera esclusiva a strumenti regolatori. In particolare, il diritto alle cure farmacologiche è stato garantito principalmente per il tramite delle procedure amministrative di autorizzazione all'immissione in commercio (AIC), che assicurano che le specialità medicinali commercializzate siano efficaci e sicure, e delle politiche di controllo dei prezzi, che mirano a garantire l'accessibilità ai farmaci ad una platea di soggetti più vasta possibile. L'intervento diretto dello Stato, con lo scopo di tutelare un interesse di fondamentale importanza, dunque, ha reso il mercato farmaceutico un settore intensamente regolato.

Il contemperamento della tutela dell'interesse pubblico con quello privato facente capo alle imprese operanti nel settore farmaceutico, per tanto tempo considerato "recessivo" rispetto al primo [1], è giunto ad uno snodo fondamentale con la celebre sentenza della Corte cost. 20 marzo 1978, n. 20 [2]. In tale occasione il Giudice delle leggi ha ritenuto che un efficace sistema brevettuale è un elemento essenziale nel perseguimento di detto obiettivo, in quanto esso, tramite il diritto di esclusiva, fornisce alle imprese farmaceutiche gli incentivi economici necessari ad effettuare gli investimenti in ricerca e sviluppo per la produzione di nuovi farmaci più efficaci [3], e, dunque, stimola il progresso economico e scientifico.

In tal modo, il sistema di protezione dei diritti di proprietà intellettuale, e in particolare dei brevetti, è entrato a far parte del *set* di strumenti regolatori a disposizione per la disciplina del funzionamento del mercato farmaceutico. In particolare, l'insieme dei limiti interni insiti al sistema brevettuale, ovvero le condizioni e i termini in base ai quali il diritto di esclusiva viene concesso, i confini entro i quali esso può essere legittimamente esercitato, la sua durata e la sua ampiezza, costituiscono i principi-cardine su cui si basa la regolazione dell'innovazione, anche per il mercato farmaceutico.

---

1 L'art. 14 del r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 (c.d. *Legge sulle Invenzioni*), infatti, prevedeva che "*non possono costituire oggetto di brevetto i medicamenti di qualsiasi genere, né i processi per la loro produzione*", così sancendo la non brevettabilità dei farmaci. Ciò aveva nel tempo fornito un incentivo alla concorrenza per imitazione con conseguente sviluppo dell'industria dei generici e di pratiche quali il c.d. co-marketing. In tema v. FRANCESCHELLI, *Ciarlatani, speziali e segretisti*, in *Problemi attuali del Diritto Industriale*, 1977, p. 375.

2 La Corte, chiamata ad esprimersi proprio sulla costituzionalità della norma che stabiliva il divieto di brevettazione delle specialità medicinali, ha dichiarato la contrarietà della disposizione in parola con la Carta Costituzionale, *inter alia*, per contrarietà all'art. 9 Cost., che tutela la ricerca e lo sviluppo tecnologico e scientifico. Per commenti alla sentenza v. UBERTAZZI-GROPPALI, in *Rass. dir. farm.*, 1978, pp. 301-317; RISTUCCIA, *Il farmaco tra autorizzazioni amministrative e privative industriali,* in *Riv. dir. civ.*, 1, 1993, p. 91; PARDOLESI-GRANIERI, *Alcune considerazioni sui rapporti tra proprietà intellettuale e concorrenza nel settore farmaceutico*, in *Dir. ind.*, 2002, p. 379.

3 V. LEVY, *FTC Bureau of Economics Staff Report – The Pharmaceutical Industry: A Discussion of Competitive and Antitrust Issues in an Environment of Change,* marzo 1999, dove si stima che il 65% delle specialità medicinali introdotte nel mercato americano nel 1999 non sarebbe stata mai commercializzato in assenza di protezione brevettuale.

La Corte Costituzionale ha, tuttavia, ritenuto che i brevetti sono uno strumento necessario ma non sufficiente, da solo, a tutelare la salute pubblica. Il diritto di esclusiva ad essi connesso, infatti, può condurre all'applicazione di prezzi eccessivi alle specialità medicinali, tali da vanificare proprio l'esigenza di garantire l'accesso universale alle cure farmacologiche. Da qui il bisogno di controllare lo sfruttamento dell'eventuale potere di mercato che si potrebbe costituire in capo alle imprese. Ancora una volta, si è ritenuto che tale necessità poteva essere soddisfatta per il tramite della regolazione, e in particolare attraverso il controllo statale dei prezzi dei prodotti farmaceutici, che, "calmierandone" il livello, appariva imprescindibile al fine di garantire l'accesso generalizzato dei cittadini ai farmaci e la tutela del diritto alla salute [4].

È noto, tuttavia, come il controllo dei prezzi delle specialità medicinali per via amministrata, in alcuni casi, si sia rivelato non completamente in grado di contenere il livello dei prezzi, né di fare in modo che al continuo aumento di questi ultimi corrispondesse sempre un valore aggiunto sotto il profilo dell'innovazione terapeutica [5]; in altri casi, invece, le politiche di controllo dei prezzi sono riuscite in tale intento, ma l'eccessiva revisione al ribasso dei prezzi delle specialità medicinali ha nuovamente condotto ad una compressione della libera iniziativa di impresa, facendo riemergere l'antico fronte di tensione tra i diversi interessi in gioco che la Corte Costituzionale aveva inteso comporre [6].

---

4 Le politiche di controllo del prezzo dei farmaci sono state oggetto di numerosi interventi del legislatore statale. Inizialmente la disciplina, contenuta nell'art. 8, comma 10, della legge n. 537 del 1993, suddivideva i medicinali nella categoria "A" (comprensiva dei farmaci essenziali e per le malattie croniche, rimborsati dal SSN), per i quali prevedeva i c.d. "prezzi amministrati", e nella categoria "C" (farmaci non rimborsati dal SSN). Con riguardo ai farmaci di categoria "A", il "prezzo amministrato" è stato sostituito dalla forma meno autoritativa del c.d. "prezzo sorvegliato", corrispondente all'individuazione del prezzo medio europeo (art. 8, comma 12, legge n. 537/1993; delibere CIPE del 25 febbraio 1994 e dell'8 agosto 1996) e, infine, del "prezzo contrattato", riferito a specifiche categorie di farmaci (art. 1, comma 41, legge n. 662/996 ed art. 36, comma 10, legge n. 449/1997), definito sulla base di una serie di criteri, fra i quali il rapporto costo-efficacia, la domanda e con essa i volumi di vendita, gli sconti per le forniture agli ospedali ed alle strutture sanitarie pubbliche, volumi e prezzi di altri medicinali delle stesse imprese (v. delibera CIPE del 1° febbraio 2001 *Individuazione dei criteri per la contrattazione del prezzo dei farmaci*).

5 Questa era, infatti, una delle preoccupazioni espresse dai rappresentati degli Stati membri dell'Unione europea in occasione delle c.d. *Bangemann Roundtables*. V. la Comunicazione della Commissione europea sul mercato unico dei farmaci COM(98) 588 final, del 25 novembre 1998, p. 9.

6 Peraltro, la Consulta ha tentato nuovamente di compore tali interessi con la sentenza 7 luglio 2006, n. 279 dove ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice di pace di Borgo San Lorenzo in relazione ai c.d. ripiani di spesa, *inter alia*, con gli artt. 3, 9, 32, 41 Cost. La Corte è pervenuta a tale giudizio ritenendo che la rimodulazione al ribasso dei prezzi dei farmaci previamente contrattati è legittima in quanto preordinata a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti, i quali possono condurre ad una compressione del diritto di libera iniziativa di impresa, qualora tale compressione avvenga in maniera proporzionata. Così l'imposizione ai produttori di uno sconto che tenga conto dei costi di produzione e di commercializzazione dei farmaci, oltre che dell'efficacia degli stessi, lascia all'imprenditore un più ridotto ma ragionevole margine di utile, persegue in maniera proporzionata e idonea l'obiettivo di "*realizzare il contenimento della spesa sanitaria in vista del fine di utilità sociale costituito dalla garanzia del più ampio godimento del diritto alla assistenza farmaceutica*". Dal canto suo, l'AGCM in sede di *advocacy* si è espressa sul tema dei ripiani di spesa rilevando che l'utilizzo di strumenti autoritativi quali gli interventi di revisione dei prezzi dei farmaci o dei livelli di rimborsabilità, come forma di controllo dei prezzi e della spesa farmaceutica, può potenzialmente produrre degli effetti negativi sulla concorrenza dinamica. Ad esempio, la ripartizione del contributo delle imprese al ripiano del debito, mediante la definizione *ex ante* di *budget* annuali da attribuire alle imprese sulla ba-

È in tale contesto di "fallimento regolatorio", nel senso della parziale incapacità di entrambi gli strumenti in parola di contemperare in maniera adeguata i diversi interessi coinvolti, che il diritto della concorrenza, la cui applicazione si giustifica, innanzitutto, in ragione della struttura oligopolistica che i mercati farmaceutici possono assumere [7], ha man mano assunto un ruolo significativo, diventando uno strumento di *policy* utile a comporre le istanze facenti capo ai soggetti portatori degli interessi direttamente protetti dalle menzionate forme di intervento pubblico sul mercato. In particolare, il diritto *antitrust* si è man mano affermato come mezzo di controllo dell'esercizio dello *ius excludendi alios* goduto dalle imprese farmaceutiche, al fine di garantire che la protezione di tale prerogativa non ecceda quanto necessario per stimolare l'innovazione e non sia utilizzata, per contro, come strumento per restringere la concorrenza e così favorire l'applicazione di prezzi eccessivi. In tal senso, esso si aggiunge come limite esterno ai limiti interni già contenuti *in nuce* dal sistema brevettuale, il quale di per sé contempla dei rimedi atti a garantire che l'acquisizione e l'esercizio di un brevetto siano funzionali solo a garantire l'avanzamento del progresso scientifico.

Se, da un lato, l'operatività di tali limiti esterni all'esercizio dei diritti di privativa è in generale considerata oramai consolidata nel nostro ordinamento – si pensi, in particolare, alle c.d. "circostanze eccezionali" nelle quali il rifiuto di concedere in licenza *input* coperti da brevetti (o altri diritti di proprietà intellettuale) da parte del titolare nei confronti dei concorrenti che ne facciano richiesta è ritenuto anticoncorrenziale [8] –, dall'altro lato, l'ambito di tale operatività è

---

se dei ricavi realizzati nel precedente esercizio, senza differenziare tra imprese innovative e non innovative, avrebbe potuto costituire un elemento di rigidità dei mercati, facendo venire meno l'incentivo ad incrementare la quota di produzione di farmaci innovativi. Cfr. la segnalazione AS421 – *Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale* del 25 ottobre 2007 dell'AGCM.

7 Il mercato farmaceutico si caratterizza per l'incertezza della ricerca farmaceutica, la lunghezza dei test clinici, gli ingenti costi per lo svolgimento della ricerca e sviluppo, nonché l'esistenza del *dossier protection* (ovvero la possibilità per il solo titolare del brevetto di accedere al dossier contente una serie di informazioni amministrative, le informazioni chimiche, farmaceutiche e biologiche su medicinale, le relazioni sugli studi farmacologici, farmacocinetici e tossicologici e sulle sperimentazioni cliniche intese a dimostrare efficacia e sicurezza, ai sensi dell'art. 14, par. 11, del Regolamento (CE) n. 726/2004), che, per la rilevanza e sensibilità delle informazioni in esso contenute, nonché per la lunghezza della privativa (in ambito europeo la più lunga al mondo, pari a otto anni, estendibili di due anni e di un ulteriore anno se nei primi otto anni l'impresa ha effettuato delle modifiche migliorative alla molecola, come prevede l'art. 8, par. 3, direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano), può essere ritenuto più del brevetto "il nucleo essenziale della proprietà intellettuale". Così PIRIA, *Il "dossier" del medicinale tra diritto amministrativo e diritto industriale,* in *Dir. ind.,* 2012, n. 5, p. 413 ss., *ivi*, p. 416 ss. Tali caratteristiche fanno sì che il tasso di sostituzione di una specialità medicinale con un'altra sia molto più lento, favorendo la potenziale cristallizzazione di strutture di mercato oligopolistiche. Cfr. sul punto i risultati dell'indagine conoscitiva sul settore farmaceutico dell'AGCM, IC14, provv. 6 novembre 1997, n. 5486, pp. 37-38, dove emerge che i mercati farmaceutici italiani sono spesso di piccola dimensione, a causa dell'elevata specializzazione dei prodotti in esso presenti, e hanno un tasso di concentrazione molto elevato. L'indagine, tuttavia, aveva appurato che, nonostante gli elevati livelli di concentrazione riscontrati, negli anni tra il 1992 e il 1996 la concorrenza tra le imprese era stata sostenuta, soprattutto grazie agli investimenti in innovazione che avevano consentito il lancio di nuovi prodotti e una dinamicità nelle quote di mercato delle prime quattro imprese presenti in ciascun mercato rilevante analizzato. Tuttavia, la successiva ondata di concentrazioni tra multinazionali farmaceutiche e il rallentamento dell'attività inventiva, entrambe generate dal drammatico incremento dei costi della ricerca e sviluppo, potrebbero aver fatto aumentare ulteriormente l'indice di concentrazione dei mercati e contemporaneamente aver affievolito tale pungolo concorrenziale.

8 Il *test* delle c.d. "circostanze eccezionali" è stato sviluppato dalla Corte di Giustizia a parti-

tuttora oggetto di discussione [9]. Una forte protezione dei diritti di brevetto è, infatti, ritenuta di fondamentale importanza per la competitività delle imprese operanti nel mercato farmaceutico. Tuttavia, all'aumento della forza e del numero delle fonti di tutela non sembra corrispondere sempre un incremento sensibile dei prodotti farmaceutici realmente innovativi immessi sul mercato [10]. È noto, infatti, che il tasso di innovazione nel mercato farmaceutico si trova oramai da tempo in un'*impasse* significativa, che in parte sembra risiedere in un malfunzionamento del sistema brevettuale. Pertanto, sembrerebbe che il sistema brevettuale, tendente alla frammentazione esasperata delle fonti di tutela, abbia per certi versi tradito la propria vocazione pro-concorrenziale e non sia più in grado di stimolare sufficientemente l'innovazione sequenziale. Al contrario, esso sembrerebbe bloccarla.

L'attivazione del rimedio *antitrust* nei casi in cui i brevetti conducono ad una restrizione della concorrenza sembrerebbe, dunque, giustificabile, specie se finalizzata a tutelare la forma più nobile di concorrenza, ovvero quella dinamica esercitata da prodotti basati su tecnologie innovative che sostituiscono le vecchie. L'apertura dei mercati tramite la promozione della concorrenza c.d.

---

re dalla distinzione tra esistenza ed esercizio di un diritto di proprietà intellettuale (su cui v. più diffusamente *infra* la nota 71), in base alla quale l'esercizio "normale" del diritto di privativa, ovvero che inerisce alla sua funzione essenziale, al pari dell'esistenza stessa del diritto, non può essere soggetto all'applicazione del diritto della concorrenza. Il *test* prevede, tuttavia, che in determinate circostanze eccezionali (ovvero, qualora i) la licenza sul diritto di proprietà intellettuale sia indispensabile per accedere al mercato, diverso, nel quale l'impresa rivale vuole fare ingresso e ii) il rifiuto di concedere tale diritto in licenza impedisca la commercializzazione di un nuovo prodotto di tale mercato, iii) esso sia ingiustificato e, infine, iv) esso elimini del tutto la concorrenza su tale mercato) l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale può essere soggetto allo scrutinio *antitrust*, anche quando esso integra condotte che ineriscono alla funzione essenziale del diritto di brevetto. V. Corte di Giustizia, 6 aprile 1995, cause riunite 241 e 242/91 *RTE e ITP c. Commission* (*Magill*); Corte di Giustizia, 26 novembre 1998, causa 7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, et al.*; Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, causa 418/01 *IMS Health c. NDC Health*. La giurisprudenza della Corte di Giustizia indica, quindi, che i diritti di proprietà intellettuale non godono di una tutela incondizionata nell'ordinamento europeo; al contrario, tale tutela viene meno qualora il loro esercizio conduca ad una soppressione significativa della concorrenza che non è necessaria per stimolare l'innovazione. Tra i critici di questo filone giurisprudenziale, v. STAMATOUDI, *The hidden agenda in Magill,* in *JWIP,* 1998, p. 161; VAN DER WAL, *Article 86 EC: the limits of compulsory licensing*, in *Eur. Comp. L. Rev.,* 1994, p. 232; SUBIOTTO, *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law: a small contribution to a necessary debate*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 1992, p. 239; REINDL, *The Magic of Magill: TV Program Guides as a Limit of Copyright Law?*, in *Int'l Rev. of Intell. Prop. & Comp. Law,* 1993, p. 60. Più favorevoli a tale orientamento giurisprudenziale v. VINJE, *The final word on Magill*, in *EIPR*, 1995, p. 297; GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law*, Sweet & Maxwell, London-Toronto, 1996, p. 149-150, ancorché quet'ultima ritenga che le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia in *Magill* siano state eccessivamente vaghe e possano condurre ad una prevalenza del diritto della concorrenza sul sistema brevettuale anche quando ciò non è appropriato.

9 V. ANDERMAN, *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, New York, Cambridge University Press, 1998, p. 3, il quale ritiene che il diritto *antitrust* costituisce un set normativo che fornisce un secondo standard di legalità e di tutela in materia di esercizio di diritti di proprietà intellettuale. *Contra* v. REINDL, *Intellectual Property and Intra-Community Trade,* in *Fordham Corp. Law Inst.,* 1996, p. 453. GALLOWAY, *Driving Innovation: A Case for Targeted Competition Policy in Dynamic markets,* in *World Competition*, 2011, n. 34(1), p. 75, ritiene che l'applicazione del diritto della concorrenza a mercati regolamentati non implica che questo sia una fonte aggiuntiva di regolazione; piuttosto il diritto *antitrust* agisce *ex post* in maniera complementare rispetto alla regolazione, anche brevettuale, sanzionando manipolazioni della stessa che possano danneggiare il mercato e il consumatori.

10 V. la Comunicazione della Commissione europea del 8 luglio 2009 (di seguito, la "*Indagine sul settore farmaceutico. Final Report*"), p. 4, disponibile al *http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_it.pdf*, insieme agli allegati tecnici, disponibili al *http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry*.

by substitution, a discapito dei titolari dei diritti di esclusiva, ha, d'altronde, l'effetto di incentivare l'innovazione da parte di terzi e, quindi, di supplire alle mancanze del sistema brevettuale. D'altro canto, specie quando le distorsioni al buon funzionamento del mercato derivano dall'esistenza stessa di un diritto di privativa, l'apposizione di limiti esterni potrebbe condurre ad una dilatazione dell'ambito di interferenza del diritto *antitrust* sul sistema brevettuale tale da rischiare di compromettere l'armonicità del quadro regolatorio, ovvero di deprimere gli incentivi dei titolari dei diritti di esclusiva ad innovare.

La definizione dell'intersezione tra sistema brevettuale e diritto della concorrenza nel settore farmaceutico assume, quindi, grande importanza. In tale ambito, forse più che in altri, infatti, il contemperamento tra le due forme di intervento sul mercato appare estremamente delicato, poiché è in grado di condizionare l'effettiva tutela e il corretto soddisfacimento di interessi di rango sovraordinato.

Il presente contributo muove dal tema delle pratiche di brevettazione strategica poste in essere dalle imprese nel mercato farmaceutico (sez. 2) per cercare di ridefinire i confini dell'ambito di interferenza del diritto *antitrust* sul sistema brevettuale. A tale scopo, dopo essere giunti alla conclusione che il sistema brevettuale non è sempre in grado di correggere eventuali comportamenti opportunistici che sfruttano la complessità della regolazione brevettuale, e che, quindi, l'intervento *antitrust* è necessario (sez. 3), l'analisi svolta mira ad individuare quali sono le circostanze nelle quali le pratiche di brevettazione strategica costituiscono un illecito *antitrust.* In particolare, si esamina se queste possano essere ricondotte nell'alveo della figura dottrinale dell'abuso del diritto, che in questa sede viene considerato integrato quando la condotta posta in essere da un'impresa è economicamente irrazionale (sez. 4), ovvero se la loro eventuale restrittività sotto il profilo concorrenziale possa essere vagliata alla luce del *test* della limitazione dello sviluppo tecnologico sviluppato dalla Corte di Giustizia europea a partire dal caso *Microsoft* (sez. 5).

2. Le pratiche di brevettazione strategica nel mercato farmaceutico

In ambito farmaceutico il rapporto tra sistema brevettuale e diritto della concorrenza si è evoluto verso un sempre maggiore intervento del secondo sul primo, innanzitutto laddove questo non si è mostrato adeguato a consentire lo sviluppo di meccanismi concorrenziali efficaci. Emblematica in tal senso è l'attività svolta in sede di *advocacy* dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, "AGCM"), la quale ha concentrato la propria attenzione sugli ostacoli regolatori che potevano impedire lo sviluppo della concorrenza tra imprese genericiste e *originator,* e in particolare, *i)* sull'eccessiva durata dei certificati complementari di protezione (CCP)[11] e

11 I certificati complementari di protezione (CCP) sono dei titoli di privativa che estendono la tutela brevettuale dei prodotti farmaceutici oltre la durata ordinaria di vent'anni per recuperare il tempo perduto nell'attesa della conclusione del processo di autorizzazione alla commercializzazione. Nell'ordinamento italiano, la legge n. 349/1991 fissava la loro durata nel termine massimo di 18 anni, laddove il Regolamento (CE) n. 1768/92 stabiliva, invece, un massimo di 5 anni. Secondo l'AGCM il prolungamento della privativa brevettuale previsto sulla legislazione italiana rappresentava "*un sensibile ostacolo alla possibilità di sviluppare su larga scala i farmaci generici in Italia ed al conseguente mantenimento, nei mercati rilevanti dei farmaci, di prezzi più elevati*", non giustificabile da un punto di vista economico e industriale, per ragioni di tutela degli

ii) sul fenomeno del c.d. *patent linkage* [12].

Inoltre, il diritto *antitrust* è intervenuto sul sistema brevettuale anche quando la scorretta strutturazione dei diritti di esclusiva ha fornito alle imprese l'incentivo per assumere comportamenti anticoncorrenziali.

Ad esempio, i procedimenti avviati dall'AGCM nei confronti di *Merck* e *GlaxoSmithKline* avevano ad oggetto proprio le condotte con le quali le imprese hanno sfruttato a proprio vantaggio la particolare disciplina italiana in materia di CCP. In particolare, approfittando del fatto la disciplina applicabile non im-

---

investimenti in attività di ricerca e sviluppo, dato che per i prodotti interessati dai CCP tali investimenti erano stati, presumibilmente, già recuperati. Per porre rimedio all'eccessiva durata dei CCP, la legge n. 112/2002 aveva previsto una progressiva riduzione della stessa fino al completo allineamento con la durata prevista dal Regolamento (CE) n. 1768/92 e aveva parallelamente introdotto l'istituto delle licenze volontarie a titolo oneroso per il periodo di transizione. V. la segnalazione AS239 del 30 maggio 2002 sulla legge n. 112/2002 e sul relativo d.m. 17 ottobre 2002.

12 Con tale espressione si intende indicare la prassi normativa, presente in diversi Paesi europei, di subordinare l'inserimento dei farmaci generici nel prontuario farmaceutico nazionale, e quindi la rimborsabilità degli stessi da parte del Sistema Sanitario Nazionale (SSN), all'accertamento della scadenza della copertura brevettuale del medicinale di riferimento, e più in generale, si intende ogni forma di interferenza del sistema brevettuale con l'attività di regolazione volta ad assicurare il tempestivo ingresso dei farmaci generici sul mercato. Un esempio in tal senso nel nostro ordinamento si rinveniva nell'art. 68, comma 1-*bis*, c.p.i., che sanciva la possibilità per le imprese genericiste di richiedere un'AIC nell'anno antecedente la scadenza del brevetto della relativa specialità medicinale, senza che ciò configurasse contraffazione della privativa brevettuale. La richiesta di un'AIC prima dell'ultimo anno di validità del brevetto costituiva, invece, un'ipotesi contraffazione del brevetto. Così riteneva, ad esempio, il Tribunale di Torino nella sentenza dell'11-14 febbraio 2011, dove ha affermato che *"In base alle norme generali di cui agli art. 60 e 66 CPI, sussiste il divieto di compimento di qualsiasi atto diretto alla immissione in commercio di un farmaco interferente con l'oggetto di un brevetto non ancora scaduto, anche se si tratti di atti preparatori o prodromici alla commercializzazione del farmaco"*, e che l'art. 68, comma 1, c.p.i., in deroga a tale principio, scrimina *"l'esecuzione di test di sperimentazione e gli adempimenti pratici conseguenti (adempimenti pratici e non burocratico-amministrativi)*, con la conseguenza che l'avvio della procedura di registrazione di un farmaco non è compreso nell'eccezione data dall'art. 68, comma 1, c.p.i. (c.d. *Bolar Clause*). Tale disposizione risultava, tuttavia, in contrasto con l'art. 10, par. 6, direttiva 2001/83/CE, la quale prevede espressamente che l'esecuzione di sperimentazioni e i conseguenti adempimenti pratici non violano la privativa brevettuale né quella posseduta in seguito all'ottenimento di un CCP. La disposizione in parola è stata, dunque, abrogata dall'art. 83 del d.l. n. 1/2012 a seguito della procedura di infrazione n. 2010/4188 della Commissione europea nei confronti dell'Italia. Pertanto, attualmente la richiesta di un'AIC da parte di un genericista è considerata inclusa tra le attività ricomprese nell'eccezione sperimentale di cui all'art. 68 c.p.i., che non costituiscono contraffazione di brevetto. Per un'esaustiva ricostruzione dell'evoluzione normativa e dei problemi interpretativi sorti in relazione all'art. 68 c.p.i., specie per ciò che riguarda il comma 1-*bis,* v. GALLI, *"Bolar Clause" e presentazione della domanda di autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci generici dopo la revisione del Codice della Proprietà Industriale e il "Decreto Liberalizzazioni"*, in *Riv. Dir. ind.,* 2012, n. 4-5, p. 155 ss. Un'ipotesi di *patent linkage* ancora vigente nel nostro ordinamento*,* promanante da un *corpus* normativo diverso da quello brevettuale, è rinvenibile nell'art. 11 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, il quale è stato più volte oggetto delle recenti segnalazioni dell'AGCM (v. le segnalazioni dell'AGCM del 2 ottobre 2012 AS988 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013, pp. 14 e 64 e del 4 luglio 2014 AS1137 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014, pp. 22 e 71). Tale disposizione lega l'efficacia dei provvedimenti necessari all'inserimento dei farmaci generici nella Lista di Trasparenza ai fini del rimborso a carico del SSN, alle date di scadenza brevettuale indicate dal Ministero dello Sviluppo Economico e, in tal modo, subordina la procedura di concessione delle autorizzazioni per l'immissione in commercio di farmaci generici alla risoluzione di eventuali dispute inerenti presunte violazioni della proprietà industriale e commerciale. Per un'analisi della disposizione da ultima citata v. ARNAUDO, *Il* patent linkage *nel settore farmaceutico e nell'ordinamento italiano,* in *Merc. conc. reg.,* 2014, n. 2, pp. 355-364.

In generale, sull'effetto negativo del *patent linkage* sulla tempestiva diffusione dei generici v., *inter multis,* BHARDWAJ-RAJU-PADMAVATI, *The impact of Patent Linkage on Marketing of Generic Drugs,* in *J. Int. Prop. Rights.,* 2013, n. 18, pp. 316-322.

poneva ai titolari dei CCP di concedere in licenza il diritto di privativa a chi ne facesse richiesta, ma prevedeva la stipula di licenze volontarie, le due imprese hanno rifiutato di concedere in licenza [13] i CCP su alcuni principi attivi da esse prodotti ad imprese di chimica fine, che intendevano produrli e venderli ad imprese genericiste negli Stati membri dove la copertura brevettuale era già scaduta [14]. Ciò poteva impedire la produzione e la commercializzazione di farmaci generici in tali Stati membri.

Parimenti, alcune delle condotte analizzate dall'AGCM nel caso *Pfizer* [15], quali le pressioni esercitate sull'AIFA al fine di impedire il rilascio delle AIC ai genericisti e l'inserimento dei loro prodotti nella c.d. "Lista di Trasparenza", sono state con tutta probabilità incentivate dalla scarsa chiarezza dell'art. 68 c.p.i. in relazione al perimetro delle attività che i genericisti possono porre in essere in preparazione all'ingresso sul mercato in pendenza del brevetto senza incorrere in un'ipotesi di contraffazione: tra di esse, infatti, non figurano esplicitamente le attività amministrative, tra le quali rientra la richiesta di inserimento di un prodotto coperto da brevetto nella c.d. "Lista di Trasparenza" [16].

Anche un sistema brevettuale complessivamente equilibrato non è da solo sufficiente a garantire sempre che le imprese adottino dei comportamenti concorrenzialmente corretti. Al contrario, la complessità della disciplina, ancorché

---

13 Proprio la legge n. 112/2002 prevedeva anche una particolare procedura di conciliazione, nel caso di rifiuto di concedere in licenza l'uso del principio attivo da parte dell'*originator* nei confronti dei genericisti, nell'ambito della quale si inseriva uno specifico intervento dell'AGCM, che ha dato origine alla segnalazione e alla successiva apertura del procedimento istruttorio.

14 Il caso si inserisce proprio nel filone giurisprudenziale sviluppato dalla Corte di Giustizia in relazione alle c.d. "circostanze eccezionali" nelle quali il rifiuto di concedere in licenza *input* coperti da un diritto di proprietà intellettuale da parte del titolare nei confronti dei concorrenti che ne facciano richiesta è ritenuto anticoncorrenziale. L'anticoncorrenzialità del rifiuto è, infatti, scaturita, nell'analisi dell'AGCM, da due fattori: innanzitutto, dal fatto che *i)* le licenze erano risorse essenziali per l'ingresso dei genericisti sul mercato – la produzione di quei principi attivi sulla base di formule chimiche alternative richiedeva procedure tecniche complesse che non erano alla portata delle imprese richiedenti le licenze – e che *ii)* le richieste di licenza erano finalizzate alla produzione e commercializzazione di principi attivi nei mercati di diversi Stati membri nei quali le imprese farmaceutiche non erano più titolari di alcuna privativa industriale, così che l'ingresso dei generici in tali mercati non avrebbe condotto all'erosione della capacità di tali imprese di recuperare gli investimenti effettuati in ricerca e sviluppo. Date queste circostanze, il rifiuto di fatto costituiva un mezzo per estendere illegittimamente il diritto di privativa laddove esse non ne avevano diritto, ovvero in mercati europei liberi da privative industriali, ed era idoneo ad integrare un abuso della posizione dominante di cui le imprese farmaceutiche godevano nei mercati rilevanti. V. i provvedimenti dell'AGCM n. 15175 dell'8 febbraio 2006 nel caso A363 – *Glaxo/principi attivi farmaceutici* e n. 1659 del 21 marzo 2007 nel caso A364 – *Merck/principi attivi farmaceutici*.

15 V. il provvedimento dell'AGCM n. 23194 dell'11 gennaio 2012 nel caso A431 – *Ratiopharm/Pfizer*.

16 *Pfizer* aveva, infatti, contattato l'AIFA informandola dell'ottenimento di un CCP su un brevetto divisionale recentemente concesso dall'EPO su un principio attivo di cui era proprietaria e diffidandola dall'inserire i farmaci generici sostituti del proprio prodotto nella lista di trasparenza, poiché questo avrebbe rappresentato una violazione del CCP. Poiché in ogni caso l'AIFA aveva proceduto all'inserimento dei farmaci generici nella Lista di Trasparenza, *Pfizer* ha ricorso in giudizio contro tale provvedimento lamentandone l'illiceità per violazione dell'art. 68 c.p.i. Tuttavia, il Consiglio di Stato, con la sentenza 29 luglio 2010, n. 3542, ha confermato la validità del provvedimento dell'Amministrazione chiarendo che, contrariamente a quanto sosteneva l'impresa, ai sensi del comma 1, lett. b) dell'art. 68 c.p.i. che ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. *Bolar Clause*, ovvero l'eccezione che consente le attività prodromiche alla richiesta di un'AIC di un farmaco generico anche in pendenza del brevetto sul prodotto di riferimento, l'inserimento nella Lista di Trasparenza è un'attività che non interferisce con la privativa brevettuale e non integra, dunque, un'ipotesi di contraffazione. Sul punto v. COLANGELO, *Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo il caso* AstraZeneca, in *Giur. comm.*, 2013, n. 4, II, pp. 585-602.

neutra sotto il profilo *antitrust*, specie in ambito farmaceutico, potrebbe fornire l'incentivo ad assumere condotte opportunistiche con effetti dannosi per il mercato. Rientrano in tale casistica le c.d. pratiche di "brevettazione strategica" poste in essere dalle imprese farmaceutiche. Si tratta, in particolare, di forme di esercizio del diritto al brevetto [17], per la gran parte lecite dal punto di vista del sistema brevettuale, che conducono ad un prolungamento artificiale del diritto di privativa e ad effetti anticoncorrenziali spesso significativi.

L'attenzione della Commissione e delle Autorità antitrust nazionali per le pratiche di brevettazione strategica origina dal caso *AstraZeneca.* Come si ricorderà, l'impresa*,* dominante sul mercato rilevante dei farmaci inibitori della pompa protonica, aveva posto in essere una serie di condotte che avevano avuto l'effetto di prolungare illegittimamente il proprio diritto di privativa e così di bloccare l'ingresso dei farmaci generici equivalenti al farmaco coperto da brevetto. Tra tali condotte spiccano *in primis* le dichiarazioni ingannevoli e mendaci rilasciate dall'impresa a diversi Uffici brevettuali nazionali al fine di ottenere i CCP per il medicinale *Losec* anche laddove l'impresa non ne avrebbe avuto diritto [18].

Le menzionate vicende hanno fornito alla Commissione europea l'occasione per affrontare in maniera più sistematica nell'indagine sul settore farmaceutico dell'8 luglio 2009 (di seguito, l'"*Indagine sul settore farmaceutico*") [19] il fenomeno dell'aumento massiccio dell'attività di *patent filing* da parte delle imprese *originator*, in essere dall'inizio del 2000 [20] probabilmente per far fronte ai cambiamenti cui il mercato è andato incontro a partire dalla fine degli anni '90, quando ha avuto inizio la significativa riduzione dei profitti attesi derivante dalla scadenza di un notevole numero di brevetti su una serie di farmaci *blockbuster* [21] e dal concomitante ingresso sul mercato dei farmaci generici, specie grazie al *favor* normativo degli Stati membri.

Ciò che ha destato l'interesse della Commissione, tuttavia, non era solo l'aumento in sé del numero dei brevetti farmaceutici depositati, ma anche la loro tipologia. Da un lato, infatti, l'intensa attività di *patent filing* ha ad oggetto principalmente brevetti *follow-on* [22]*,* o secondari, che riguardano diversi aspetti

---

17 Sulla differenza tra "diritto di brevetto" e "diritto al brevetto" v. GHIDINI ET AL., *Abuso del diritto al brevetto e abuso di posizione dominante: il caso* Pfizer, in *Riv. it. antitrust*, 2014, n. 3, p. 133 ss., ivi, p. 142.

18 In particolare, la condotta di *AstraZeneca* consisteva nell'applicazione distorta del Regolamento (CE) n. 1768/92. Per il tramite di un articolato sistema di rappresentazioni ingannevoli, *AstraZeneca* aveva, infatti, ottenuto il CCP in quattro Stati membri dell'Unione europea in cui non ne aveva il diritto (Danimarca, Finlandia, Germania e Norvegia) e, inoltre, aveva ottenuto una protezione brevettuale di durata maggiore rispetto a quella in suo diritto in altri quattro Stati (Austria, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo). Questa forma di brevettazione strategica integra un abuso delle procedure amministrative, c.d. *regulatory gaming,* che ha lo scopo di ottenere fraudolentemente un diritto di privativa anche laddove l'impresa non ne ha diritto.

19 V. *supra*, nota 10.

20 V. Commissione europea, *Indagine sul settore farmaceutico. Final Report*, p. 11, dove si afferma che il numero di richieste di brevetto collegate ai prodotti farmaceutici dinanzi all'EPO è quasi raddoppiato tra il 2000 e il 2007.

21 Nel gergo del settore un farmaco è considerato un c.d. *blockbuster* in base ai profitti attesi derivanti dalla sua vendita. Inizialmente la soglia dei profitti oltre la quale un farmaco è un *blockbuster* era pari ad almeno 500 milioni di dollari. Attualmente essa è stata innalzata al miliardo di dollari.

22 Sono oggetto di brevetti *follow-on,* ad esempio, le forme idrate del principio attivo (o polimorfi), un sale semplice del principio attivo, una forma isomerica del farmaco composto dal principio attivo, una forma pura del farmaco composto dal principio attivo, diverse formulazioni del farmaco, sia in forma di soluzione sia solida, le concentrazioni nei dosaggi, o la combinazione di vitamine al principio attivo. Vi sono poi i brevetti *follow-on* che rivendicano un effetto far-

del medesimo principio attivo (come ad esempio il processo di formazione del composto chimico), o nel caso dei brevetti c.d. divisionali, uno o più specifici elementi di novità dell'invenzione. Tali brevetti molto spesso si accumulano fino a formare intorno ad un'unica molecola una densa rete di diritti di privativa (*patent cluster* o *patent thickets*) [23].

L'interdipendenza tra i brevetti presenti nella rete consente di ricondurre un'invenzione e tutte le sue potenziali derivazioni nell'alveo della titolarità di un'impresa: la scadenza di anche solo uno dei brevetti compresi nel *cluster,* infatti, non vieta all'impresa titolare di impedire ai concorrenti di produrre e commercializzare prodotti equivalenti a quello oggetto del brevetto scaduto, poiché essi potrebbero in ogni caso interferire con le rivendicazioni degli altri brevetti presenti nel *cluster*. Tale effetto di blocco vicendevole, come si vedrà, è funzionale garantire alle imprese la libertà di ricerca, consentendo loro di giungere prima all'invenzione. Tuttavia, esso può essere utilizzato anche per scopi anticoncorrenziali, ad esempio, qualora i brevetti vengano depositati al solo fine di creare incertezza giuridica in relazione alla copertura brevettuale su un dato composto chimico e così ritardare la diffusione dei farmaci generici sul mercato, restringendo la concorrenza tra genericisti e *originator* [24].

Parimenti, il deposito di numerose domande di brevetto aventi ad oggetto un'unica invenzione chimico-farmaceutica potrebbe avere il solo fine di creare diritti eventualmente azionabili in sede giudiziale, senza che vi sia necessariamente un vero e proprio intento di produrre e commercializzare una nuova specialità medicinale sulla base del principio attivo rivendicato, ma allo scopo

---

macocinetico derivante dalla somministrazione di un particolare farmaco, come ad esempio, i livelli plasmatici del farmaco o dei metaboliti, senza che tale effetto sia collegato direttamente alla formulazione usata per ottenerlo. In tal caso, qualunque altra formulazione per arrivare al medesimo risultato viola il brevetto *follow-on* e nessuna impresa genericista potrà sviluppare un farmaco bioequivalente. Questo è il caso di Zmax®, azitromicina, il cui brevetto rivendicava i livelli ematici ottenuti da un nuovo dosaggio giornaliero singolo, anziché triplice.

23 Come ha avuto modo di appurare la Commissione europea nel corso dell'*Indagine sul settore farmaceutico. Final Report*, p. 12, ogni singolo farmaco può essere tutelato da circa 100 famiglie di brevetti che possono dare origine fino a 1300 brevetti singoli.

24 Come ha osservato la Commissione europea, *Indagine sul settore farmaceutico. Final Report,* p. 12, l'esistenza di una fitta rete di brevetti aventi rivendicazioni prossime tra loro aumenta l'incertezza giuridica in relazione alla legittimità dell'ingresso sul mercato da parte delle imprese genericiste, le quali con la commercializzazione del prodotto generico potrebbero violare uno dei brevetti presenti nella rete. Più densa è tale rete, maggiore è l'incertezza giuridica in relazione alla legittimità dell'ingresso sul mercato da parte dei genericisti. A ciò si potrebbe aggiungere che tale effetto di *foreclosure* è l'effetto di un altro meccanismo: la pratica di brevettazione intensiva da parte di un *originator* potrebbe, infatti, fungere da strumento di *signalling* alle imprese genericiste dell'aggressività della politica aziendale in materia di brevetti applicata dal primo e delle potenziali perdite che questa politica potrebbe cause alle imprese entranti sul mercato. Tale effetto segnaletico potrebbe scoraggiare e/o rendere in ogni caso maggiormente difficoltoso l'ingresso del genericista sul mercato. Un esempio al riguardo è dato dalla strategia di difesa delle vendite dell'*originator* di Cipramil® (principio attivo citalopram hydrobromide), un farmaco la cui protezione di brevetto è stata presentata nel 1976 e con una data di scadenza del CCP a gennaio 2002. Di fronte all'incombente scadenza del CCP, l'*originator* ha depositato circa 30 domande di brevetto tra il 1999 e il 2002 relative alla preparazione e/o composizione del citalopram (come la base cristallina di citalopram e il suo uso per la purificazione). Sulla base dei brevetti ottenuti l'inventore ha avviato più di 30 azioni legali in 9 Paesi europei contro imprese genericiste che si preparavano ad entrare nel mercato alla scadenza del brevetto originario. In diversi casi i giudici hanno concesso un provvedimento inibitorio in via provvisoria che ha impedito ai genericisti di entrare sul mercato; in altri casi, sono stati questi ultimi a decidere di non entrare nel mercato. In tal modo, l'*originator* è riuscito a prevenire la concorrenza dei genericisti, fino a che tali brevetti sono stati revocati, quattro anni dopo tra il luglio e l'ottobre 2006, per assenza del requisito di novità, dato che la base cristallina già era menzionata nello stato dell'arte.

di creare il c.d. stato dell'arte, e così impedire ai rivali di perseguire una linea di ricerca concorrente, così ostacolando la concorrenza tra *originator* (*defensive patenting*) [25].

L'attività di *patent filing* può esplicarsi anche con il deposito di brevetti aventi ad oggetto le riformulazioni del principio attivo rivendicato nel brevetto base. La pratica di brevettazione delle riformulazioni può essere, da un lato, una forma di protezione dell'innovazione sequenziale, ma dall'altro lato, essa può integrare il c.d. *patent evergreening* (o *product hopping*). Con tale espressione si indicano fattispecie composte in realtà da più condotte, ovvero dall'attività di brevettazione di una riformulazione di un farmaco a ridosso della scadenza del brevetto di base, accompagnata da massicce campagne di *marketing* presso medici e farmacisti in relazione alle proprietà del farmaco di nuova generazione, che possono a volte trasmodare in campagne denigratorie nei confronti dei generici, e/o da condotte che fanno leva su altri aspetti della regolazione farmaceutica, come il ritiro dell'AIC relativa al farmaco di vecchia generazione con lo scopo di impedire l'autorizzazione del farmaco equivalente al prodotto di vecchia generazione [26]. L'effetto complessivo di tali condotte è lo spostamento della domanda intera, e non solo di quella frazione che, per motivi medici, ha preferenza per la riformulazione, dal farmaco di prima generazione a quello di seconda generazione, e quindi la neutralizzazione della diffusione dei farmaci generici sul mercato e l'allungamento *de facto* della copertura brevettuale [27].

Le preoccupazioni concorrenziali sollevate nell'*Indagine sul settore farmaceutico* della Commissione europea non hanno, tuttavia, dato origine ad una consistente attività di *enforcement* [28]: l'ostacolo alla concorrenza tra *originator* derivante dall'attività di *patent filing* di un'impresa era, infatti, oggetto dell'ipotesi istruttoria del procedimento nei confronti di Boehringer Ingelheim a livello comunitario, chiuso, tuttavia, senza arrivare all'accertamento della violazione e quindi senza che questo abbia dato luogo ad un precedente [29]. La pratica di

---

25 V. Commissione europea, *Indagine sul settore farmaceutico. Annex 1,* par. 1090 ss., ivi par. 1117.

26 V. *infra*, nota 33.

27 Sul tema v., *inter multis*, HOVENKAMP-JANIS-LEMLEY, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2009, § 12.5; YOSHITANI-COOPER, *Pharmaceutical Reformulation: The Growth of Life Cycle Management*, in *Hous. J. Health L. & Pol'y*, 2007, n. 7, p. 379, ivi, pp. 389-405.

28 Nonostante la usuale precocità del FTC e delle Corti statunitensi, rispetto alle Autorità antitrust e giudiziarie nazionali europee, nell'affrontare questioni giuridiche di frontiera in materia *antitrust*, anche la casistica d'oltreoceano non appare poi così nutrita. Nell'ambito della casistica giurisprudenziale v. *Abbott Laboratories vs Teva Pharmaceutical USA, Inc.,* 432 F Supp 2d 208, 415, D del 2006; *Walgreen And Co. et al. vs AstraZeneca Pharmaceuticals,* 534 F Supp 2d 146 DDC 2008; *Mylan v. Warner Chilcott*, Case 2:12-cv-03824-PD, parr. 3-5, 53, 55, 67 (E.D. Pa. Nov. 21, 2012). 36; *New York v. Actavis*, 14-CV-7473, par. 4 (S.D.N.Y., Sept. 15, 2014). Nella prassi del FTC non si rinviene alcun caso concluso con l'accertamento della violazione. Esistono, invece, alcune cause civili intentate dal FTC nei confronti degli *originator* in tema di *product switching:* v. *FTC v. Warner Chilcott, et al*., Civil Action No. 1:05-cv-2179-CKK (D.D.C. 2005); *FTC v. Cephalon,* Civil Action No. 2:08-cv-2141 (E.D. Pa. 2008); *FTC v. Watson, et al,* Civil Action No. 1:09-cv-955-TWT (N.D. Ga. 2009).

29 V. il procedimento COMP/B2/39246 – *Boehringer* aperto dalla Commissione europea il 22 febbraio 2007 e chiuso il 6 luglio 2011. Molti dei fatti oggetto del caso erano già stati affrontati nel 2009 dalla English High Court nella sentenza *Lavoratorios Almirall v Boehringer Ingelheim International,* [2009] EWHC 102. Boehringer era il *market leader* nell'ambito delle terapie contro il cancro ai polmoni, grazie alla vendita combinata di un farmaco anticolinergico e di un β2 agonista. Nel 2001 Almirall aveva ottenuto la protezione brevettuale per *Aclidinium*,

brevettazione *follow-on* con effetti negativi sulla concorrenza tra *originator* e genericisti, invece, è stata affrontata sia dall'Autorità di concorrenza spagnola nel 2014 [30] sia dall'AGCM nel 2012 [31] in relazione ai medesimi fatti di cui si è resa protagonista *Pfizer*, giungendo, tuttavia, ad esiti opposti. Il procedimento avviato dall'AGCM, infatti, si è concluso con l'accertamento da parte dell'Autorità, avallato dal Consiglio di Stato nel 2014 [32], dell'esistenza di una violazione dell'art. 102 TFUE, esplicatasi per il tramite del deposito di domande divisionali, utilizzate per ottenere l'allungamento della copertura brevettuale a discapito delle imprese genericiste. Viceversa, il procedimento dell'Autorità spagnola si è concluso con l'accertamento dell'insufficienza di prove dell'esistenza di una violazione dell'art. 102 TFUE, poiché i requisiti stabiliti dalla Corte di Giustizia nel caso *AstraZeneca* non sono stati ritenuti integrati.

Le ragioni di un'esperienza applicativa ancora piuttosto scarna e disorganica [33] si rinvengono nella difficoltà di ricostruire in chiave *antitrust* le menzionate fattispecie. Un primo elemento che in taluni casi potrebbe concorrere a rendere difficile la repressione di tali condotte con lo strumento *antitrust* è la prova dell'esistenza di una posizione di dominanza sul mercato da parte dell'impresa al momento dell'attività di brevettazione. È, infatti, più difficile che essa possa essere considerata dominante quando il deposito di un *cluster* di brevetti per-

---

anch'esso anticolinergico appartenente alla classe terapeutica di farmaci usati per la cura di alcune tipologie di cancro ai polmoni. Nel 2003 i risultati dei *clinical trials* svolti in relazione erano stati esposti ad una conferenza scientifica. Una foto del poster che illustrava i *clinical trials* è stata mandata da un dipendente della *Boehringer* ad un *project manager* come "*Competitive Assessment Update*". Tre mesi dopo la conferenza, *Boehringer* depositò tre brevetti relativi a varie combinazioni di *Aclidinium* con altri farmaci, tra cui il β2 agonista per il trattamento del cancro ai polmoni, rivendicandone la particolare efficacia terapeutica. I giudici inglesi hanno ritenuto l'affermazione falsa, in considerazione del fatto che l'impresa non aveva avuto il tempo materiale per effettuare i *clinical trials* necessari a dimostrare tale maggiore efficacia. Di conseguenza, il giudice ha ritenuto invalido il brevetto posseduto da *Boehringer*. Date queste premesse, in caso di mancata conclusione dell'accordo di *settlement*, il caso avrebbe potuto essere ricondotto dalla Commissione nell'alveo della brevettazione strategica avente per oggetto brevetti invalidi con effetti anticoncorrenziali.

30 V. Resolución Expediente Sancionador S/0441/12 PFIZER HEALTH AB y PFIZER S.L.U. del 13 febbraio 2014 della Autorità antitrust spagnola.

31 Per esemplificazioni v. nota 12 *supra*.

32 V. Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 693.

33 Vi sono altri casi che hanno affrontato il tema del prolungamento artificiale della copertura brevettuale a danno dei genericisti, il quale si è, tuttavia, esplicato principalmente per il tramite di condotte che non fanno leva sulla titolarità del brevetto e non integrano, dunque, fattispecie di brevettazione strategica in senso stretto. Si tratta del caso *Reckitt Benckiser* del 2010, dove l'OFT aveva ipotizzato che l'impresa avesse ritirato il Gaviscon Original Liquid, oramai *off patent*, dal database del sistema sanitario nazionale britannico. Ad esito di ciò, i medici avrebbero potuto rinvenire nel database solo la nuova versione del Gaviscon, ovvero il Gaviscon Advance Liquid, coperto da brevetto fino al 2015. Ciò avrebbe impedito ai medici di individuare i generici nel database e li avrebbe indotti a prescrivere il prodotto coperto da brevetto. Il procedimento si è, tuttavia, chiuso a seguito di una procedura di *settlement*. V. il provvedimento n. CA98/02/2011 sul caso CE/8931/08 *Abuse of a dominant position by Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Limited and Reckitt Benckiser Group plc* del 12 aprile 2011. Si rinvengono parimenti i due casi di condotte di denigrazione a danno dei farmaci generici affrontati dall'*Autorité de la concurrence* francese, *Sanofi-Aventis* e *Schering-Plough*, menzionati *supra*. Infine, anche il recente caso dell'AGCM nei confronti delle società *Hoffmann-La Roche Ltd.* e *Novartis AG*, conclusosi nel febbraio 2014 e, attualmente, *sub iudice* dinanzi al Consiglio di Stato, rappresenta un esempio di condotta finalizzata ad incrementare il grado di differenziazione di un farmaco rispetto ad un altro, utilizzato *off label,* attraverso un'azione denigratoria, al fine di favorire la diffusione del primo, più profittevole per le imprese. V. il provvedimento dell'AGCM del 27 febbraio 2014.

tiene ad un'area di ricerca dove essa non è già presente: l'assenza di alcuna attività da parte dell'impresa nel mercato rilevante, o quantomeno in un altro mercato a quest'ultimo contiguo, dunque, tecnicamente impedisce di attribuirle una posizione dominante e di attivare il rimedio *antitrust,* anche laddove altre circostanze della fattispecie lo consentirebbero [34].

In secondo luogo, le pratiche di brevettazione strategica non sono mai caratterizzate dalla sola attività di *patent filing*, ma derivano dalla combinazione di più comportamenti, tra i quali generalmente si annoverano, oltre a quelli più sopra menzionati, anche le azioni giudiziali non meritorie volte a far valere un diritto di esclusiva illegittimo contro terzi concorrenti in procinto di commercializzare farmaci analoghi a quello rivendicato nel brevetto, e gli accordi di *settlement* con le imprese genericiste volti a ritardare l'ingresso dei farmaci equivalenti sul mercato [35]. La difficoltà di provare l'integrazione di tutti gli elementi più sopra indicati rende, quindi, la brevettazione strategica con fini anticoncorrenziali una fattispecie di non comune verificazione.

Data anche l'eterogeneità delle fattispecie suindicate, sia in termini di elementi che le compongono sia in relazione agli effetti che esse producono sulla concorrenza, appare, quindi, necessario rinvenire una teoria generale in seno alla quale poter ricondurre le pratiche di brevettazione strategica, che consenta di ridisegnare, se necessario, il rapporto tra sistema brevettuale e *antitrust* in maniera adeguata.

Ciò costringe l'interprete ad affrontare una prima questione fondamentale: ovvero se l'esercizio del diritto al brevetto con effetti restrittivi della concorrenza sia rimediabile agendo dall'interno del sistema brevettuale, sfruttando la sua vocazione pro-concorrenziale, e, dunque, se tale teoria generale debba scaturire dai limiti interni insiti al diritto dei brevetti, oppure se è opportuno attivare un sistema di *enforcement* aggiuntivo, azionando i limiti esterni previsti dalle norme poste a presidio della concorrenza. Nel primo caso, il rapporto tra sistema brevettuale e *antitrust* in ambito farmaceutico si atteggerebbe nel senso di una prevalenza della prima rispetto al secondo. Nel secondo caso, invece, si sposerebbe l'idea della maggiore capacità del diritto della concorrenza di rimediare alle distorsioni che si verificano sul mercato anche in un settore altamente regolamentato.

---

34 V. DREXL, *AstraZeneca and the EU Sector Inquiry: When Do Patent Filings Violate Competition Law?,* Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper n. 12-02, p. 6 ss. Nell'impossibilità di attivare il rimedio *antitrust* GHIDINI ET AL., *Abuso del diritto al brevetto*, cit., pp. 149-150, propongono di utilizzare gli altri strumenti che l'ordinamento mette a disposizione nelle ipotesi in cui l'impresa non sia dotata di una posizione dominante, ovvero l'art. 9 della legge n. 192/1998 (che disciplina l'abuso di dipendenza economica) e l'art. 2598 ss. c.c. (in tema di concorrenza sleale).

35 Sulle controversie giurisdizionali in materia di violazione dei brevetti intentate dagli *originator* nei confronti delle imprese produttrici di generici, mosse dall'intento di impedire l'ingresso sul mercato ai concorrenti, come forma di abuso del contenzioso (*c.d. pay-for-delay settlements*), v. VEZZOSO, *Towards an EU Doctrine of Anticompetitive IP-Related Litigation*, in *J. Eur. Comp. Law & Pr.*, 2012, n. 3, fasc. 6, pp. 521-535. Sui *pay-for-delaysettlements*, ovvero gli accordi di composizione di controversie tra *originator* e imprese genericiste aventi ad oggetto principalmente la limitazione della commercializzazione della versione generica del farmaco di marca contro un trasferimento di valori dall'impresa originator al genericista, v. la decisione della Commissione europea del 19 giugno 2013 nel caso COMP/39226 – *Lundbeck*, nonché la recente decisione del 9 luglio 2014 nel caso COMP/39612 – *Servier.* Per commenti v., *inter multis,* DE MARGERIE, *'Pay-for-Delay' Settlements: In Search of the Right Standard*, in *World Competition*, 2013, n. 36, fasc. 1, pp. 85-97.

3. La capacità di autocorrezione del sistema brevettuale

Le condotte che integrano fattispecie di brevettazione strategica con fini anticoncorrenziali sembrerebbero trovare terreno fertile nel sistema brevettuale, il quale considera legittime le pratiche di accumulazione e divisione dei brevetti, e dunque incentiva la proliferazione delle fonti di tutela.

La tendenza alla frammentazione appare, peraltro, particolarmente accentuata nel mercato farmaceutico, in ragione delle modalità con cui procede la ricerca in tale settore. Innanzitutto, in questo settore è possibile brevettare invenzioni che, in altri, non potrebbero essere coperte dalla privativa. Infatti, a differenza della ricerca applicata, generalmente la ricerca di base [36] rimane esclusa dalla logica "proprietaria" brevettuale. Tuttavia, in ambito chimico-farmaceutico si riscontra la difficoltà a separare nettamente la prima dalla seconda: le invenzioni chimico-farmaceutiche, infatti, si collocano in una zona grigia tra le due menzionate, definita "ricerca finalizzata" [37], trattandosi di invenzioni che rappresentano sia un avanzamento della scienza sotto il profilo teorico sia un prodotto con un'applicabilità industriale quasi immediata. La necessità di remunerare gli ingenti sforzi economici compiuti per giungere a detti risultati e di attenuare l'alto grado di incertezza che contraddistingue la ricerca farmaceutica, nonché la necessità di garantire alle imprese piena libertà all'interno di una data linea di ricerca [38], hanno indotto a ritenere ammissibile la brevettabilità di tali sostanze [39], anche se queste non hanno un'immediata applicazione industriale e necessitano di successivi perfezionamenti [40].

Inoltre, a differenza di altri settori, dove ai fini dell'ottenimento dell'esclusiva si richiede una descrizione esaustiva dell'invenzione, in ambito farmaceutico questa è ritenuta come sufficientemente individuata a certe condizioni anche tramite le c.d. formule generali [41], purché questa sia accompagnata da un'in-

---

36 La ricerca di base, detta anche ricerca pura o fondamentale, ha come obiettivo l'avanzamento della conoscenza e la comprensione teorica delle relazioni tra diverse variabili in un determinato processo, mentre la seconda si propone di verificare sul piano pratico la conoscenza teorica acquisita con la prima e di sfruttarla industrialmente per il tramite dello sviluppo di una nuova tecnologia. V. BIANCHETTI, *L'oggetto del brevetto chimico,* in VANZETTI, *I nuovi brevetti. Biotecnologie e invenzioni chimiche,* Giuffrè, Milano, 1995, p. 80; LUZZATTO, *Brevetti chimici di base e di selezione,* in *Riv. dir. ind.,* 1990, n. 3, p. 299 ss., il quale definisce gli sviluppi ottenuti con la ricerca applicata "fase di ottimizzazione".

37 V., *inter multis*, GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale. Innovazione, concorrenza, benessere dei consumatori, accesso alle informazioni,* Giuffrè, Milano, 2008, p. 73.

38 Cfr. Commissione europea, *Indagine sul settore farmaceutico. Annex 1,* cit., par. 257, dove si afferma che i brevetti, oltre alla loro funzione tradizionale, in ambito farmaceutico garantiscono la c.d. *freedom to operate,* ovvero la possibilità di perseguire una linea di ricerca e di sviluppare ulteriormente la propria invenzione senza violare il diritto di esclusiva eventualmente ottenuto da terzi nel frattempo.

39 V. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 483 ss., i quali motivano questa tesi principalmente sulla base degli ingenti costi legati alla ricerca di base.

40 V. sul punto GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., pp. 76-77, il quale, però, soggiunge che non vi sono obiezioni alla brevettabilità ai risultati della ricerca chimica di base se queste possiedono un potenziale applicativo alla portata del c.d. tecnico medio del settore.

41 In letteratura il problema dell'individuazione dell'invenzione chimica e della brevettabilità delle formule generali è stato a lungo discusso sia in dottrina sia in giurisprudenza. La brevettazione di una formula generale è stata ritenuta ammissibile qualora essa riguardi una sola classe di composti chimici, il numero di composti ad essa riconducibili sia indicato, e ognuno di essi sia effettivamente preparabile, e infine qualora ognuna delle variabili sia rappresentata negli esem-

dicazione d'uso [42]. Una formula generale può comprendere numerosi composti chimici ottenibili semplicemente variando alcuni gruppi terminali della molecola oggetto del brevetto di base. Ai sensi del principio dell'unicità dell'invenzione, una domanda di brevetto per formula generale che comprende un'intera classe di composti non specificamente individuati può essere soggetta a frazionamento [43], qualora all'interno della stessa emergano composti specifici che presentano elementi di novità rispetto a quello oggetto del brevetto base: ciascun specifico composto rivendicato, quindi, può essere oggetto di una domanda divisionale e può essere potenzialmente oggetto di privativa, purché esso rappresenti un'invenzione distinta dotata dei requisiti per la brevettabilità. Anche questo strumento, quindi, consente alle imprese di moltiplicare le fonti di tutela su un dato composto chimico.

Da ciò emerge come il sistema brevettuale tenda endogenamente alla moltiplicazione delle fonti di tutela, specie in materia di invenzioni chimico-farmaceutiche: sulla medesima sostanza chimica, infatti, possono validamente sussistere decine e decine di brevetti. L'ordinamento, tuttavia, "tollera" la proliferazione della tutela proprietaria quando questa rispecchia l'esigenza di premiare lo sforzo inventivo dei privati, per proteggere la libertà di ricerca sull'invenzione di base e favorire lo sviluppo della stessa e/o per tutelare i nuovi usi

---

pi, come ha stabilito il Trib. di Torino, 24 novembre 1984, *cit.*, sentenza commentata con nota di SENA, in *Riv. dir. ind.,* 1990, I, p. 323. Secondo DI CATALDO, *La problematica delle invenzioni chimiche,* cit., p. 296 ss., la brevettabilità delle formule generali sarebbe ammissibile anche solo qualora il gruppo di composti rivendicato sia molto piccolo. Sempre, DI CATALDO, *Questioni in tema di brevetto per formula generale*, in *La nuova giur. civ. comm.,* 1991, p. 557, ritiene possibile la brevettabilità anche nel caso in cui i composti rivendicati abbiano struttura identica, funzione identica o equivalente. Contro l'ammissibilità della brevettabilità delle formule generali, soprattutto quando queste indicano solo le possibili varianti ottenibili per il tramite della modifica dei gruppi terminali, senza l'indicazione né del procedimento di sintesi, né delle funzioni che i singoli composti possono assolvere, v. FLORIDIA, *Un brevetto speciale sui farmaci: a chi giova?,* Atti del convegno Milano 29-30 marzo 1982, p. 37, il quale ritiene che ciò blocchi la ricerca applicata volta a identificare i possibili impieghi di ciascun composto descritto nella domanda di brevetto.

42 Sul punto la dottrina non è unanime e si divide tra chi sposa l'*inseparability doctrine* di stampo statunitense, formulata nel caso *Papesch, Court of Customs and Patent Appeal* 1963, 315 F.2d 762, 137 U.S.P.Q. 43, secondo la quale l'invenzione chimica è costituita da una struttura con una o più funzioni determinate. V. DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità. I disegni e modelli. Artt. 2584-2594,* Giuffrè, Milano, 1998, p. 83, laddove l'A. afferma che "*una precisa indicazione di uso è certamente costitutiva del concetto di invenzione";* FLORIDIA, *La gestione dei brevetti farmaceutici,* in *Il Dir. ind.,* 2009, n. 1, p. 6, il quale sostiene la tesi della "*protezione del prodotto in funzione dell'uso*". C'è chi, invece, sposa la tesi della protezione assoluta, secondo la quale l'invenzione chimica può essere individuata dalla sola struttura, di cui siano ignote le proprietà, ma che possiede un potenziale applicativo, come SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, 1990, p. 106 ss.; LUZZATTO, *Dinamica della ricerca industriale e protezione brevettuale riguardo ai prodotti chimici,* in *Riv. Dir. ind.*, 1990, I, p. 234 ss. La Corte di Cassazione ha ritenuto prevalente la tesi della "protezione del prodotto in funzione dell'uso" nelle sentenze 8 aprile 1982, n. 2168 e 16 novembre 1990, n. 11094 relative, rispettivamente, ai casi Carbadox e Cimetidina.

43 Nell'ordinamento nazionale l'art. 161 c.p.i. e nell'ordinamento comunitario gli articoli 82 e 76 della Convenzione sul Brevetto Europeo (CBE) sanciscono i) il principio dell'unicità dell'invenzione, secondo il quale ogni brevetto deve avere ad oggetto una sola invenzione, e dunque, una sola rivendicazione, ovvero più rivendicazioni che rappresentino gli sviluppi della medesima invenzione, e ii) impongono il frazionamento di una domanda di brevetto in più domande divisionali al fine di rispettare tale principio. Sia l'art. 161 c.p.i. sia l'art. 76 CBE prevedono che, oltre che a seguito della richiesta dell'Ufficio brevetti, il deposito di domande divisionali avvenga volontariamente da parte delle imprese. Quest'ultima forma di frazionamento è quella che si verifica maggiormente nella prassi. Il deposito di una domanda di brevetto divisionale produce l'effetto di estendere il periodo di esame dell'Ufficio, anche se la domanda di brevetto principale è stata ritirata o il brevetto è stato revocato.

dell'invenzione di base. Viceversa, l'esaminata proliferazione assume una dimensione "patologica", quando è piegata per restringere la concorrenza oltre i limiti fisiologici connessi all'esistenza di un brevetto e contemplati dal legislatore.

3.1. L'insufficienza degli "anticorpi concorrenziali" del sistema brevettuale

Il deposito di una domanda divisionale implica l'estensione del periodo di esame della stessa da parte dell'Ufficio brevetti, anche se la domanda di brevetto principale è stata ritirata o il brevetto è stato revocato. Tale effetto giuridico si presta in maniera particolarmente efficace a creare il menzionato *status* di incertezza giuridica sull'estensione della privativa, che potrebbe essere foriera di un ritardo nell'ingresso dei farmaci generici sul mercato. L'effetto di sospensione, e la conseguente incertezza, peraltro, aumenta ulteriormente se si considera che nella prassi dell'*European Patent Office* (EPO) una domanda divisionale a sua volta può fornire la base di un'altra domanda divisionale, fino a formare delle sequenze di domande divisionali [44].

Un modo per evitare che lo strumento del frazionamento diventi un mezzo di moltiplicazione delle fonti di tutela o di allungamento della copertura brevettuale, anche laddove ciò non risponde alle esigenze dell'ordinamento, è quello di rimuovere la possibilità per le imprese di presentare domande divisionali volontarie e di consentire il frazionamento solo su richiesta dell'Ufficio brevetti [45]. Tuttavia, tale proposta non sembra tenere conto del fatto che, specie in ambito chimico-farmaceutico, non è sempre agevole per gli Uffici brevettuali comprendere quando la domanda contiene più rivendicazioni non collegate tra loro che costituiscono più invenzioni, mentre il richiedente è senz'altro nella posizione migliore per effettuare il frazionamento in maniera appropriata.

Sotto questo profilo, forse, al fine di circoscrivere il proliferare dei brevetti divisionali appariva senz'altro più appropriata la modifica dell'art. 36 dell'*Implementing Regulation to the Grant of the European Patents* (di seguito, "*EP Implementing Regulation*") intervenuta nel 2010, che prevedeva che il periodo durante il quale è possibile depositare una domanda divisionale fosse ridotto ai 24 mesi successivi alla prima comunicazione con cui l'Ufficio si esprime sulla brevettabilità dell'invenzione rivendicata (mentre prima ciò era possibile fino a prima della conclusione dell'esame sulla domanda di brevetto principale) [46]. Tuttavia, recenti modifiche hanno ripristinato la precedente riformulazione della disposizione, così che ora è nuovamente possibile depositare una domanda divisionale fino a che la domanda di brevetto principale è pendente [47].

---

44 Cfr. EPO paper CA/145/08 rev. 1, *subject: Divisional applications*, Monaco, 15 gennaio 2009, dove si afferma che la prassi del deposito in sequenza di domande divisionali può dare adito ad un "abuso di domande divisionali".

45 Così AREZZO, *Questioni in materia di brevetti,* relazione al Workshop sull'intersezione fra paradigmi della proprietà intellettuale e diritto antitrust tenutosi il 26 marzo 2014 presso l'AGCM.

46 V. la circolare CA/D/ 2/09 del 25 marzo 2009, entrata in vigore il 1 aprile 2010, con il quale il Consiglio di Amministrazione dell'Ufficio europeo brevetti ha modificato la regola n. 36 del Regolamento di Attuazione della Convenzione in tal senso.

47 V. la decisione del Consiglio di Amministrazione dell'EPO CA/D 15/13 del 16 ottobre 2013 (OJ EPO 2013, 501), entrata in vigore il 1 aprile 2014. V. anche la comunicazione dell'EPO, OJ EPO 2014, A22 (Corr. OJ EPO 2014, A109).

Un elemento che caratterizza le pratiche di brevettazione strategica, e in particolare della prassi delle riformulazioni, è il fatto che spesso la richiesta del brevetto *follow-on* ha ad oggetto un prodotto che, sotto il profilo della funzione terapeutica, e a volte anche della struttura chimica, è identico al principio attivo già oggetto di brevetto. Dietro la richiesta di brevetto, dunque, non vi è l'esigenza di proteggere un nuovo prodotto o un nuovo uso terapeutico del medesimo principio attivo; al contrario, si osserva spesso che la funzione terapeutica del composto rivendicato nel brevetto *follow on* è identica a quella contenuta nel brevetto principale e che le differenze sono minime.

Tale circostanza potrebbe essere emblematica della tendenza, più volte denunciata dalla dottrina, ad un'applicazione scarsamente rigorosa, sia da parte degli Uffici brevettuali sia dei giudici, del requisito di "attività inventiva" [48], e del conseguente appiattimento dello stesso verso quello della "novità" [49]. Sarebbe, dunque, il facile accesso allo *ius excludendi alios,* a consentire alle imprese di rinvenire nel sistema brevettuale stesso uno strumento per la moltiplicazione delle fonti di tutela, che consentono il prolungamento artificiale della durata brevettuale e costituiscono una barriera all'ingresso sul mercato per i successivi innovatori [50]. Da questo punto di vista, l'eccessivo ricorso ai *cluster* di brevetti potrebbe in parte essere anche il portato di un eccessivo ampliamento del raggio di protezione fornito dell'esclusiva brevettuale, a scapito della concorrenza, frutto a sua volta della denunciata "tendenza iperprotezionistica" [51] dell'applicazione di alcuni principi della disciplina, che appare particolarmente accentuata nel mercato farmaceutico, dove la strenua difesa della privativa brevettuale è ritenuta di vitale e insostituibile importanza per la competitività delle imprese [52].

In ossequio alla tesi, sostenuta dalla migliore dottrina, secondo cui il sistema brevettuale ha in sé gli "anticorpi concorrenziali" [53] per arginare gli abusi della privativa, si potrebbe sostenere che uno strumento di autocorrezione potrebbe rinvenirsi proprio nella stessa nozione di "non ovvietà" e nell'inter-

---

48 Sul generale abbassamento del requisito di "originalità", ora definito come "non ovvietà", come forma di adattamento della tutela brevettuale alle caratteristiche della ricerca moderna, che procede a piccoli passi per il tramite dell'innovazione incrementale, v. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 100 ss. La dottrina è generalmente molto critica nei confronti dell'evoluzione della prassi in materia di applicazione del requisito di "originalità". V. in ambito italiano, per tutti, DI CATALDO, *Biotecnologie e diritto. Verso un nuovo diritto e verso un nuovo diritto dei brevetti,* in *Studi di diritto industriale*, cit., p. 443 ss. Nella letteratura straniera v. WAGNER, *Understanding Patent-Quality Mechanisms,* in *Un. of Penn. L. Rev.,* 2009, n. 157, p. 2135 ss.; HALL ET AL., *Prospects for improving U.S. Patent Quality via Post-Grant Opposition,* in *NBER Working paper n. W9731,* 2003; KING, *Patent Examination Procedures and Patent Quality,* in COHEN-MERRIL, *Patenting in a Knowledge-Based Economy*, Washington, National Academic Press, 2003.

49 Cfr. sul punto GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale,* cit., p. 102.

50 Sul punto cfr., ad esempio, REICHMAN, *Rethinking the Role of Clinical Trial Data in International Property Law: The Case of Public Good Approach*, in *Marquette Int. Prop. L. Rev.,* 2009, n. 13, p. 1 ss.

51 V. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 25.

52 V. DI CATALDO, *La brevettabilità delle biotecnologie. Novità, attività inventiva, industrialità,* in *Riv. dir. ind.,* 1999, I, p. 177 ss.

53 L'espressione è di GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., pp. 18, 26, 63, il quale, tuttavia, non esclude *anche* l'utilizzo dello strumento *antitrust* in via correttiva; AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza*, cit., p. 420 ss., invece, appare maggiormente propensa a privilegiare un rimedio alle pratiche di brevettazione strategica che provenga dall'interno del sistema brevettuale, in considerazione del fatto che la valutazione concorrenziale di tali condotte sotto il profilo *antitrust* non è semplice e rischia di condurre ad un numero consistente di c.d. falsi positivi, e così disincentivare l'investimento in innovazione da parte delle imprese.

pretazione più rigorosa di tale criterio [54] (come da più parti auspicato [55], al fine di consentire la distinzione delle pratiche di *patent cluster* dall'attività di brevettazione genuinamente volta a proteggere le basi scientifiche per la futura ricerca applicata, e così di "premiare" l'effettivo sforzo inventivo [56]. Parimenti,

54 Sul punto appare di grande interesse, ad esempio, la casistica giurisprudenziale inglese, che mostra un'attitudine rigorosa dei giudici nel verificare l'effettiva presenza di "attività inventiva" in relazione alle domande di brevetto relative a riformulazioni di specialità medicinali già brevettate e commercializzate, che ha condotto in alcuni casi all'invalidazione del brevetto ottenuto, specie in relazione alle riformulazioni e alle invenzioni di nuovo uso, che sono state spesso classificate come metodi terapeutici, e dunque, non brevettabili. V., ad esempio, Corte App. inglese, *Cairn stores Ltd. & Generics Ltd. c. Aktiebolaget Hassle,* 6 ottobre 2002, dove una riformulazione del *Losec* volta a assicurare che la pillola fosse resistente agli acidi dello stomaco e diventasse biodisponibile nell'intestino è stata ritenuta un'invenzione sviluppabile dal tecnico medio del settore e, quindi, carente di "attività inventiva"; Corte App. inglese, *Lilly ICOS c. Pfizer*, 23 gennaio 2002, dove i giudici hanno ritenuto che l'invenzione di nuovo uso del sidenafil citrato, inizialmente brevettato per la cura dell'angina e dell'ipertensione, e poi anche per la cura delle disfunzioni erettili maschili con il nome di *Viagra*, non risultava possedere né il requisito di "novità", in quanto il nuovo uso faceva già parte dello stato dell'arte al momento della domanda grazie ad alcune pubblicazioni scientifiche apparse qualche anno prima, né quello di "attività inventiva", in quanto il fatto che il farmaco potesse essere assunto oralmente, a differenza delle specialità fino a quel momento utilizzate per la cura della disfunzione erettile maschile, che si assumevano tramite un'iniezione, non rappresentava un progresso tecnologico sufficiente per ottenere la privativa brevettuale.

Nella giurisprudenza italiana, si segnala il Trib. di Torino, 1° giugno 2015, n. 4000, con la quale i giudici hanno dichiarato nulla la porzione italiana del brevetto EP0907364 di AstraZeneca sulla formulazione a rilascio prolungato della quetiapina, un principio attivo utilizzato come antipsicotico e molto diffuso in ambito psichiatrico, valido sino al 2017. Ad esito del giudizio promosso da Sandoz, il Tribunale di Torino ha ritenuto il brevetto privo del requisito di attività inventiva, in quanto alla data dell'asserita invenzione un esperto del ramo avrebbe potuto pensare di realizzare una formulazione a rilascio prolungato di quetiapina, in quanto si trattava di un farmaco molto promettente, non vi erano apparenti pregiudizi di tipo tecnico per tentare quel tipo di realizzazione, ed anzi c'era una forte motivazione ad individuare una soluzione utile a ridurre il numero di somministrazioni giornaliere e favorire così la *compliance* del paziente. La sentenza risulta di particolare interesse perché affronta proprio il tema della rilevanza degli investimenti fatti dal richiedente ai fini di valutare l'altezza inventiva di un brevetto, negando qualsiasi importanza all'analisi economica del brevetto slegata da un effettivo avanzamento tecnologico. La decisione del Trib. di Torino si affianca ad altri e paralleli giudizi relativi al medesimo brevetto in altre giurisdizioni, tra cui il Regno Unito, la Germania, l'Olanda, la Spagna, e il Belgio, dove i giudici hanno dichiarato nullo il brevetto in questione. I giudizi risultano, invece, ancora pendenti in Finlandia e in Repubblica Ceca.

55 Cfr. sul punto GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale,* cit., pp. 104-105. Questa tendenza è, peraltro, osservabile anche nella giurisprudenza statunitense, che a partire dalla sentenza della Corte Suprema in *KSR Inter Co. C. Teleflex Inc.* del 30 aprile 2007 ha reso più restrittivo il requisito di non ovvietà, nel caso di specie giudicato non integrato in relazione alla combinazione di elementi già esistenti nello stato dell'arte. In tale occasione i giudici hanno affermato che "*granting patent protection to advances that would occur in the ordinary course without real innovation retards progress and may, in the case of patents combining previously known elements, deprive prior inventions of their value and utility"* (par. 1741).

56 Al riguardo fornisce spunti interpretativi interessanti il contesto normativo nel quale ha avuto luogo la menzionata controversia sorta tra Novartis e le Autorità sanitarie indiane, in seguito al rigetto della richiesta di registrazione della versione aggiornata di Glivec®. Tale rigetto, la cui validità è stata confermata di recente dalla Corte Suprema indiana con la sentenza 1° aprile 2013, era avvenuto ai sensi della sezione 3(d) della legge brevettuale indiana che include: "*the mere discovery of a new form of a known substance which does not result in the enhancement of the known efficacy of that substance or the mere discovery of any new property or new use for a known substance or of the mere use of a known process (…) results in a new product or employs at least one new reactant*" nella lista dei *non patentable subject matter.* Per un commento v. BANERJEE, *The Success of, and Response to, India's Law against Patent Layering,* in *Harvard International Law Journal*, 2013, n. 54, p. 204 ss. Il concetto di "efficacia" appare estraneo rispetto ai criteri che vengono utilizzati nei sistemi brevettuali europei per testare la "non ovvietà" dell'invenzione farmaceutica (la nozione di "efficacia", infatti, generalmente rileva in sede di concessione dell'AIC e di attribuzione del prezzo di rimborso della specialità medicinale). Eppure il suo utilizzo al fine di raffinare maggiormente l'applicazione del criterio di "non

un'interpretazione orientata a valorizzare l'invenzione farmaceutica unicamente come un'invenzione d'uso avrebbe senz'altro il pregio di arginare la tendenza alla proliferazione entro limiti fisiologici, e di ricondurla all'obiettivo dello stimolo dell'innovazione sequenziale [57].

Tuttavia, occorre tenere conto del fatto che il processo inventivo in ambito chimico-farmaceutico si sviluppa spesso in maniera erratica e casuale a partire da minime variazioni nei composti che, tuttavia, potrebbero migliorare le proprietà farmacologiche degli stessi, facilitandone il trattamento e, di conseguenza, le sperimentazioni [58]. Infatti, da un lato, è vero che spesso i nuovi composti brevettati sono derivati da variazioni abbastanza routinarie che non richiedono il noto "*flash of genius"*[59]; cionondimeno, dall'altro lato, anche una minima variazione chimica può essere la base per un futuro passo avanti nel progresso scientifico. In altre parole, un certo grado di proliferazione appare inevitabile al fine di stimolare la ricerca applicata [60]. Subordinare, invece, la brevettabilità dei composti ai soli casi in cui si è di fronte ad un'innovazione *breakthrough* potrebbe rivelarsi dannoso per l'innovazione sequenziale [61].

Parimenti, il fatto che in diversi casi le imprese non diano attuazione all'invenzione rivendicata nel brevetto ottenuto e siano, dunque, apparentemente in possesso di c.d. *sleeping patents* [62], ha condotto attenta dottrina ad individuare in seno alla normativa brevettuale un elemento di "criticità concorrenziale" [63]. Questo risiederebbe, infatti, nell'indebolimento dell'onere di attuazione dell'invenzione brevettata, di cui all'art. 691 c.p.i., non più presidiato dalla sanzione della decadenza [64] (per ciò che riguarda il nostro ordinamento) o nella

---

ovvietà" si presenta *prima facie* come una buona soluzione per prevenire il fenomeno di brevetti farmaceutici immeritori. Tuttavia, ciò solleva almeno due problemi applicativi: innanzitutto, si creerebbe uno standard di prova molto alto per le imprese, dato che non è sempre agevole provare la maggiore efficacia terapeutica del nuovo ritrovato in assenza dei test clinici, che al momento del deposito del brevetto non sono disponibili; in secondo luogo, si escluderebbero tutti i miglioramenti di natura chimica e farmacologica, ovvero, ad esempio, la maggiore stabilità, la maggiore biodisponibilità, la maggiore resistenza al calore e/o all'umidità, maggiore durata dell'efficacia del principio attivo, etc. delle riformulazioni rispetto alla sostanza chimica di base, che potrebbero in futuro presentare proprietà inaspettate e condurre allo sviluppo di prodotti più efficaci.

57 Cfr. FLORIDIA, *La gestione dei brevetti farmaceutici*, cit., p. 5 ss., ivi, p. 6.

58 Nel caso *Pfizer,* lo stesso *Board of Appeal* dell'EPO, in relazione alla non ovvietà dell'invenzione rivendicata nel brevetto divisionale depositato da *Pharmacia* sul diverso dosaggio del *latanoprost,* ha ritenuto al par. 7.5. della propria decisione del 12 maggio 2012 nella causa 2402/10 *Pfizer Health AB c. Breath Ltd., Apotex Espana SL, Alapis S.A.*, che "*in the field of drug design any structural modification of a pharmacologically active compound is, in the absence of an established correlation between structural features and activity,* a priori *expected to disturb the pharmacological activity profile of the initial structure"*.

59 Cfr. sul punto BIANCHETTI, *Altre riflessioni sul brevetto farmaceutico (con particolare riferimento alla "attività inventiva",* in *Riv. dir. ind.,* 2011, n. 2, p. 67 ss.

60 Come afferma FROMER, *Patent Disclosure,* in *Iowa Law Review,* 2009, n. 94, p. 539, i brevetti sulle invenzioni incrementali possono avere ad oggetto ritrovati che non possiedono necessariamente un'applicazione industriale diretta, ma nell'insieme forniscono un *input* informativo essenziale per la ricerca applicata successiva. V. JACOB, *Patent Thickets: A Paper for the European Patent Office Economic and Scientific Advisory Board Meeting,* in *J. Int. Prop. L. & Pr.,* 2013, n. 8(3), p. 206, il quale, in relazione ai c.d. *patent thickets*, ritiene che tale frammentazione sia intrinseca al sistema brevettuale.

61 Cfr. sul punto BIANCHETTI, *Altre riflessioni sul brevetto farmaceutico,* cit., p. 67 ss.

62 Cfr. il provvedimento dell'AGCM *RATIOPHARM/PFIZER*, cit., par. 198.

63 V. AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda Ratiopharm,* in *Giur. comm.,* 2014, n. 2, p. 404 ss.

64 Come osserva V. AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza*, cit., p. 423 ss.,

totale assenza di un siffatto onere per l'inventore (per ciò che riguarda la Convenzione sul Brevetto Europeo (di seguito, "CBE")). Detto onere, laddove esistente, ha il precipuo scopo di finalizzare il diritto di esclusiva, *rectius:* la limitazione della concorrenza, all'effettiva promozione del progresso scientifico, ovvero, visto da un'ottica prettamente *antitrust,* di bilanciare il rischio del deposito di brevetti con fini meramente escludenti. Pertanto, la mancanza di un'effettiva sanzione per la mancata attuazione, o l'inesistenza dell'onere stesso, potrebbe favorire il deposito di brevetti con il solo fine di ottenere la copertura brevettuale, senza che via sia la reale intenzione di procedere alla fase di sviluppo dell'invenzione.

Al fine di evitare l'uso strategico della libertà di non sfruttare commercialmente l'invenzione, si è, dunque, proposto di reintrodurre nel nostro ordinamento l'istituto della decadenza per mancato uso del brevetto, con lo scopo di disincentivare la richiesta di brevetti puramente difensivi [65], ovvero il deposito di una più domande di brevetto avente ad oggetto un'invenzione chimico-farmaceutica al solo fine di creare diritti eventualmente azionabili in sede giudiziale, senza che vi sia necessariamente un vero e proprio intento di produrre e commercializzare una nuova specialità medicinale sulla base di tale principio attivo. Tuttavia, non si ritiene possibile imporre alle imprese un onere di attuazione di tutti i brevetti presenti in un *cluster,* proprio perché su uno stesso prodotto, come si è visto, sussistono validamente diversi brevetti. E, come si vedrà, ciò anche se non sono tutti quanti attuati. Al contrario, la specialità medicinale coperta dai brevetti presenti nel *cluster* costituisce l'attuazione degli stessi.

In definitiva, la capacità autocorrettiva del diritto dei brevetti soffre di alcuni limiti intrinseci che non consentono di distinguere sempre in maniera efficace quando la proliferazione di brevetti su un dato composto chimico sia il portato dell'evolversi del processo inventivo ovvero di una strategia commerciale atta a prolungare artificialmente la durata brevettuale. Infatti, se è vero, da un lato, che l'interpretazione del diritto brevettuale volta a favorire l'innovazione sequenziale produce effetti positivi, non solo nei rapporti tra titolare e terzi, ma anche nei confronti dell'intero mercato, dall'altro lato è altrettanto vero che l'eventuale validità di un brevetto vagliata alla luce di tale criterio interpretativo non garantisce, ad esempio, che la preclusione dell'eventuale attività di terzi nell'ambito oggetto della rivendicazione sia sempre giustificata e legittima sotto il profilo *antitrust*. D'altronde un giudizio positivo sul rispetto dei requisiti di brevettabilità di una data invenzione nulla dice rispetto all'intento anticoncorrenziale con cui il relativo brevetto viene depositato.

Ecco perché il diritto *antitrust* svolge un ruolo aggiuntivo rispetto a quello

---

la novella legislativa del 1968 ha sostituito la sanzione della decadenza, in precedenza prevista in caso di mancato uso del brevetto, con l'istituto della licenza obbligatoria, richiedibile ai sensi dell'art. 70 c.p.i., ad opera dei concorrenti del titolare della privativa qualora questi non utilizzi il brevetto nei tre anni successivi all'ottenimento, e ha relegato l'ipotesi della decadenza al caso in cui neanche il licenziatario attui l'invenzione nel termine di due anni dalla concessione della licenza, ha indebolito notevolmente la portata dell'obbligo di legge. Pertanto, osserva l'A., se nessuno dovesse chiedere la licenza sul brevetto non attuato, la decadenza non potrebbe operare e l'esclusiva sarebbe accordata senza che da essa derivino benefici in termini di progresso scientifico. Poiché, infatti, non vi è alcun soggetto istituzionale che si occupi della verifica dell'adempimento dell'obbligo di attuazione, ma tale compito è lasciato ai concorrenti del titolare della privativa, essi potrebbero non richiedere mai la licenza obbligatoria perché non interessati ovvero perché tale richiesta dovrebbe essere effettuata anche in relazione a tutti i brevetti presenti nella rete che avvolge il brevetto principale, con i connessi sforzi finanziari che ne derivano.

65 V. AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza*, cit., p. 424.

del diritto dei brevetti, ma necessario nella repressione dell'attività di *patent filing* con fini anticoncorrenziali [66].

4. Le pratiche di brevettazione strategica come illecito *antitrust*

Come emerge dalle considerazioni che precedono, l'esercizio del diritto al brevetto costituisce un'espressione della libera iniziativa economica che presenta due dimensioni: un'impresa può decidere autonomamente se chiedere la tutela e, una volta ottenuta, se sfruttarla commercialmente.

La libertà di richiedere la tutela brevettuale o meno consente all'impresa di determinare la propria strategia commerciale sul mercato, ovvero di bilanciare la volontà di tutela dei propri segreti industriali, riservandosi la possibilità di entrare sul mercato con un "effetto sorpresa", con la necessità di proteggere le proprie invenzioni, sottoponendosi, però, in quest'ultimo caso, al regime di pubblicità richiesto con il deposito della domanda di brevetto [67]. In altre parole, tale libertà consente ad un'impresa di scegliere se essere *first mover* o *follower*. Quando un'impresa sceglie di essere *first mover* e, quindi, di rendere nota la propria area di ricerca con il deposito di uno o più brevetti, essa decide anche quanto limitare l'ampiezza della tutela richiesta (ovvero, delle rivendicazioni contenute nei brevetti) in base alla struttura del mercato e delle dinamiche concorrenziali che lo contraddistinguono. Ragionevolmente in un mercato altamente competitivo l'impresa cercherà di tutelarsi dalle possibili "incursioni" dei concorrenti nel proprio ambito di ricerca: ciò si ottiene allargando il più possibile la protezione brevettuale per il tramite del deposito di brevetti con rivendicazioni molto ampie e/o la richiesta di numerosi brevetti aventi ad oggetto la medesima invenzione.

La libertà di sfruttare economicamente il brevetto riconosciuta nel nostro ordinamento [68], parimenti, risponde alla scelta di un'impresa su se concorrere o meno con i propri rivali. La protezione brevettuale, infatti, lo si ricorda, racchiude in sé una motivazione pro-concorrenziale: essa conferisce, infatti, l'incentivo ad investire in innovazione e a sviluppare nuovi prodotti, in concorrenza con altri, anch'essi oggetto di privativa industriale [69].

---

66 Cfr. FOX, *Can Antitrust Policy Protect the Global Common from the Excesses of IPRs?,* in MASKUS-REICHMAN, *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime,* New York, Cambridge University Press, 2005, p. 758 ss.; *contra* FINK, *Competition Law as a Means of Containing Intellectual Property Rights,* in MASKUS-REICHMANN, *International Public Goods*, cit., p. 770 ss.; ULLRICH, *Propriété intellectuelle, concurrence et regulation – Limites de protection et limites de controle,* in *Rev. Intern. Droit Écon.,* 2009, n. 4, pp. 441-442, il quale ritiene che un'interpretazione della disciplina brevettuale, non secondo una logica proprietaria, ma in una prospettiva funzionalista, ovvero orientata alla concorrenza, potrebbe risolvere le distorsioni legate all'eccessiva protezione accordata ai titolari dei diritti di esclusiva, senza attivare il rimedio *antitrust*; HULL, *The Application of EU Competition Law in the Pharmaceutical Sector,* in *J. Comp. L.& Pr.,* 2012, n. 3(5), pp. 473-480, ivi, p. 478.

67 Il richiedente può scegliere se il regime di pubblicità sia subito operativo dopo il deposito della domanda di brevetto ovvero soltanto dopo un periodo di 18 mesi, secondo quanto previsto dall'art. 93 CBE.

68 V. Corte di Giustizia, 9 luglio 1985, causa 19/84 *Pharmon c. Hoechst,* par. 25.

69 Sulla funzione economica dei diritti di proprietà intellettuale nella dottrina italiana v., *inter alia*, UBERTAZZI, *Invenzione e innovazione*, 1978; BEIER, *The Significance of the Patent System for the Technical, Economic and Social Progress*, in *IIC*, 1980, p. 563; GUGLIELMETTI, *Rileggendo Einaudi: giustificazione e scopo della tutela brevettuale per le invenzioni industriali, Studi*

Proprio perché rappresenta una manifestazione del diritto alla libera iniziativa imprenditoriale garantito dall'ordinamento, dunque, l'esercizio del diritto al brevetto non può di per sé integrare una condotta anticoncorrenziale [70]. È pur vero, tuttavia, che l'accumulo dei brevetti, o il loro frazionamento, pongono dei problemi concorrenziali nella misura in cui consentono alle imprese farmaceutiche, nelle modalità più sopra descritte, di prolungare eccessivamente la copertura brevettuale loro accordata e, così, di rallentare la transizione di un prodotto dallo *status* di farmaco protetto da privativa a medicinale sottoposto alla pressione concorrenziale, ovvero di impedire ad un rivale lo sviluppo di un prodotto concorrente.

La valutazione dell'esercizio del diritto al brevetto sotto il profilo concorrenziale, innanzitutto, implica una rivalutazione del perimetro di interferenza del diritto della concorrenza con il sistema brevettuale, tradizionalmente basato sulla nota distinzione tra esistenza ed esercizio dei diritti di proprietà intellettuale [71]. Infatti, le pratiche di brevettazione strategica pongono problemi con-

---

Franceschelli, Giuffrè, Milano, 1983. Nella dottrina statunitense v., *inter multis*, GORDON, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, in *Va. L. Rev.,* 1992, p. 149; REICHMAN, *Beyond the Historical Lines of Demarcation: Competition Law, Intellectual Property Rights, and International Trade after the Gatt's Uruguay Round,* in *Brooklin J. of Int. L.,* 1993, p. 75; LEMLEY, *Property, Intellectual Property and Free Riding,* in 83 *Texas L. Rev.,* 2004-2005, p. 1031 ss.

70 V. Commissione europea, *Indagine sul settore farmaceutico. Annex 1*, par. 1097. Parimenti ULLRICH, *Strategic patenting by pharmaceutical industry,* in ANDERMAN, *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law. A Trilateral Perspective*, 2013, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, p. 258, 259; *contra* LOWE-PEEPERKORN, *Intellectual Property: How Special is its Competition Case?,* in EHLERMANN-ATANASIU, *The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law,* Hart Publishing, Oxford, p. 93 ss.; in termini problematici COTTER, *Reflections on the Antitrust Modernization Commission's Report and Recommendation Relating to the Antitrust/p Interface,* in *Antitrust Bull.,* 2008, no 53, pp. 745, 775, 794 ss.; FOX, *Can Antitrust Policy Protect the Global Commons from the Excesses of IPR's?,* in MASKUS-REICHMAN, *International Public Goods and Technology Trasfers under a Globalized International Property Regime,* New York, Cambridge University Press, pp. 758, 770 ss.; FINK, *Comment I: Competition Law as a Means of Containing Intellectual Property Rights,* in MASKUS-REICHMAN, *International Public,* cit., pp. 770-773; ULLRICH, *Droit de la concurrence, propriété intellectuelle, et accès à l'information technologique,* in BUYDENS-DUSOLLIER, *L'intéret general et l'accès à l'information en propriété intellectuelle,* Brussels, Bruylant, pp. 249, 258 ss. Lo stesso A., tuttavia, riconosce che la prassi di frammentare la fonte della protezione delle proprie invenzioni, indotta dal sistema brevettuale, impedisce e rallenta l'innovazione sequenziale.

71 L'equilibrio tra concorrenza e sistema brevettuale è stato da tempo rinvenuto dalla Corte di Giustizia nella nota distinzione tra esistenza ed esercizio dei diritti di proprietà intellettuale, in base alla quale si ritiene che il diritto europeo non interferisca con l'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale accordato ai sensi della normativa nazionale di uno Stato membro, ma ne limiti l'esercizio quando questo viola le norme del Trattato poste a presidio della concorrenza. Tale differenziazione è stata per la prima volta affrontata nel caso *Consten and Grundig*, su cui v. Corte di Giustizia, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione delle Comunità Europee*, dove la Corte ha ritenuto illegittimo, perché contrario all'art. 85 del Trattato (ora art. 101 TFUE), l'uso del proprio marchio al fine di bloccare le esportazioni dei propri prodotti da parte di un distributore non autorizzato dalla Germania alla Francia. Essa è stata poi confermata ed enunciata esplicitamente nel caso *Parke Davis*, su cui v. Corte di Giustizia, 29 febbraio 1968, causa 24/67 e poi in Corte di Giustizia, 8 giugno 1971, causa 78/70 *DeutscheGrammophon GmbH c. Metro-SB-Groomarkte GmbH & Co. KG*. In base alla citata giurisprudenza si ritiene comunemente che l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale può essere sanzionato come un illecito concorrenziale se questo diviene uno strumento di abuso o di un'intesa restrittiva della concorrenza. Per contro, la mera esistenza di un diritto di proprietà intellettuale non può essere considerata anticoncorrenziale, in quanto ciò implicherebbe una violazione dell'art. 345 TFUE, che prevede: "*the Treaty shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership*". Di questo avviso, in particolare, SIRAGUSA, *The EU Pharmaceutical Sector Inquiry. New Forms of Abuse and Article 102 TFEU,* in CAGGIANO-MUSCOLO-TAVASSI (ED.), *Compe-*

correnziali che scaturiscono, non dall'esercizio di uno o più diritti di brevetto, ma proprio dalla loro mera esistenza: è, infatti, il *cluster* di brevetti in sé, ovvero la mera brevettazione della riformulazione, a creare l'incertezza giuridica e ad ostacolare l'ingresso delle imprese genericiste sul mercato [72].

La recente esperienza della Commissione europea e dell'AGCM nell'ambito dell'*enforcement* in relazione alle pratiche di brevettazione strategica nel settore farmaceutico sembra far ritenere che anche l'area della disciplina brevettuale tradizionalmente meno permeabile all'influenza del diritto della concorrenza, ovvero proprio quella relativa all'esistenza di un brevetto, sia riconducibile in talune circostanze nel perimetro di potenziale applicazione degli standard normativi *antitrust,* specie in tema di abuso di posizione dominante [73]. Il superamento della tradizionale distinzione tra esistenza ed esercizio di un diritto di proprietà intellettuale è avvenuta, infatti, proprio con la sentenza della Corte di Giustizia che ha confermato la decisione della Commissione europea nel caso *AstraZeneca* [74]*,* dove lo scrutinio sotto il profilo *antitrust* dell'esistenza stessa di un brevetto è stato giustificato dal fatto che quest'ultimo, oltre a produrre un effetto di *foreclosure* nei confronti dei concorrenti, era stato illegittimamente ottenuto grazie a condotte fraudolente.

Tuttavia, nel confermare l'illiceità anche di un'altra condotta posta in esse-

---

tition Law and Intellectual Property. The European Perspective, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 183.

La distinzione tra esistenza ed esercizio dei diritti di proprietà intellettuale già da tempo era stata oggetto di ripensamento e critiche in dottrina. V. KORAH, *Dividing the Common Market through National Industrial Property Rights,* in *Modern L. Rev.,* 1972, n. 32, p. 634, ivi, p. 636, la quale afferma che tale distinzione è tenue, dal momento che il modo con cui il diritto di proprietà intellettuale viene esercitato è la pratica espressione della sua esistenza; CORNISH, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights,* 1989, p. 21, il quale afferma che "*[…] these definitions have the appearance of being formulated only in the wake of a policy decision to give preference to EEC policies beyond a certain point. All this may seem an exercise in legal obscurantism, but the basic intent is not hard to grasp: intellectual property rights are properly exercised when used against goods that come from independent competitors in trade; but they are not to be used against the movement from one Member State to another of goods initially connected with the right owner."*; così pure JOLIET, *Patented Articles and the Free Movement of Goods within the EEC,* in *Current Leg. Prob.,* 1975, n. 28, p. 15, ivi, pp. 23-24; e l'AG Fennelly, il quale nella sua opinione nelle cause riunite 267 e 268/95, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd and Merck Sharp & Dohme International Services BV v Primecrown Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta and Necessity Supplies Ltd and Beecham Group plc c. Europharm of Worthing Ltd.Merck,* al par. 97, afferma: "*The distinction between the 'existence' and the 'exercise' of rights can, at times, be quite unreal; it has not been referred to in recent case-law […] and may now, at least in so far as the interpretation of Articles 30 to 36 of the Treaty is concerned, be discarded."* V., infine, FLORIDIA-LAMANDINI, *Privative Industriali e artt. 30-36 e 86 del Trattato: la Corte di Giustizia può risolvere la* vexata quaestio *dei pezzi di ricambio,* in *Contr. Impr./Europa,* 1998, p. 144 ss., i quali suggeriscono che la distinzione tra esistenza ed esercizio dei diritti di proprietà intellettuale, allora funzionale al carattere nazionale dei diritti di proprietà intellettuale, potrebbe adesso aver perso il proprio significato, dato il progressivo espandersi della legislazione europea in tema di diritti di proprietà intellettuale. Si pensi, ad esempio, proprio citato al Regolamento (CEE) n. 1768/92 del 18 giugno 1992 sui CCP.

72 V. ULLRICH, *Strategic patenting by pharmaceutical industry,* cit., pp. 246 e 248.

73 *Contra* v. STRAUS, *Patent Application: Obstacle for Innovation and Abuse of Dominant Position under Article 102 TFEU?,* in *J. Comp. L. & Pr.,* 2010, n. 1(3), pp. 189-201, il quale ritiene che la giurisprudenza consolidate attualmente non consente di qualificare il deposito di una domanda di brevetto come una condotta unilaterale sanzionabile ai sensi dell'art. 102 TFUE.

74 Unici precedenti in tal senso erano all'epoca rinvenibili nelle sentenze della Corte di Giustizia, 21 febbraio 1973, causa 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company,* e Corte di Giustizia, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Tetra Pak I* dove la Corte ha stabilito che l'acquisizione di un brevetto da parte di un'impresa dominante, poiché non vi sono investimenti in innovazione da proteggere, può essere considerato un abuso di tale posizione se impedisce o ritarda in maniera significativa l'ingresso sul mercato da parte dei concorrenti.

re dall'impresa, ovvero del ritiro dell'AIC di un medicinale non più coperto da brevetto con il fine di ostacolare l'ingresso dei farmaci generici, senza che tale comportamento fosse fraudolento o che l'impresa avesse posto in essere dei comportamenti in violazione della normativa che le accordava tale diritto, la Corte è andata ben oltre [75]. Essa ha, infatti, ribadito in maniera più chiara che in passato [76] il principio dell'irrilevanza per il diritto della concorrenza della legittimità di una condotta d'impresa ai sensi di un'altra normativa [77], affermando che anche l'esercizio legittimo di un diritto, e quindi, per analogia, altresì l'esercizio del diritto al brevetto, per i suoi effetti restrittivi sul mercato può essere considerato contrario ai principi che regolano il diritto della concorrenza [78].

Cionondimeno, la Corte non ha specificato quali siano gli elementi della fattispecie che consentono di azionare il rimedio *antitrust* a repressione di un comportamento che è consentito dall'ordinamento [79]. Rimane, pertanto, non sufficientemente esplorato il tema delle circostanze nelle quali è possibile associare al deposito di una domanda di brevetto la sussistenza di un illecito anticoncorrenziale.

4.1. La necessità di un *quid pluris* per l'intervento *antitrust*: il ruolo dell'intento anticoncorrenziale nell'integrazione della fattispecie

Parte della dottrina, ispirandosi al caso *ITT Promedia* [80], ritiene che solo quando la restrizione concorrenziale deriva dall'esistenza di un brevetto ottenuto in maniera illegittima, ovvero quando vi sia un intento fraudolento nel-

---

75 La seconda pratica abusiva posta in essere da *AstraZeneca* consisteva, infatti, nell'applicazione distorta delle procedure di AIC dei farmaci, al fine di ritardare l'entrata dei generici nel mercato rilevante e bloccare il commercio parallelo del *Losec*. In particolare, *AstraZeneca* aveva ritirato l'AIC del *Losec* capsule, la quale costituiva il riferimento necessario per potere avviare la procedura abbreviata dei generici e per poter richiedere la licenza al commercio parallelo. In tal modo *AstraZeneca* era riuscita ad impedire l'ingresso delle versioni generiche di tali farmaci in tali Stati membri.

76 Il principio in base al quale la mera aderenza formale alla legge di condotte d'impresa volte ad ottenere la tutela brevettuale non pregiudica il loro scrutinio sotto il profilo *antitrust* era, infatti, già desumibile da Tribunale dell'Unione europea, 23 ottobre 2003, causa 65/98, *Van den Bergh Foods c. Commissione*, par. 171; Tribunale dell'Unione europea, 17 settembre 2007, causa 201/04 *Microsoft c. Commissione,* par. 689 ss.

77 V. Corte di Giustizia, 6 dicembre 2012, causa 457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, parr. 132-134.

78 Cfr. Tribunale dell'Unione europea, 1 luglio 2010, causa 321/05 *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, par. 792, dove i giudici, pur confermando che il lancio, l'introduzione e il ritiro dell'AIC un farmaco non possono essere considerate di per sé come abusive, in quanto non sono vietate da alcuna normativa, esse lo divengono se dispiegano effetti anticoncorrenziali. Sul punto *contra* v. MURPHY, *Abuse of Regulatory Procedures – The AstraZeneca Case: Part 3,* in *Eur. Comp. L. Rev.,* 2009, n. 7, pp. 314-323, il quale ritiene che tale esito sia dovuto all'applicazione del principio di speciale responsabilità che grava sulle imprese dominanti e non tiene conto del fatto se il mantenimento di un'AIC da parte di un'impresa risponda alle sue esigenze commerciali.

79 Così anche OTTAVIANO, *Industrial Property and Abuse of Dominant Position in the Pharmaceutical Market: Some Thoughts on the AstraZeneca Judgement of the EU General Court,* in CAGGIANO-MUSCOLO-TAVASSI (ED.), *Competition Law and Intellectual Property,* Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 98; più dubitativo BODONI, *AstraZeneca Antitrust Fine Cut By 13% by Eu Court in Generic Drug Case,* in *http://www.bloomberg.com/news/articles/2010-07-01/astrazeneca-antitrust-fine-cut-by-13-by-eu-court-in-generic-drug-case*.

80 V. Tribunale dell'Unione europea, 17 luglio 1998, causa 111/96 *ITT Promedia NV contro Commissione delle Comunità europee*.

l'esercizio del diritto al brevetto, si possa configurare lo spazio per un intervento *antitrust*[81].

Al contrario, si ritiene che, non solo il *patent fraud* non sia un requisito sufficiente per configurare un abuso[82], ma non è neanche necessario. Come anticipato, infatti, la seconda fattispecie oggetto di sanzione da parte della Commissione europea nel caso *AstraZeneca* riguardava proprio l'esercizio di un diritto-facoltà in maniera conforme alle norme che lo disciplinano, ma con effetti anticoncorrenziali sul mercato. La Corte di Giustizia ha, invero, affermato che l'esercizio di un diritto garantito dall'ordinamento costituisce un abuso di posizione dominante, non solo quando ciò avvenga in violazione della normativa che lo accorda, ma anche in assenza di un comportamento contrario a tale normativa. D'altro canto, gli illeciti anticoncorrenziali sono condotte che tipicamente risultano lecite per le altre normative che le consentono e/o le disciplinano e, dunque, nella valutazione delle stesse sotto il profilo concorrenziale non rileva affatto la loro legittimità ai sensi di tali *corpus* normativi, i quali, peraltro, utilizzano *standard* di liceità che mirano a tutelare obiettivi diversi rispetto a quelli perseguiti dal diritto della concorrenza[83].

In tal modo la Corte sembrerebbe propendere per una costruzione dell'analisi di anticoncorrenzialità esclusivamente sull'elemento oggettivo della fattispecie, la c.d. "preclusione anticoncorrenziale", ovvero sull'ostacolo all'ac-

---

81 Sul punto v. KJØLBYE, *Article 82 EC as Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?,* in *World Competition*, 2009, n. 32(2), pp. 163-188; SIRAGUSA, *The EU Pharmaceutical Sector Inquiry,* cit., pp. 184-185. Entrambi gli AA. si rifanno all'insegnamento della Corte di Giustizia nel caso *ITT Promedia,* dove i giudici hanno affermato che solo in circostanze eccezionali l'esercizio del diritto di azione garantito e tutelato dall'ordinamento può essere considerato abusivo, ovvero quando l'azione non è fondata su una pretesa legittimamente azionabile in giudizio, ovvero quando essa è *baseless* e quando essa fa parte di un piano che mira a restringere la concorrenza. Queste circostanze, peraltro, rappresentano il *quid pluris* cui faceva riferimento il TAR Lazio, Roma, 3 settembre 2012, n. 7467 sul caso *Pfizer*, il quale ha affermato che solo l'illegittimità della richiesta del brevetto divisionale da parte dell'impresa sarebbe stato in grado di colorare di anticoncorrenzialità l'altrimenti legittima condotta dell'impresa. È noto che, invece, il *Board of Appeal* dell'EPO ha confermato la validità del brevetto divisionale avente ad oggetto lo specifico dosaggio del *latanoprost*. La declaratoria di validità è, tuttavia, messa in discussione da GHIDINI ET AL., *Abuso del diritto al brevetto,* cit., p. 148, i quali ritengono che il particolare dosaggio del *latanoprost* rivendicato nella domanda divisionale ben potesse costituire un "unico concetto inventivo" insieme all'invenzione di base rivendicata nel brevetto principale e che, dunque, la richiesta di frazionamento fosse non necessaria e meramente strumentale. Per un altro commento sugli aspetti strettamente brevettuali del caso *Pfizer* v. BRICEÑO MORAIA, *La decisione Pfizer: profili critici in tema di brevetti divisionali e facoltà esclusive,* in *Riv dir. ind.*, 2012, n. 6, p. 589 ss.

82 Cr. Corte di Giustizia, *AstraZeneca,* cit., par. 99, dove i giudici affermano che non sempre un brevetto illegittimo, perché non soddisfa i requisiti di brevettabilità, configura una condotta abusiva ai sensi del diritto *antitrust*. È necessario, infatti, che siano integrate altre circostanze e che solo un'analisi *case-by-case* di tali circostanze può eventualmente condurre ad una valutazione di anticoncorrenzialità. La Corte, tuttavia, non specifica quali siano dette circostanze.

83 Cfr. Tribunale dell'Unione europea, *AstraZeneca*, cit., par. 677 e Corte di Giustizia, *AstraZeneca*, cit., parr. 132-134. Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 693: "*Che il brevetto divisionale e il relativo certificato di protezione siano stati o meno legittimamente chiesti e ottenuti è questione che qui non rileva (ed è perciò irrilevante la documentazione versata in atti all'odierna udienza), in quanto sono ininfluenti le vicende attinenti alle sorti dei vari brevetti accessori chiesti da Pfizer, nonché la tempistica delle relative richieste all'EPO e l'effettivo contenuto della rivendicazione accolta con il divisionale, poiché l'ambito normativo della tutela dell'invenzione, attraverso il rilascio dei brevetti, è diverso da quello della tutela della concorrenza. […] si discute qui non di una condotta vietata alla luce della tutela brevettuale, ma della portata anticoncorrenziale di una serie di atti, anche, in tesi, in sé legittimi. Del resto, l'abuso di posizione dominante, imputato a Pfizer, non è che specificazione della più ampia categoria dell'abuso del diritto, della quale presupposto è, appunto, l'esistenza di un diritto, del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce: nel caso di specie, l'esclusione dal mercato dei concorrenti*".

cesso effettivo di concorrenti reali o potenziali al mercato, con conseguente danno per i consumatori, come peraltro vorrebbe la Comunicazione della Commissione europea sull'Art. 82 EC [84]. Tuttavia, l'utilizzo esclusivo di tale criterio conduce ad un cortocircuito, in quanto l'esistenza di un brevetto per definizione comporta l'esclusione dei terzi [85].

Per questo motivo è stato suggerito che i limiti *antitrust* alle condotte attuate nell'esercizio di diritti-facoltà spettanti alle imprese devono poggiare sulla prova che le stesse hanno agito con l'intenzione di nuocere alla concorrenza [86]. Questo standard di prova, tuttavia, è stato criticato in quanto contrario alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha sancito ormai da tempo l'oggettività del concetto di abuso [87].

Pur concordando sull'inutilizzabilità del criterio dell'intento come elemento esclusivo in base al quale definire i contorni entro i quali il diritto della concorrenza può interferire con il sistema brevettuale, si ritiene che la sua debolezza non si fondi tanto sul contrasto con l'oggettività del concetto di "abuso", il cui accertamento, invece, può ben poggiare sull'elemento soggettivo della fattispecie, qualora le evidenze probatorie lo consentano o gli effetti sulla concorrenza non siano chiaramente definibili [88-89], quanto sul fatto che tale criterio presenta un limite intrinseco. L'indagine sull'intento anticoncorrenziale, infatti, non appare di facile compimento nel caso delle fattispecie di brevettazione strategica, proprio perché la richiesta di un brevetto contiene *in nuce* l'intento legittimo di ottenere un effetto escludente, sempre che ciò avvenga di norma in misura corrispondente alla fisiologica limitazione della concorrenza prevista dal legislatore [90].

---

84 V. *Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* del 24 febbraio 2009.

85 Cfr. DREXL, *AstraZeneca and the EU Sector Inquiry*, cit., p. 27 ss., il quale in relazione allo *standard* di prova necessario per dimostrare l'illiceità dell'attività di *patent filing* afferma che "*the grant of a patent in itself has an exclusionary effect on the market and the behaviour of competitors who, inter alia, might be influenced in their own R&D activities. Hence, it is the very nature of patents to produce – at least some – market foreclosure effect, and, indeed, the legislature expects them to have such an effect. Such effect, in principle, is not to be qualified as anti-competitive".*

86 V. DOGAN-LEMLEY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Tex. L. Rev.*, 2009, n. 87, p. 685, ivi, p. 709; NEGRINOTTI, *Abuse of regulatory procedures in the Intellectual property context: the AstraZeneca case,* in *Eur. Comp. L. Rev.,* 2008, n. 29(8), p. 446 ss.; DREXL, *AstraZeneca and the EU Sector Inquiry,* cit., p. 18, in riferimento a quanto affermato dalla Commissione europea, *Indagine sul settore farmaceutico. Annex 1,* parr. 523 e 524 in relazione allo standard di prova dell'illiceità richiesto, afferma la necessità di provare un "*100% anticompetitive intent*" di un'impresa che abbia depositato una domanda di brevetto, ovvero di dare una prova piena dell'intento anticoncorrenziale che dietro un'attività apparentemente lecita in quanto consentita dall'ordinamento si cela in realtà una volontà escludente.

87 V. SIRAGUSA, *The EU Pharmaceutical Sector Inquiry,* cit., p. 186, il quale ritiene che l'applicazione del diritto della concorrenza a tali fattispecie possa basarsi solo sulla prova di un intento anticoncorrenziale, che, tuttavia, non collima con la nozione oggettiva di abuso e risulta di difficile prova. Sull'oggettività della nozione di "abuso" v. Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, causa 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, par. 91.

88 Cfr. Corte di Giustizia, 3 luglio 1991, causa 62/86 *AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee.*

89 Nel caso in cui sia provato un intento escludente, come la Commissione europea aveva dimostrato nel caso *AstraZeneca,* la fattispecie potrebbe integrare un'ipotesi di c.d. *cheap exclusion*. V. CREIGHTON-HOFFMAN-KRATTENMAKER-NAGATA, *Cheap Exclusion*, in *Antitrust L. J.,* 2005, no. 72, pp. 977-87, 990-92.

90 Così anche KALLAUGHER, *Existence, Exercise, and Exceptional Circumstances: The Lim-*

4.2. La brevettazione strategica come forma di abuso del diritto: anti-concorrenzialità intesa come irrazionalità economica

La soluzione adottata dal Consiglio di Stato nel caso *Pfizer* sembrerebbe aver aggiunto al dibattito una soluzione diversa dalle precedenti: essa, infatti, fa leva sulla nozione di abuso del diritto.

In analogia con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia in *AstraZeneca,* il Giudice di ultima istanza ha, infatti, affermato che la legittimità della condotta dell'impresa, contrariamente a quanto aveva ritenuto il giudice di prime cure, non doveva essere vagliata alla luce della normativa brevettuale, ma della sua portata anticoncorrenziale, anche se la stessa risultava conforme alle disposizioni del primo. Ciò perché l'abuso di posizione dominante, secondo i giudici, può essere considerato come una "*specificazione della più ampia categoria dell'abuso del diritto"*, il cui presupposto è l'esistenza di un diritto, "*del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce*", laddove il diritto cui faceva riferimento il Consiglio di Stato era il diritto al brevetto – nel caso di specie, una domanda divisionale –, e l'uso formalmente in linea con la disciplina brevettuale, ma nella sostanza strumentale, veniva individuato nell'apparente volontà di rispettare il principio dell'unità dell'invenzione, che in realtà mascherava un fine escludente [91].

Il concetto di abuso del diritto, pur molto controverso, negli ultimi anni ha conosciuto una notevole riviviscenza nell'elaborazione giurisprudenziale, prima a livello europeo [92] e poi nazionale [93]. Com'è noto, si ha abuso del diritto

---

ited Scope for a More Economic Approach to IP Issues under Article 102 TFEU, in ANDERMAN, *Intellectual Property and Competition Law,* cit., p. 130-131; DEVLIN-JACOBS, *Anticompetitive Innovation and the Quality of Invention*, *University of California Working Papers,* 2012, n. 27(1), p. 32; *Contra* v. SCHUSTER, *Comment, Subjective Intent in the Determination of Antitrust Violations by Patent Holders*, in *Texas L. Rev.*, 2007, n. 49, p. 507, ivi, pp. 530-534.

91 V. Cons. Stato, *Pfizer,* cit., *sub* lett. C).

92 La giurisprudenza europea si è sviluppata soprattutto in ambito tributario: v. Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa 255/2002 *Halifax plc et al. c. Commissioners of Customs & Excise* e Corte di Giustizia 21 febbraio 2008, causa 425/06 *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Part Service Srl.*, secondo la quale sussiste l'abuso del diritto quando lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali è la causa prevalente dell'operazione abusiva (c.d. "scopo essenziale"). Il concetto ha ricevuto riconoscimento anche nell'art. 54 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali, il quale stabilisce che "*nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute dalla presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".* Sul punto v. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto,* in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 80 ss.; GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?,* in *Contratto e Impresa,* 2011, n. 2, p. 316 ss. Nella dottrina straniera v. SORENSEN, *Abuse of rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rethoric?,* in *CML Rev.,* 2006, p. 423 ss.; DE LA FERIA-VOGENAUER, *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2011; SAYDÉ, *Abuse of EU law and Regulation of the Internal Market*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

93 Nell'ordinamento nazionale v. Cass., Sez. V, 19 maggio 2010, n. 12249; Cass., Sez. V, 21 gennaio 2011, n. 1372, Cass., Sez. V, 26 febbraio 2014, n. 4603, con le quali si è stabilito che operazioni di ristrutturazione societaria o altre operazioni economiche, ancorché formalmente lecite, integrano gli estremi dell'abuso del diritto quando hanno lo scopo di frodare il fisco. Il principio in base al quale l'esercizio formalmente lecito di facoltà riconosciute dall'ordinamento con lo scopo di eludere le norme fiscali costituisce abuso del diritto, è stato sancito dalla Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2008, nn. 30055, 30056, 30057. Anche in ambito societario è stato ritenuto abusivo l'esercizio del diritto di voto da parte di una parte dei soci con lo scopo di ledere i diritti di altri soci (Cass., Sez. I, 11 giugno 2003, n. 9353). In ambito contrattuale è, poi, nota la sentenza della Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, che ha dichiarato illegittimo l'esercizio del diritto di recesso dal contratto in maniera non qualificata, poiché contrario al canone generale della buona fede, e rinvenendo nello stesso una forma di abuso del diritto. In

quando un soggetto ha la titolarità di un diritto, che concretamente può essere esercitato in una pluralità di modi non rigidamente predeterminati, e quando tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della disciplina attributiva di quel diritto, è avvenuto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico, e quando, infine, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifica una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte [94]. In altre parole, si ha abuso del diritto quando un diritto (o facoltà) concesso(a) dall'ordinamento viene esercitato(a) dal titolare formalmente in maniera legittima, ma al fine di conseguire obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore, in danno di terzi.

Di recente la Cassazione [95] ha circoscritto maggiormente la nozione di abuso del diritto, sancendo che il carattere abusivo di una determinata condotta, nel fondarsi sull'esercizio di un diritto che comporta il conseguimento di un indebito vantaggio e che difetta di valide ragioni economiche, presuppone anche l'esistenza di un comportamento alternativo a quello scelto dall'impresa, comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito dalla stessa. Da ciò segue che se l'obiettivo che si intende raggiungere con l'esercizio di tale diritto può essere ottenuto facendo ricorso a un comportamento che incide sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato, questi ultimi sono da preferire per non incorrere nella declaratoria di illegittimità.

La sentenza della Cassazione potrebbe essere letta nel senso che l'abusività si misura sull'esistenza di un comportamento alternativo a quello adottato e sul fatto che la scelta di quest'ultimo non si giustifica su valide ragioni economiche, dato che il primo è parimenti idoneo a perseguire l'obiettivo economico desiderato, ma sul conseguimento di detto scopo con modalità tali da cagionare un danno per soggetti portatori di interessi contrari a quello del titolare. Altrimenti detto, per integrare un abuso del diritto, il comportamento posto in essere deve essere "artificiale" [96], ovvero *economicamente irrazionale* [97].

---

ambito brevettuale, di interesse appare la sentenza del Trib. di Bologna, 12 gennaio 2011, in *Giur. ann. dir. ind.* 2012, p. 112 ss, che ha stabilito che "*abusa del diritto di azione frazionando illegittimamente la domanda chi, avendo agito per accertamento negativo della contraffazione di un altrui brevetto, in epoca successiva propone una domanda di nullità di questo brevetto che avrebbe potuto e dovuto proporre al momento in cui ha agito per accertamento negativo*". In dottrina v. ROTONDI, *L'abuso del diritto,* in *Riv. dir. civ.,* 1923, pp. 105 ss., 207 ss., 417 ss., che ritiene che l'abuso del diritto non abbia dignità di principio generale dell'ordinamento; *contra* v. RESCIGNO, *L'abuso del diritto,* Il Mulino, Bologna,1998; GHIDINI ET AL., *L'abuso del diritto al brevetto*, cit., p. 140, che sostengono la tesi opposta. PALMIERI-PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa,* in *Foro it.,* 2010, I, p. 85; GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche,* in *Riv. dir. comm.,* 2009, II, p. 410.

94 V. Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106; Cons. Stato, Sez. III, 17 maggio 2012, n. 2857.

95 V. Cass. 14 gennaio 2015, n. 439, dove la Corte utilizza cautela massima nell'applicazione della nozione di abuso del diritto in ambito tributario alle ristrutturazioni aziendali, che, al pari dell'esercizio del diritto al brevetto, è di per sé un'attività lecita. V. anche Cass. 4 aprile 2008, n. 8772 e Cass. 21 aprile 2008 n. 1025, dove si esclude la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione o la serie di operazioni è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali; e Cass. 26 febbraio 2014, n. 4604 e Cass. 21 gennaio 2011, n. 1372, dove si afferma che esigenze di natura organizzativa che determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda del contribuente non integrano un abuso del diritto.

96 Questa lettura appare in linea con l'evoluzione della nozione di "abuso del diritto" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Secondo l'elaborazione dei giudici europei il concetto di abuso del diritto si compone di due elementi fondamentali: uno soggettivo e uno oggettivo. Quest'ultimo guarda all'esistenza del diritto del singolo di poter beneficiare delle facoltà concesse da una norma dell'ordinamento. Il primo, a sua volta, possiede due aspetti caratterizzanti:

Se questa lettura è corretta, sembrerebbe che il canone interpretativo sul quale deve essere costruito l'accertamento dell'abusività delle pratiche di brevettazione strategica è quello dell'irrazionalità economica della condotta. Ciò sembrerebbe avvicinare la nozione di abuso del diritto alla prospettiva adottata da Tribunale UE nella sentenza sul caso *AstraZeneca* [98]. Ivi essa, infatti, afferma che lo *standard* di prova per dimostrare che l'attività di brevettazione strategica nasconde un intento anticoncorrenziale consta di due fasi: innanzitutto, occorre provare l'esistenza (anche solo potenziale) della *foreclosure* e, in secondo luogo, occorre che l'esercizio del diritto al brevetto non poggi su una valida e razionale giustificazione economica [99]. In altre parole, quindi, l'abuso del diritto potrebbe essere letto con le lenti del "*no economic sense test"* d'oltreoceano, che guarda a se una certa condotta d'impresa ha senso sotto il profilo delle strategie di *business* di un'impresa ovvero se essa acquista importanza solo per la probabilità che questa contribuisca a proteggere la posizione dominante da essa posseduta [100].

4.3. Gli elementi sui quali fondare l'irrazionalità economica dell'esercizio del diritto al brevetto

Nell'esiguità della casistica giurisprudenziale in tema di brevettazione strategica, la sentenza con la quale il Consiglio di Stato ha confermato la validità del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM nei confronti di *Pfizer* sembra offrire qualche spunto utile per individuare quali sono le circostanze fattuali o gli elementi della fattispecie da considerare per attribuire all'attività di *patent filing* una connotazione di irrazionalità economica, e quindi di anticoncorrenzialità.

Alcuni passaggi della pronuncia potrebbero, infatti, essere interpretati nel senso che il deposito tardivo della domanda di brevetto [101], la mancata attua-

---

per beneficiare di dette facoltà il soggetto che pone in essere il comportamento deve mirare ad ottenere da questo un vantaggio, o comunque un effetto positivo sulla propria sfera giuridica, ad esempio, anche tramite l'ottenimento di un diritto di cui prima non si godeva e deve essere "artificiale", ovvero non basato su una "realtà economica" (così Corte di Giustizia 12 settembre 2006, causa 196/04 *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue,* par. 55; Corte di Giustizia, 13 marzo 2007, causa 524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, par. 74; Corte di Giustizia, 8 novembre 2007, causa 251/06 *Firma ING. AUER – Die Bausoftware GmbH v Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr,* par. 84) o su un'"attività economica genuina" (Corte di Giustizia, *Cadbury Schweppes*, cit., parr. 65-68).

97 V. Corte di Giustizia, *Halifax*, par. 75. Secondo SAYDÉ, *Abuse of Law,* cit., p. 148, le suddette nozioni devono essere interpretate come equivalenti a "economicamente irrazionali". L'elemento dell'irrazionalità economica distingue la fattispecie dal caso di frode: nel primo caso l'elemento qualificante è l'artificialità del comportamento, mentre nel secondo è l'uso di artifici e raggiri, ovvero del mendacio, volto ad ottenere il vantaggio, anche quando non se ne ha diritto. Secondo l'A. solo in questo caso si potrebbe correttamente parlare di "*absence of economic reality*" come fa la Corte di Giustizia in *Cadbury Schweppes.*

98 Anche il caso *AstraZeneca* è stato ricostruito in dottrina come una forma di abuso del diritto: V. MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *Astrazeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Anti-Trust Offence, Abuse of Rights, and IPR Misuse*, in *World Competition*, 2011, n. 34, p. 245, ivi, p. 259.

99 V. Tribunale dell'Unione europea, *AstraZeneca*, cit., par. 672.

100 V. *Brief for the United States and Federal Trade Commission as* Amici Curiae *Supporting Petitioner,* in *Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko LLP,* n. 02-682 (US Sup. Ct. 13 dicembre 2002).

101 Il brevetto di base era stato depositato nel 1989 e la domanda divisionale era stata presentata nel 2002 *Pharmacia* all'EPO, quindi a distanza di ben tredici anni. Contrariamente a quanto ritenuto dal Consiglio di Stato, il TAR Lazio non ha tenuto conto del valore probatorio di

zione dell'invenzione oggetto del brevetto e il fatto che questa non apportava alcuna sostanziale innovazione rispetto al farmaco già in commercio [102] costituiscono gli elementi determinanti che, agli occhi dei giudici, hanno contribuito più di tutti a caratterizzare la condotta come abusiva [103]. Questi tre elementi, letti insieme, infatti, hanno condotto il Giudice a ritenere che nel caso di specie il deposito del brevetto – un divisionale avente ad oggetto un elemento di novità dell'invenzione (lo specifico dosaggio del principio attivo) – non aveva il fine genuino di tutelare uno sforzo inventivo, né poteva essere giustificato con l'intento di rispettare il principio, di natura fiscale, dell'unità dell'invenzione.

Dei tre elementi considerati dal Consiglio di Stato, uno in particolare sembra possedere una forza probatoria significativa in relazione all'accertamento di anticoncorrenzialità, ovvero il momento in cui è stata depositata la domanda di brevetto [104-105].

Non sembra ragionevole, infatti, che l'impresa abbia sentito l'esigenza di proteggere gli investimenti effettuati per giungere alla scoperta dell'elemento di novità o abbia realizzato che questo costituiva un'invenzione distinta da quella di base, dopo che l'invenzione con quell'elemento specificamente rivendicato nel brevetto divisionale era già sul mercato da molto tempo, pro-

---

tale circostanza: i giudici, infatti, avevano ritenuto insufficiente a provare un intento escludente il fatto che la domanda divisionale fosse stata depositata così tanto tempo dopo il deposito del brevetto principale, poiché era (dopo le citate riforme intervenute sull'art. 36 dell'EP Implementing Regulation) lo stesso diritto dei brevetti consentire un deposito della domanda divisionale anche di molto successivo a quella principale. In particolare, i giudici di prime cure non sembrano aver dato alcun significato alla menzionata riduzione del periodo di tempo durante il quale è possibile depositare una domanda divisionale presso l'EPO. Al contrario, poiché la modifica era già intervenuta, questo avrebbe dovuto segnalare ai giudici il fatto che l'EPO stesso intendeva porre rimedio ad una prassi dai risvolti illeciti.

102 Il brevetto di base conteneva diverse rivendicazioni, tra cui quella sul principio attivo *latanoprost*, principale ingrediente per la produzione e la commercializzazione di un medicinale particolarmente efficace nella cura del glaucoma e dell'ipertensione oculare, lo *Xalatan.* Il brevetto divisionale, *inter alia,* rivendicava uno specifico dosaggio di tale principio attivo, che era quello nel quale già lo *Xalatan* era in commercio.

103 Affermano, al riguardo, i giudici del Consiglio di Stato che "*(n)el caso di specie, la condotta posta in essere da Pfizer mediante lo sfruttamento delle facoltà connesse alla titolarità del brevetto principale e alla posizione rivestita nel mercato, hanno consentito il differimento (non importa quanto a lungo) dei farmaci equivalenti allo Xalatan, senza comportare alcuna concreta utilizzazione del medesimo principio attivo (…)*" (enfasi aggiunta). Ancora si legge che "*Tali comportamenti,* (…) *sono riassumibili, innanzitutto, nella richiesta di brevetto divisionale e del relativo certificato di protezione complementare a tutela di una classe di molecole che comprendeva il latanoprost, oggetto del brevetto principale, brevetto divisionale al cui rilascio non è seguita la commercializzazione di alcuna specialità farmaceutica diversa da quella già sul mercato*" (enfasi aggiunta). E infine: "*La strategia, avvalorata dal mancato sfruttamento commerciale in applicazione del brevetto divisionale, che si riferisce allo stesso prodotto medicinale sul mercato fin dal 1997 e già coperto dal brevetto EP417*" (enfasi aggiunta).

104 Ciononostante si ritiene che l'elemento temporale non debba essere considerato nel senso della distanza tra il brevetto divisionale e quello di base. Piuttosto, dovrebbe rilevare la distanza tra la richiesta del brevetto e la relativa attività di ricerca che ha condotto all'individuazione dell'elemento di novità che si intende proteggere. Cfr. ULLRICH, *Strategic patenting by pharmaceutical industry,* cit., p. 265.

105 Gli altri due elementi, ovvero la mancata attuazione dell'invenzione rivendicata nel brevetto divisionale dell'invenzione e l'assenza di alcun apporto innovativo rispetto allo stato dell'arte, appaiono possedere una valenza probatoria inferiore. Infatti, lo *Xalatan* era già stato immesso in commercio proprio nel dosaggio rivendicato nel brevetto divisionale. Pertanto, con il deposito della domanda divisionale l'impresa intendeva proteggere, non un nuovo e distinto prodotto, ma esattamente lo stesso, già in commercio dal 1997 in Italia. Con ciò si spiega perché l'invenzione non fosse stata attuata – lo *Xalatan* già ne costituiva attuazione – né avesse ad oggetto un prodotto nuovo e diverso dallo *Xalatan* – quest'ultimo era, infatti, proprio il prodotto che si intendeva proteggere.

prio nella forma del farmaco di proprietà dell'impresa.

In particolare, appare difficilmente spiegabile il deposito della domanda di brevetto da parte di *Pfizer* molto in ritardo rispetto alla conclusione dell'attività di ricerca e sviluppo relativa alla variante che intendeva proteggere. Il *timing* della richiesta, infatti, non appare coerente con le modalità con cui attualmente le imprese procedono a brevettare le proprie invenzioni in ambito chimico-farmaceutico: mentre in passato esse sceglievano la molecola candidata, oggetto del brevetto di base, svolgevano i *clinical trials*, e solo dopo l'ingresso sul mercato del prodotto da questa derivante, o comunque in un momento successivo, effettuavano la ricerca sulle varianti, ora le imprese tendono ad anticipare il più possibile la brevettazione delle varianti di una molecola di base, al fine di poter condurre la ricerca applicata senza tema che i concorrenti giungano prima di essi all'innovazione [106].

Il deposito della domanda divisionale, dunque, avrebbe avuto senso al momento della scoperta dell'elemento di novità (ovvero, il più efficace dosaggio) che distingueva la nuova invenzione da quella rivendicata nel brevetto di base, al fine di proteggerla fino alla sua attuazione e successiva commercializzazione. Poiché, invece, l'invenzione era già presente sul mercato all'atto della richiesta del divisionale, ciò dimostra che la relativa attività di ricerca era stata già svolta diversi anni prima. La richiesta della tutela brevettuale, quindi, non poteva essere finalizzata a proteggere un investimento in innovazione.

Tutto ciò rappresenta un elemento di "stranezza" della condotta [107] che, nel caso di specie, potrebbe essere spiegabile solo se si considera che il brevetto divisionale aveva il mero scopo di fungere da "ponte" per poter ottenere il CCP *cui altrimenti l'impresa non avrebbe avuto più diritto.* Il CCP a sua volta ha consentito all'impresa di allungare la copertura brevettuale sul principio attivo in Italia e di allinearla a quella degli altri Paesi europei, scongiurando così l'ingresso anticipato dei generici nel primo Paese rispetto agli altri [108].

---

106 Sul punto v. PIFFERI-BIANCHETTI, *Farmaci polimorfi e loro brevettazione,* in *Diritto Industriale,* 2006, n. 6, pp. 106-107.

107 Da questo punto di vista, la condotta posta in essere da *Pfizer* presenta un stretta analogia con la seconda fattispecie sanzionata dalla Commissione in *AstraZeneca*: in quel caso, infatti, l'impresa aveva fatto un uso delle facoltà previste in capo alle imprese farmaceutiche dalla regolazione farmaceutica diverso da quello per il quale esse sono garantite dall'ordinamento (ovvero, il ritiro dell'autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco, non per questioni di farmacovigilanza, addotte genericamente ma rimaste poi indimostrate in giudizio, ma per ostacolare i genericisti) e per questo motivo, con un ragionamento *a contrario*, basato sull'assenza di una valida *ratio* economica, dato che le ragioni di farmacovigilanza non sono state dimostrate, a tale condotta è stata attribuita una valenza escludente. *Contra* tale analogia v. HULL, *The Application of EU Competition Law*, cit., pp. 478-479; BODONI, *AstraZeneca Antitrust fine cut*, cit.; dubitative MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *Astrazeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: An Hypothesis of Anti-Trust Offence, Abuse of Rights, and IPR Misuse*, in *World Competition*, 2011, n. 34, p. 245, ivi, p. 258.

108 *Pharmacia,* precedente titolare del brevetto di base sullo *Xalatan,* aveva richiesto il CCP che allungava la tutela brevettuale di due anni, al 2011. Ciò, tuttavia, non avveniva in Italia, dove, in assenza di un CCP, la tutela brevettuale su tale prodotto sarebbe scaduta nel 2009. *Pharmacia,* e quindi anche *Pfizer* in quanto avente causa, nel mercato italiano non aveva più diritto al prolungamento brevettuale derivante dal CCP, in quanto non lo aveva richiesto per tempo, incorrendo così nella decadenza. L'unico modo per essere "rimessa in termini" era ottenere un nuovo brevetto avente ad oggetto il prodotto in questione e su questo nuovo titolo di privativa richiedere un CCP. Da questo punto di vista non convince l'obiezione espressa da OSTI, *The Italian Way to Antitrust Judicial Review: A Few Oddities of the Pfizer Case,* in *Riv. italiana di Antitrust,* 2914, n. 3, p. 125, secondo il quale attribuire alla richiesta del CCP da parte di *Pfizer* un artificiale prolungamento della copertura brevettuale non sarebbe corretto, poiché, se l'impresa avesse depositato la richiesta di CCP anni addietro, entro i termini previsti dalla nor-

Effettivamente i fatti del caso *Pfizer* si incasellano bene nella cornice teorica dell'abuso del diritto inteso come irrazionalità economica. Tuttavia, non sembra che i tre elementi considerati congiuntamente per dimostrare l'abusività della condotta nel caso di specie siano in grado di fornire sempre una "sponda sicura" per tutte le fattispecie di brevettazione strategica in ambito farmaceutico. Piuttosto, essi si presentano "scivolosi" e incapaci di condurre a conclusioni ferme. La complessità dei meccanismi regolatori e di mercato che caratterizzano il settore farmaceutico potrebbe, infatti, essere fonte di spiegazioni alternative alla "storia anticoncorrenziale" che potrebbe celarsi dietro l'attività di *patent filing* di un'impresa.

Innanzitutto, si osserva che la produzione di varianti di un farmaco spesso deriva da un'attività di ricerca e sviluppo routinaria. Risulta, pertanto, relativamente facile creare una "copertura" all'attività di brevettazione tramite lo svolgimento di sperimentazioni che possono essere condotte addirittura quasi "*on demand*" [109].

Anche il criterio dell'assenza di un effettivo esercizio dei brevetti sul mercato non risulta sempre dirimente. Al riguardo, infatti, occorre distinguere tra le diverse tipologie di invenzioni rivendicate. Alcuni brevetti secondari non rivendicano un'invenzione nuova sotto il profilo terapeutico rispetto a quella contenuta nel brevetto di base, ma ne proteggono un elemento specifico, ad esempio, la formulazione o il procedimento per ottenere il composto chimico; altri, invece, hanno ad oggetto invenzioni di selezione, le quali identificano nell'ambito di una classe di composti definita da una formula generale, una sottoclasse o un composto specifico ovvero ancora un elemento specifico o aggiuntivo, cui ricollegare particolari effetti rispetto agli altri componenti della classe, oppure effetti migliorativi rispetto a quelli degli altri componenti della classe, ovvero infine la riduzione o l'assenza di eventuali effetti nocivi propri della classe [110].

Per i brevetti della prima tipologia, la mancata attuazione in via separata dell'aspetto inventivo rivendicato è un fatto ovvio, in quanto è la specialità medicinale sviluppata a partire da detti brevetti a rappresentare la loro attuazione [111]. Diverso è il caso dei brevetti che hanno ad oggetto invenzioni di selezione, la cui mancata attuazione risulta una scelta irrazionale dal punto di vista delle strategie commerciali di un'impresa, poiché essa comporta la rinuncia a fare ingresso sul mercato con un prodotto potenzialmente innovativo e competitivo rispetto agli altri presenti sul mercato. La mancata attuazione del brevet-

---

mativa applicabile, l'effetto di preclusione per le imprese genericiste si sarebbe prodotto ugualmente, ovvero in maniera identica a quanto effettivamente avvenuto a seguito della richiesta successiva, l'argomento, tuttavia, non sembra tenere conto di un elemento fondamentale, ovvero che la condotta dell'impresa ha dato luogo ad una preclusione concorrenziale nei confronti delle imprese genericiste che altrimenti non si sarebbe verificata, in quanto in base alla normativa applicabile *Pfizer* non aveva più diritto *rebus sic stantibus* al prolungamento della copertura brevettuale. Scettico nell'esito del procedimento istruttorio GERADIN, *The Uncertainties Created by Relying on the Vague 'Competition on the Merits'Standard in the Pharmaceutical Sector: The Italian Pfizer/ Pharmacia Case,* in *Journal of Competition Law and Practice,* 2014, n. 5(6), pp. 344-352, il quale ritiene che l'esito del caso sia frutto di un'applicazione distorta del concetto di "*competition on the merits*", all'interno del quale non possono essere incluse solo condotte che avvantaggiano i propri concorrenti, senza che l'impresa dominante ne benefici.

109 Così ULLRICH, *Strategic patenting by pharmaceutical industry,* cit., p. 265, nt. 97.

110 V. LUZZATTO, *Brevetti chimici di base e di selezione*, in *Riv. dir. ind.*, 1990, I, pp. 299-315.

111 Un esempio eloquente è quello dei brevetti di processo, che potrebbero tutelare più modalità con le quali giungere alla sintesi della molecola alla base del principio attivo di cui è composta la specialità medicinale: verosimilmente l'impresa non attuerà tutti i brevetti di processo di cui è proprietaria, ma solo quello più economico.

to potrebbe essere il sintomo dell'implementazione di un comportamento strategico da parte dell'impresa, che con la mera acquisizione della copertura brevettuale intende impedire che un concorrente *originator* si affacci nella stessa area di ricerca ed entri sul mercato con un prodotto più innovativo [112]. Con altrettanta probabilità, tuttavia, la non attuazione potrebbe essere dovuta al fallimento dei *clinical trials* [113].

Parimenti, lo scarso apporto innovativo, sotto il profilo terapeutico, dell'invenzione rivendicata in uno o più brevetti di per sé non può indicare la sussistenza di un'attività *patent evergreening*, ma la pratica di riformulazione deve essere accompagnata da altre condotte quali, ad esempio, come già indicato, la denigrazione del farmaco generico o quantomeno una campagna pubblicitaria intensa volta a spostare la domanda verso il prodotto di seconda generazione. Inoltre, l'affermazione di tale criterio richiederebbe alle Autorità di concorrenza o giudiziarie di svolgere la non semplice attività di valutazione del grado di innovatività di un farmaco [114].

È evidente, dunque, che la dimostrazione dell'irrazionalità economica dell'attività di brevettazione posta in essere da un'impresa implica uno *standard* di prova molto alto [115], che contribuirebbe a mantenere la brevettazione strategica con fini anticoncorrenziali nel novero delle fattispecie di rara integrazione. Sorge, dunque, spontaneo chiedersi se esista un criterio che con più certezza contribuisca a fondare l'accertamento di anticoncorrenzialità e che sia concretamente applicabile, senza aggravi eccessivi per le procedure amministrative e/o giudiziarie.

5. Una ricostruzione alternativa: il *test* della limitazione dello sviluppo tecnologico

Il rapporto tra *antitrust* e accesso alla privativa brevettuale in ambito farmaceutico potrebbe essere alternativamente ricostruito a partire dalla men-

112 Una fattispecie simile è stata affrontata dalla Commissione europea nella decisione sul caso *Servier,* (su cui v. *supra* nota 35), dove è stato accertato che, oltre ad aver posto in essere dei c.d. *pay-for-delay settlements,* nel 2004 l'impresa aveva acquisito dei brevetti sulla tecnologia più avanzata nel mercato dei farmaci per il controllo della pressione arteriosa, senza che questa fosse mai stata utilizzata dall'impresa, con il puro scopo di bloccare l'ingresso dei generici sul mercato.

113 Cfr. PRIDDIS-CONSTANTINE, *The Pharmaceutical Sector, Intellectual Property and Competition Law in Europe,* in ANDERMAN-EZRACHI, *Intellectual Property and Competition Law,* cit., p. 257 ss., il quale osserva che al momento della richiesta del brevetto le applicazioni della molecola non sono tutte note, né lo è il successo dei test clinici. Per questo motivo, ritenere che un'attività di *patent filing* sia perseguita con fini anticoncorrenziali solo ed esclusivamente sulla mancata introduzione del prodotto sul mercato potrebbe, dunque, condurre ad un errore di valutazione sull'effettiva anticoncorrenzialità della condotta.

114 V. DEVLIN-JACOBS, *Anticompetitive Innovation and the Quality of Invention, University of California Working Papers,* 2012, n. 27(1), pp. 13 ss. e 40.

115 Cfr. O' DONOGHUE, *Verbalising a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC,* in EHLERMANN-MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC,* Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 338, il quale afferma che il *non economic sense test* richiede un'analisi delle opzioni a disposizione dell'impresa al momento in cui essa ha scelto di porre in essere una determinata condotta, alla luce del suo *business plan*. Poiché, tuttavia, la mancata rispondenza della condotta ai piani strategici e commerciali dell'impresa non risulta di facile interpretazione, il test può condurre a considerare lecito ciò che, invece, nasconde un intento escludente.

zionata giurisprudenza sulle c.d. "circostanze eccezionali".

Come noto, questa è stata sviluppata proprio nel contesto dell'elaborazione giurisprudenziale sul rapporto tra esercizio dei diritti esistenti in capo ai titolari di una privativa industriale e diritto della concorrenza, nei casi di rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale. In particolare, secondo la dottrina delle circostanze eccezionali, l'interferenza di quest'ultimo sul primo è ammessa quando il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale impedisce ad un'impresa l'accesso ad un *input* indispensabile per entrare in un altro mercato, con un altro prodotto *nuovo,* per il quale esiste una domanda, anche solo potenziale, e quando il rifiuto non è obiettivamente giustificabile e comporta l'eliminazione della concorrenza in tale mercato [116].

Attenta dottrina non ha mancato di osservare correttamente che il requisito del c.d. "nuovo prodotto" è stato sviluppato dalla Commissione europea nella sua decisione sul caso *Microsoft* in un *test* più ampio che guarda alle fattispecie di rifiuto di concedere in licenza non solo sotto il profilo dell'impedimento alla creazione di un nuovo specifico prodotto da parte di un'impresa, ma più in generale prestando attenzione alla *limitazione dello sviluppo tecnologico* causata dalla condotta per l'intero mercato [117].

Secondo tale *test*, il rifiuto di un'impresa dominante di concedere a terzi la licenza su un proprio diritto di privativa, con l'effetto di determinare l'interoperabilità dell'invenzione oggetto di tale diritto con altre invenzioni prodotte dai rivali, limita la possibilità per i consumatori di utilizzare le invenzioni concorrenti. La limitazione della possibilità per i concorrenti di raggiungere detti consumatori, a sua volta, scoraggia lo sviluppo futuro di nuovi prodotti. Più precisamente, il mancato accesso ad un *input* necessario per sviluppare prodotti con caratteristiche alternative che i consumatori reputano importanti comporta, non solo l'attenuazione della concorrenza tra prodotti concorrenti, ma impedisce proprio lo sviluppo di prodotti alternativi da parte dei concorrenti. Nel lungo termine, dunque, solo l'impresa dominante sarà in grado di innovare, mentre il resto del mercato non sarà messo in condizioni di farlo [118].

Anche la seconda condotta abusiva addebitata ad *AstraZeneca* dalla Commissione, ancorché non costituisca un rifiuto a concedere in licenza [119], integra

---

116 Cfr. *supra*, nota 8.

117 V. KALLAUGHER, *Existence, Exercise, and Exceptional Circumstances,* cit., pp. 132-135.

118 V. Commissione europea, del 24 marzo 2004, COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, parr. 693-701, confermata dal Tribunale dell'Unione europea, *Microsoft*, cit., par. 650 ss., ivi, par. 656. Cfr. KALLAUGHER, *Existence, Exercise, and Exceptional Circumstances,* cit., p. 133-134, il quale ritiene che la modalità con cui la Commissione ha strutturato le proprie argomentazioni dovrebbe scongiurare il rischio che il test venga integrato con molta facilità e che le circostanze in cui si verifica la limitazione del progresso tecnologico non siano più eccezionali, come paventato da KJØLBYE, *Article 82 EC as Remedy*, cit., p. 175; BEARD, *Microsoft: What Sort of Landmark?,* in *Comp. Pol. Intl.,* 2008, n. 4, p. 33 ss., ivi, p. 36; LANGER, *The Court's of First Instance's Microsoft Decision: Just an Orthodox Ruling in an Unorthodox Case?,* in *Leg. Issues of Econ. Integr.,* 2008, n. 35, p. 183 ss., ivi, p. 192; ANDREANGELI, *Case Note: Case T-201/04, Microsoft v. Commission,* in *CMLRev.,* 2008, n. 45, p. 863 ss., ivi, p. 884. *Contra* VEZZOSO, *The incentives balance test in the EU Microsoft case: a pro-innovation 'economics-based'approach?"*, in *Eur. Comp. L. Rev.,* 2006, pp. 382-390, la quale ritiene che il test di bilanciamento degli incentivi ad innovare dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti sia utile per analizzare le condotte unilaterali sotto un profilo dinamico.

119 Poiché il *test* della limitazione del progresso tecnologico ha lo scopo di bilanciare la concorrenzialità del mercato con la protezione degli incentivi ad innovare, si ritiene che esso sia estendibile anche ad altre forme di esercizio dei diritti di proprietà intellettuale e, a maggior ragione, anche alla mera acquisizione degli stessi. Anzi, esso risulterebbe maggiormente appropriato per queste ultime fattispecie, in quanto il deposito di una domanda di brevetto dovrebbe

una forma di interoperabilità a danno dei concorrenti: il ritiro delle AIC del farmaco di prima generazione era, infatti, funzionale ad impedire che le imprese genericiste potessero introdurre un farmaco ad esso equivalente sul mercato. A differenza del caso *Microsoft*, quella creata dall'impresa farmaceutica è un'interoperabilità di tipo *regolamentare,* anziché tecnica, ma come nel primo caso, essa ha prodotto l'effetto di rendere il farmaco di un'impresa rivale indisponibile per i pazienti, e quindi di chiudere il mercato ai concorrenti e di riservare per sé la possibilità di introdurre sul mercato farmaci nuovi e più innovativi.

Parimenti, le pratiche di brevettazione strategica possono avere l'effetto di disincentivare i concorrenti dell'impresa dominante a sviluppare prodotti con caratteristiche differenti di cui in qualche maniera potrebbero beneficiare i pazienti e di ridurre, quindi, le fonti di innovazione sul mercato, concentrandole in capo al soggetto dominante [120].

Ad esempio, l'acquisizione di un brevetto per impedire che i rivali dell'impresa richiedente sviluppino prodotti concorrenti per la cura di una determinata patologia per la quale l'impresa possiede un farmaco già in uso (e grazie al quale risulta dominante su tale mercato), produce senz'altro una limitazione dell'innovazione sequenziale ad opera dei rivali.

Anche la brevettazione strategica che ostacola la concorrenza di prezzo innescata dai generici, oltre a produrre effetti sul piano statico, dal punto di vista dinamico limita il progresso tecnologico, non tanto perché i farmaci generici costituiscono un prodotto "nuovo" – essi, infatti, sono una copia quasi identica dell'originale –, quanto perché la mancata diffusione dei generici produce spe-

---

perseguire il fine, pro-concorrenziale, di aumentare la propria competitività e, indirettamente, lo sviluppo tecnologico del settore. Per contro, un diritto di brevetto che non persegue questo fine, ma che fornisce all'impresa uno strumento per ostacolare la concorrenza, impedisce l'innovazione sequenziale da parte dei concorrenti, ovvero limita il progresso tecnologico del settore. Il *test*, dunque, guarda agli effetti prodotti dalla condotta sull'efficienza dinamica, ponendosi, dunque, in relazione di continuità con gli obiettivi perseguiti anche dal sistema brevettuale. Cfr. KALLAUGHER, *Existence, Exercise, and Exceptional Circumstances*, cit., pp. 136-137.

120 Per questo motivo la limitazione del progresso tecnologico ad opera dei rivali, ovvero, ad esempio, l'ostacolo all'ingresso dei generici, non risulta giustificabile alla luce del fatto che ad essa corrisponde l'immissione in commercio di un farmaco più innovativo da parte dell'impresa dominante. L'anticoncorrenzialità dell'attività di brevettazione risiede, infatti, nel fatto che essa consente solo all'impresa dominante di innovare, eliminando la pluralità delle fonti di innovazione. A tale esito si potrebbe pervenire, peraltro, anche quando il farmaco generico è comunque riuscito ad arrivare sul mercato. Contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina d'oltreoceano, infatti, si ritiene che il fatto che la condotta dell'impresa dominante non abbia impedito l'ingresso del farmaco generico sul mercato non può condurre ad un accertamento di non restrittività della stessa, basato sulla considerazione che essa, al contrario, ha ampliato il novero di prodotti a disposizione dei pazienti, come sostiene DEVLIN-JACOBS, *Anticompetitive Innovation*, cit., pp. 42 ss. e 46 ss. Una simile conclusione, infatti, non tiene conto della complessità della regolazione del mercato farmaceutico, che causa la dissociazione tra più soggetti delle funzioni di scelta, pagamento e assunzione delle specialità medicinali, e dell'effetto che attività di promozione e *marketing* hanno sulla prima delle funzioni menzionate. Il fatto che un prodotto sia autorizzato e possa essere commercializzato, infatti, nulla dice in relazione all'effettiva assunzione che i pazienti faranno dello stesso, la quale dipende dalle scelte mediche, oggetto proprio dell'attività promozionale delle imprese farmaceutiche, che a tale scopo dispongono di risorse significativamente maggiori rispetto alle imprese genericiste. L'induzione alla scelta del farmaco di nuova generazione al posto del generico, ad esempio, condurrebbe alla marginalizzazione di quest'ultimo e costringerebbe l'impresa genericista ad investire nell'apprendimento della nuova tecnologia affermatasi sul mercato in attesa di potervi accedere dopo la scadenza del brevetto. Cfr. DOMEIJ, *Anticompetitive marketing in the context of pharmaceutical switching in Europe*, 2012, disponibile su *http://ssrn.com/abstract=2317182*; CARRIER, *Pharmaceutical Antitrust Complexity,* CPI Antitrust Chronicle, 2014(2), disponibile su *http://ssrn.com/abstract=2530169*.

cifici effetti negativi in termini di allocazione efficiente delle risorse nel lungo termine. Ad esempio, le pratiche di *patent evergreening* costringono le imprese genericiste a modificare i propri prodotti per mantenere l'equivalenza con le riformulazioni presenti sul mercato, in luogo di utilizzare tali risorse per giungere a processi di produzione più efficienti e meno costosi. Inoltre, esse distorcono gli incentivi degli *originator,* i quali concentrano i propri sforzi in riformulazioni che non necessariamente rappresentano un vero e proprio avanzamento terapeutico e scientifico, anziché investire in linee di ricerca effettivamente innovative per giungere alla scoperta di nuovi e migliori prodotti [121].

La repressione delle pratiche di brevettazione strategica che impediscono lo sviluppo tecnologico da parte di altre imprese deve essere, dunque, atta ad evitare che, tramite un diritto di esclusiva, la possibilità di innovare venga "allocata" solamente ad un'impresa e a garantire la pluralità delle fonti di innovazione. Altrimenti detto, l'ampliamento del controllo *antitrust* all'ambito dell'esistenza stessa della protezione brevettuale, laddove questa conduca ad un rallentamento della concorrenza *by substitution* (leggi: dell'innovazione), si giustifica quando questo è funzionale a mantenere "contendibile" [122] il mercato dell'innovazione e a fare in modo che tale instabilità induca le imprese a incrementare la propria competitività tramite la scoperta di nuove invenzioni.

Tale effetto positivo appare particolarmente importante e significativo nel settore farmaceutico, dove la "distruzione creativa" schumpeteriana, ovvero la concorrenza *by substitution*, non si verifica con una frequenza auspicabile a garantire che terzi possano sempre sostituire tempestivamente il monopolista con prodotti migliori e più efficaci e a loro volta essere sostituiti in futuro da altri soggetti innovatori.

Le barriere create dai brevetti si sommano, infatti, ai "fallimenti di mercato esterni" [123] generati dalle procedure amministrative di autorizzazione all'immissione in commercio e di negoziazione dei prezzi, che condizionano la velocità di accesso al mercato da parte delle imprese, e dalle caratteristiche del mercato, che si contraddistingue per l'incertezza della ricerca farmaceutica, per la lunghezza dei *test* clinici, per gli ingenti costi per la ricerca e sviluppo, nonché per l'insensibilità della domanda al prezzo dei farmaci, che rende più probabile l'effetto di *lock-in* dei consumatori.

Da questo punto di vista, la spinta all'apertura del mercato dell'innovazione farmaceutica ad un novero di soggetti più ampio possibile, tramite l'applicazione del diritto della concorrenza orientata in senso dinamico, appare indispensabile per correggere queste esternalità negative e per stimolare un adeguato tasso di innovazione a beneficio dei pazienti.

---

121 Diversi studi hanno mostrato che negli Stati Uniti negli ultimi anni il numero di prodotti innovativi è diminuito rispetto al numero di riformulazioni per le quali è stata chiesta un'AIC. V. a.e. REICHERT, *Trends in Development and Approval Times for New Therapeutics in the United States*, in *Nature Reviews*, 2003, n. 2, p. 695, ivi, p. 701; COCKBURN, *Is the Pharmaceutical Industry in a Productivity Crisis?,* in *Innov. Pol. and the Economy,* 2006, n. 7, p. 1.

122 L'espressione è di HEINEMANN, *The contestability of IP-related markets,* in DREXL, *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenam-Northampton, 2008, pp. 54-79.

123 L'espressione è di DREXL, *Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A "More Economic Approach" to Competition by Imitation and Competition by Substitution,* in EHLERMANN-ATANASIU, *European Competition Law Annual: 2005. The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law,* Hart Publishing, 2007.

6. Conclusioni

A partire dalla sentenza della Corte cost. 20 marzo 1978, n. 20, il sistema brevettuale è diventato parte della regolazione che disciplina il funzionamento del mercato farmaceutico. Il diritto dei brevetti costituisce, infatti, una forma di regolazione del mercato, e più in particolare dell'innovazione, fattore chiave per la competitività delle imprese farmaceutiche.

Il diritto al brevetto è, infatti, utilizzato da un'impresa nei confronti dei propri rivali come strumento di concorrenza sull'innovazione. Tuttavia, esso può divenire un mezzo per impedire l'innovazione, laddove l'esclusiva ottenuta perda la funzione pro-concorrenziale attribuitagli dal legislatore e conduca, invece, paradossalmente, proprio ad un'eccessiva frammentazione della tutela e ad un rallentamento dell'evoluzione tecnologica e del progresso economico. Tali effetti sono stati riscontrati in tutti i settori economici, ma nel mercato farmaceutico essi destano particolare preoccupazione perché si inseriscono in un contesto dove il tasso di innovazione sembra attraversare un momento di stasi, capace di incidere potenzialmente in maniera rilevante su diritti fondamentali per la vita umana.

L'apparente incapacità del sistema brevettuale di porre rimedio a tali distorsioni ripropone la questione dell'appropriatezza della scelta di aggiungere, ai limiti interni contenuti *in nuce* da quest'ultimo, i limiti esterni forniti dal diritto della concorrenza, come forma aggiuntiva di regolazione, e di stimolo, dell'innovazione.

Nella prassi il rapporto tra sistema brevettuale e diritto *antitrust* è da sempre stato caratterizzato da confini che non sono definiti *ex ante,* ma che si muovono lungo una frontiera mobile a seconda delle fattispecie che vengono via via in rilievo. L'applicazione "a fisarmonica" del diritto della concorrenza consente, laddove necessario per correggere i "fallimenti regolatori" del sistema brevettuale, di dilatare l'ambito di interferenza della prima sul secondo, fino ad includere aspetti che pertengono ai caratteri essenziali del diritto di privativa. Emblematica di tale capacità espansiva, anche in mercati densamente regolati come quello farmaceutico, è, ad esempio, la (seppur ancora incompleta) prassi in tema di brevettazione strategica, recentemente sanzionata dalla Commissione europea e da alcune Autorità *antitrust* nazionali, tra cui l'AGCM.

Questo esito è stato ritenuto come creativo di un conflitto tra le due discipline e distorsivo degli incentivi ad innovare da parte delle imprese farmaceutiche. Al riguardo, si ritiene che, invece, la prospettata divergenza sia meramente apparente, dal momento che tra le due forme di intervento sul mercato esistono delle sinergie, che vanno ricercate, non tanto nella generale attribuzione di un medesimo obiettivo, ovvero quello di ottenere assetti di mercato efficienti, quanto nel fatto che entrambe promuovono la concorrenza dinamica, tentando di bilanciare la remunerazione del primo inventore con l'innovazione sequenziale ad opera dei *followers.* D'altro canto, l'intervento *antitrust* per compensare i *deficit* del sistema brevettuale si giustifica in ragione del fatto che quest'ultimo, secondo la concezione funzionalista, è un sotto-sistema della disciplina del mercato, ovvero, quindi, è un sottoinsieme del diritto della concorrenza. L'intervento *antitrust,* quindi, risulta funzionale al mantenere il sistema brevettuale pro-competitivo.

Tale rapporto di inclusione viene rispettato dal criterio proposto per l'analisi concorrenziale delle pratiche di brevettazione strategica poste in essere dalle

imprese farmaceutiche: esso, infatti, consente al diritto *antitrust* di intervenire per correggere gli eventuali malfunzionamenti del sistema brevettuale senza incidere negativamente sulle istanze proprie del sistema brevettuale. L'applicazione del diritto *antitrust* per sanzionare l'esistenza di diritti di esclusiva che conducono nel lungo termine ad una *limitazione dello sviluppo tecnologico* per l'intero mercato e conseguentemente all'esistenza di un'unica fonte di innovazione, infatti, può avere senz'altro l'effetto positivo di moltiplicare tali fonti, e attenuare il rischio di un rallentamento dell'innovazione tecnologica. Ciò risulta di fondamentale importanza nel mercato farmaceutico, dove l'avanzamento della progresso scientifico risulta indispensabile per garantire la tutela del diritto alla salute degli individui.

Transparency, crisis and innovation in EU Food Law[1]

di Ferdinando Albisinni

ABSTRACT

Transparency is an expression which appears more and more frequently in European legislation, but which has still not gained a generally accepted definition. It is often referred to the information offered to the consumers, in food law as in financial regulation, but in fact it cannot be reduced to the content of the relation B2C. The paper examines different objects and contents assigned to transparency in the peculiar area of food law, starting from the emerging of some elements of transparency in the '90s and then examining the legal innovations introduced as an answer to the food safety crises and within the new framework introduced with the adoption of Regulation No 178/2002, commonly named as General Food Law – GFL to emphasize the systemic character of EU food law in the new century. The paper underlines the multiple meanings and declinations assigned to transparency as a polysemic paradigm, with reference to participation and openness in legislation and in administration, to the adoption of innovative models of food business undertakings open to internal and external scrutiny, to the establishment of fair market relations within the agri-food chain, and finally to rules regarding the information to consumers. The thesis is that transparency in communication to consumers cannot be realized by itself alone, but requires transparency in regulation and governance and transparency in market relations, and this implies responsibility and accountability of all the actors in scene. The discussion of the recent case of express conflict between EU Commission and EU Parliament on the implementing regulation regarding origin labeling of meat of swine, sheep, goats and poultry, induces to conclude that transparency, with its multiple declination, can be a powerful regulatory tool, but that a relevant part of the way toward effective transparency in food law is still to be covered.

SUMMARY: 1. Premise. – 2. Technological innovation. – 3. Legal innovation, globalization and new market rules. – 4. In search of transparency. – 5. The emerging of some elements of transparency in the '90s. – 6. The BSE crisis and the new transparency approach. – 7. The White Paper on Food Safety – 8. A golden thread throughout EFLS. – 9. A fil rouge. – 10. A winding and still not covered path towards transparency.

1. Premise

When we talk about *transparency* in *European Food Law*, two elements immediately come at stage: *crisis* and *innovation*.

1 A previous version of this paper has been presented and discussed during the Conference "What we talk about when we talk about Transparency: the Meaning of "Transparency" in the Modern Food System", organised jointly by UCLA and Harvard Law School, at UCLA on October 24, 2014.

Crisis has been a key element in the experience of the construction of EFL; an element which, in the last two decades – starting from the *BSE crisis* – allowed EU Institutions to overcome in a short period of time traditional models of harmonisation, shifting toward unification of rules and of procedures, and adopting *transparency* as a sort of *pass-partout* tool, which has been devoted to deal with a multiplicity of issues.

Crises of the past "*offer lessons to regulators and policy makers in the aftermath of the current crisis"* – observed recently a prominent legal scholar, discussing new institutional and regulatory models for preventing systemic risk in the financial area [2].

Such consideration may be certainly shared by scholars discussing present trends in Food Law.

Innovation has been both at the origin of the food safety crises and a central element of the answer to them.

In this framework, the peculiar relation between *technological* and *legal innovation* has played a relevant role in shaping *transparency paradigm* as a general rule vested with many declinations, different but capable to offer innovative legal answers to new hazards and risks, and to a new perception of hazards and risks.

A perspective analysis, even if necessarily summary due to the nature and scope of this paper, will show how the growing recourse to *transparency* developed in significant correspondence with market issues and food safety crises, both largely due to technological innovations, which marked the development of the European Food Law System.

2. Technological innovation

It is well known that *technological innovation* has played a decisive role in bringing about a radically different relation with food. Change has come about both in the quantity of food provisioning and in the quality of the processing, conservation and logistics of foodstuffs.

Developments in this field began to accelerate in the early XIXth century, in the wake of the inventions of the celebrated French chef and confectioner Appert, whose discoveries concerning food preservation in tins enabled the Napoleonic armies to enjoy much greater independence in food supplies, allowing the forces to be deployed and moved with a speed and effectiveness unknown to the armies of the past.

Since that moment, food consumption habits have continued to evolve and have undergone extraordinarily rapid change in recent times. The processing of raw materials of agricultural origin, which previously had been carried out predominantly at home, now began to be increasingly performed by the food industry, with its characteristics of technological and organisational complexity. The development of fast means of transport, which were not only less expensive but also far more capacious that their predecessors, led to the rise of new forms of food distribution. Foodstuffs were no longer necessarily placed on markets chosen by reasons of proximity, but could be distributed on markets

2 L. AMMANNATI, *Restructuring global governance of financial system: a framework for preventing systemic risk*, 2014, in press, which I could read by virtue of the Author's courtesy.

situated at enormous distances from the area of production [3].

This has allowed the emergence of new protagonists, as the large food retail organisations, which in recent years have assumed a hegemonic position with respect to the foodstuff processing industry itself. In many ways, agricultural activity has found itself in an inferior position, subordinated to choices made elsewhere, both upstream and downstream of the primary activity [4].

On the other hand, *technological innovation* must be credited with playing a decisive role even in European countries with a specific reputation in the food sector, allowing certain products to achieve and maintain positions of excellence which today are widely recognized and appreciated as exemplary cases of a tradition of food quality, although in actual fact, more than resting on a past history such products are in many cases the outcome of "*the invention of tradition*" [5], as testified in the motto "*tradition is a successful invention*" [6].

To cite just one among many cases, the success of Italian wine on world markets is owed above all to technological innovation. If the wine on sale were still "*the wine of old farmer*", all the wine cellars would have had to close down years ago. And if one reflects that Baron Ricasoli introduced only at the end of XIX century in Chianti region new cultivars, innovative planting densities and layouts, novel processing and vinification techniques, and it is these which today lie at the heart of the worldwide success of this wine, then it becomes clear that chance has played only a minor role in the recent innovation-oriented review of the procedural guidelines for Italy's major quality wines. The essence of their success lies in the introduction of new high quality cultivars or trail-blazing processing techniques, and more complex fining and ageing procedures.

3. Legal innovation, globalization and new market rules

But *legal innovation* matters too.

Consider e. g. new EU rules, ranging from *traceability* to *precaution*, from *mutual recognition* to *origin from large area*s, from *official control* to *private voluntary bodies* entrusted with tasks traditionally pertaining to public law (such as the Consortiums for the Safeguarding of Wines and of PDO and PGI products).

In all these cases, the predominant element characterising EFL over the last two decades is precisely that of constant innovation, of *Rechtsreform in Permanenz* – as some German scholars [7] wrote in reference to a different branch of law.

---

3 See J.P. POULAIN, *Sociologie de l'alimentation. Les mangeurs et l'espace social alimentaire*, Paris, PUF, 2002.

4 See, e.g., the detailed analysis on the agri-food distribution published by the Italian antitrust Authority, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva sulla distribuzione agroalimentare (IC/28)*, Roma, June 2007, and *Indagine conoscitiva sul settore della GDO (IC43*), Roma, July 2013, at *www.agcm.it*.

5 According to the brilliant and well-known oxymoron by E.J. HOBSBAWN, in E.J. HOBSWAN-T. RANGER, *The invention of tradition*, Cambridge Un. Press, 1983.

6 As stated by C. BARBERIS, *L'agricoltura tra gastronomia e alimentazione*, in *INSOR*, *Gastronomia e società,* Milan, 1984, p. 21.

7 As observed, in reference to corporate law, by U. NOACK-D.A. ZETZSCHE, *Corporate Governance Reform in Germany: The Second Decade*, *Center for Business & Corporate Law Research Paper Series* No. 0010, Düsseldorf, June 2005.

It is therefore vital to interact with *innovation*, endeavouring to bring order into the various proposals that spring up in a disorderly fashion and to organise them within the confines of a shared set of options.

The keys of this process can be summarised by reference to innovation, globalization, regulation, and market.

Market results as a synthetic formula that blends and sums up the first three categories: a space allowing the action of rules that operate both in the economic and legal sphere.

Market calls back to *innovation* when the outcome of innovation affects economic analysis, to *regulatory issues* when the effects of such issues have consequences for the juridical analysis, and to *globalisation* inasmuch as the global perspective has radically changed the economic and legal framework.

Over recent years, it has been widely noted that in present days globalisation cannot be regarded as an element exogenous to the legal order: rather, it is more correctly viewed as internal to it, strongly shaping both processes and contents. Furthermore, a number of arguments have been put forward in support of the suggestion that this goes hand in hand with the "*marketization*" of the institutions and the distribution of public powers over more than one level, in significant harmony with the growing multilevel dimension of the sources of law.

The role played by *jurisdictional power* within this multilevel dimension, to balance interests and values in the construction of European law in general and of food law in particular, is well known, starting from the decision on the case *Cassis de Dijon* and the introduction of the paradigm of *mutual recognition* on the basis of *equivalence* [8].

Together with *jurisdictional power*, a relevant regulatory role is played by *contracts,* although in most cases this sort of contracts do not imply any significant negotiation. Food law, at a large extent, also embraces *standards* introduced by certification bodies, of a private-law origin but with no clear-cut position in the public-private, binding-voluntary, dichotomy, which long guided civil law systems, with their crystal-clear and reassuring – though now largely lost – geometry.

The law generated through these pathways is by its proper nature *ultranational*. This is particularly true for food law, where regulatory authorities, technical rules and standards are typically transnational.

It follows – as has been pointed out – that, on a global stage crowded with regulators, we have to observe the "shift from the hierarchical coordination concentrated in the State towards an independent non hierarchical connection between public and private actors, belonging to all the levels of government" [9]. Legitimation is sought on the basis of the rules (i.e. on the basis of the given rules as previously constructed, and transparency could play a decisive role in this framework), rather than on the basis of the consensus expressed in the traditional democratic forms of participation [10], but the reference to the rule of

8 Court of Justice, 20 February 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral Ag.*; on the general paradigm of equivalence as a founding principle of European Legal System see L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Il Mulino, Bologna, 2006; with specific reference to the role played by such paradigm in EFL see F. ALBISINNI, *The path to the European Food Law System*, in L. COSTATO-F. ALBISINNI (eds.), *European Food Law*, Cedam, Padua, 2012, p. 17.

9 S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601 ss.

10 S. CASSESE, *op. cit.*

law in its substantive content [11] is often challenged by a dimension where "the notion of «legal space» becomes more important and relevant than the traditional one of «legal system»" [12].

EFL, in the sense of an institutional set of legislative acts formally adopted by the Council, the Commission and the European Parliament, is itself increasingly taking on an ultra-national dimension, in the two aspects of submitting to external sources and, on the other hand, of acting as the source of rules that have effect beyond the borders of the Member States.

Thus, if the European rules on quality wines that derive from certain specific regions must conform to the indications of the World Trade Organisation [13], EU, for its part, projects its rules beyond its own borders, with health and hygiene requirements but also with technical provisions. Accordingly, anyone who wishes to export to Europe must conform to the prescribed European health and hygiene requirements and technical rules (thereby putting into effect the well-known model of law that becomes "*another country's national law*") [14].

One may also cite the example – in reference to a specific class of products – of the extension of the rules on PDO and PGI products beyond the boundaries of Europe. It is sufficient here to recall Regulation No 692/2003 [15], which, modifying the rules originally introduced in 1992 on PDO and PGI products [16], provided for a specific operative procedure for the registration, and consequent safeguarding, as PDO or PGI, of agricultural or food products from third countries, external to the Community [17].

---

11 On the different contents, procedural or substantive, assigned to the *rule of law* notion, and on the challenges that globalization and fragmentation of sources of law are posing to a substantive model of *rule of law* nourished with fundamental cultural and social values, see F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011.

12 F. VIOLA, *op. cit.*, p. 147.

13 See, e.g., Commission Regulation (EC) No 316/2004 of 20 February 2004, amending Regulation (EC) No 753/2002, laying down certain rules for applying Council Regulation (EC) No 1493/1999 as regards the description, designation, presentation and protection of certain wine sector products, which has been adopted taking into account some claims entered by third parties after the notification of Regulation No 753/2002 to the World Trade Organisation – as expressly stated in whereas (2) and (3) of the Regulation No 316/2004.

14 As defined by F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2010, 5ª ed., who gives this title to Chap. III of the book; see also Chap. IV and V of the same book.

15 Council Regulation (EC) No 692/2003 of 8 April 2003 amending Regulation (EEC) No 2081/92 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs.

16 Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14 July 1992 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs; later Council Regulation (EC) No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs; now Council Regulation (UE) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012, on quality schemes for agricultural products and foodstuffs.

17 Products obtained in non EU countries (from Columbia coffee to tea from certain regions of India, to numerous Chinese products) can therefore now get – and in effect have got – recognition within the European Community and legal protection as well, starting with Café de Columbia (PGI), entered in the Register of PDO and PGI by Commission Regulation (EC) No 1050/2007 of 12 September 2007, since to the nine Chinese products filed in the Register of PDO and PGI: Jinxiang Da Suan Igp (garlic); Guanxi Mi You Dop (kind of fruits); Lixian Ma Shan Yao Igp (tuber called igname); Longjing cha Dop (thé); Shaanxi ping guo Dop (apple); Longkou Fen Si Igp (vermicelli); Zhenjiang Xiang Cu (vinegar); Yancheng Long Xia (shrimp); and then to Commission Implementing Regulation (EU) No 1041/2012 of 26 October 2012 entering a name in the register of protected designations of origin and protected geographical indications (Pinggu Da Tao PDO) (peach), and others.

It is hardly necessary to emphasise that globalisation is bringing about radical changes in traditional law-making, with effects that have specific incidence on food law.

Such change is not devoid of effects on the legal model envisaged, since "the announced change cannot fail to imply a reconsideration of the method applied in drawing up our rules, on the sources of such rules", on the "relation between *production* and *food*, or rather, between *agricultural product* and *foodstuff*", and this must be considered within the broader context of the interplay between *globalisation* of the rules and *territoriality* as an intrinsic element characterising the "agricultural part" as compared to the "industrial part" of the agri-foodstuff system [18].

4. In search of transparency

Along those lines, *innovation* (both in production, in organisation, in logistic, and in marketing) and *globalisation* (both in trade and in regulation), played a relevant role in the first decades of EFL, starting from the '60s (just after the Rome Treaty establishing the EEC) and until the first years of the '90s (after the Maastricht Treaty), through the adoption of regulations on agricultural products within the CAP and of directives aimed to establish the internal market.

But all of these legislative European acts, even when including consumer protection among their goals, did not mention *transparency*, and even did not consider it.

Even the well know Directive No. 79/112/EEC of 18 December 1978 [19], which was the first horizontal European legislative act to be applied to the labelling of any sort of food product, did not mention *transparency* and was adopted only on the legal basis of art. 100 EEC Treaty (i. e. to harmonize national rules to implement the common market).

The goal to inform and protect consumers is declared, but more as a tool to guarantee fair competition among European business operators, rather than as a value by itself [20].

The decisions of the Court of Justice and the recommendations and rules adopted by the Commission in the '80s, on the free use of food names by foreign operators even when not corresponding to the traditional domestic names, confirmed an approach which was first of all *market oriented*. The *free circulation of goods* was the prevailing criteria, even when such use of names did not actually match the expected substance of the products. It is sufficient here to remember the famous cases of pasta, bier, vinegar, with a radical approach which changed only partly in the '90s with the decisions *Smanor* on frozen yogurt and *Van der Laan* on shoulder ham.

---

18 Thus stated by A. JANNARELLI, *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, 2ª ed., Cacucci, Bari, 2003, pp. 299-300 and 311, in the closing chapter of the work; the chapter bears the significant title "From the agricultural product to the foodstuff: globalisation of the agri-food system and agricultural law".

19 Council Directive 79/112/EEC of 18 December 1978 on the approximation of the laws of the Member States relating to the labelling, presentation and advertising of foodstuffs for sale to the ultimate consumer.

20 Such characterization of the Directive No 79/112 appears particularly relevant when compared with present prevailing models on labelling.

But, if European legislation and jurisdiction for more than three decades largely underestimated the relevance of *transparency* in food law, in the same years such issue started to emerge as a central one in the studies of social scholars.

The contribution of French scholars during those years resulted really enriching [21] (not by chance, due to the traditional importance of food and food culture in their history).

Already in 1979 Claude Fischler underlined in his paper, "*Gastronomie, gastro-anomie*" [22], that in the affluent age, linked to globalization and technical innovation, the consumer of food is missing any solid and established criteria to decide, and is therefore in a condition of *gastro-anomie* [23]. Consumers are in a paradoxical condition, where the "largely increased freedom of choices goes together with the loss of safety which was previously guaranteed by a socially shared regulatory system" [24]: "autonomy advances, but together with it even *anomy* advances" [25].

Some years later, in the first '90s, a French scholar of public law – before any emerging of food safety crises in Europe – underlined the peculiar intimate relation of the consumer with food and the increasing political dimension of any rule on the nature and origin of food [26], as much as food is intended to be ingested and to become a component of human body, overcoming the border which is proper of any other form of consumption and use [27].

This simple image, the *intimate relation* of the consumer with his *nourishment*, the attention to the circumstance that the journey of food from the agricultural phase of the production of raw materials to the *stomach* is becoming everyday longer (so that *nourishment* and *stomach* appear as essential elements of this area of law) clearly highlights the inadequacy of any legislation which does not focus on this *intimate relation*, and underlines the need to seek *transparency* within the agri-food chain.

---

21 Starting from the well known researches of C. LÉVI-STRAUSS in the four volumes *Mythologiques I. Le cru et le cuit*, Paris, Plon, 1964, it. *Mitologica I. Il crudo e il cotto*, transl. by A. Bonomi (Il Saggiatore, 1966); *Mythologiques II. Du miel aux cendres*, Paris, Plon, 1967, it. *Mitologica II. Dal miele alle ceneri*, transl. by A. Bonomi (Il Saggiatore, 1970); *Mythologiques III. L'origine des manières de table*, Paris, Plon, 1968, it. *Mitologica III. Le origini delle buone maniere a tavola*, trad. di E. Lucarelli (il Saggiatore, 1971); *Mythologiques IV. L'homme nu*, Paris, Plon, 1971, it. *Mitologica IV. L'uomo nudo*, transl. by E. Lucarelli (Il Saggiatore, 1974).

22 C. FISCHLER, in *La nourriture. Pour une antropologie bioculturelle de l'alimentation*, in *Communications*, 1979, XXXI.

23 See J.P. POULAIN, *op. cit.*, for a comprehensive exam of the French social studies on those issues.

24 J. P. POULAIN, *op. cit.*, p. 53.

25 C. Fischler, *L'homnivore*, Paris, 1990, p. 164.

26 D. GADBIN, *La qualité de la production du produit de base en droit communautaire agricole*, in "Le produit agro-alimentaire et son cadre juridique communautaire", Rennes, 1996, observed: «*Si le slogan de la qualité a gagné tous les secteur d'activité économique, et notamment les activités industrielles, les enjeux de la qualité prennent volontiers une dimension politique dans le cas des activités agricoles: le consommateur entretient évidemment un rapport plus intime avec sa nourriture qu'avec les produits non alimentaires, alors même que s'allonge sans cesse le processus qui conduit l'aliment de la conception des matières premières à son estomac, et que s'estompe sa connaissance des systèmes de production, transformation et commercialisation*».

27 With the exception of medicines, which share with food this peculiar relation with the body of consumers.

5. The emerging of some elements of transparency in the ’90s

Without using the word *transparency*, some first elements of what we today qualify as the *transparency paradigm* appeared in 1993 in the EEC directive which introduced the method HACCP within the food business organisation.

Council Directive 93/43/EEC of 14 June 1993 on HACCP [28], introducing the principle of analysis and control over critical points, gave legal relevance to the internal control over food undertakings, to the awareness of the firm’s responsibility for organisational aspects and not only for liability for damages; enhanced appreciation of the value of the food chain; underlined express and conscious internal and external communication as the object of a guarantee and as a characterisation of the supply.

The regulatory framework thus introduced into the Community’s legal system resulted in profound *innovation*, if compared to the pre-existing rules of domestic law.

The adoption of risk analysis systems, the emphasis placed on control over one’s own undertaking and on the producer’s responsibility in the sphere of self-certification, turned into dynamic models matters concerning organisation and safeguards. Such models are far more flexible than the previous static rules typical of domestic legal systems (including the Italian system), which to a large extent followed the model of rigid and abstract prescriptions regarding equipment and premises, together with ex-post checks on the products, while the specific aspects of the production processes were disregarded.

The establishment of guidelines and voluntary handbooks setting out correct hygiene practices [29] made it possible to highlight the differences in production techniques and products. Further, it awarded priority to the individual’s sense of responsibility, which was made to hinge on behaviour and on an attitude of respect for health as an intrinsic component of the authenticity of a product rather than as an externally imposed prescription.

In a single word: food producers were called to be *transparent* in their activity.

Analyse what you do, declare and document it: this is the motto which synthesizes the introduction of the HACCP method, and it is something which clearly evokes *transparency in food operators activity.*

It is no more sufficient that the single food product is complying with the single prescription regarding that sort of food: all the food business structure and activity must be transparent, must be a *glass house*, where official control can look through.

These measures represented relevant regulatory innovations in comparison to the earlier models of national legislation, as expressed, e. g., in the Italian Consolidated Text of 1962 on food safety [30], which provided for authorisation of the premises prior to engaging in productive activity, followed by subsequent checks on the products, but tended to ignore the internal activity of the food business operator.

---

28 Directive 93/43/EEC of 14 June 1993, on the hygiene of foodstuffs; the Directive has been later repealed by Regulation (EC) No 852/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, on the hygiene of foodstuffs.

29 See Art. 5, Directive 93/43/EEC.

30 Law 30 April 1962, No 283, *Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande*.

In short, the generalised adoption of the HACCP method was part of a development path, within which legislation originating from the European framework flows into national law, forging a link between consumer confidence, safeguard of health, and free circulation of foodstuffs; a link which is situated within the proper elements of *transparency*. Rather than relying on static public control systems, this approach hinges on a system of dynamic self-control by business operators, which are called upon to exercise surveillance over their own undertakings.

Equally significant is the extent of the regulatory sphere involved. To achieve its aims, the 1993 Directive stated that *all the phases* of production were to be the object of regulatory control [31], thus marking the transition from attention to a single food product to attention to *food chain* and to *transparency* of it considered as a whole

The crucial aspect of the European regulatory framework as outlined in the early '90s by Directive 43/93/EEC thus consisted in its *systemic elements*, characterised by overall relations in which the actors are considered in a unitary perspective, and each of the actors involved has to perform an analysis and a thorough check to verify and control its own phases, and must *declare* what he is doing.

In this first legislative experience, *transparency* is not situated within the communication to consumers, but it is rather assumed as a *raison d'être* of the internal self-organisation of food producers. Full and conscious *transparency* within any food business organisation is a condition of *accountability* and therefore of *trust*.

6. The BSE crisis and the new transparency approach

The innovative elements of *transparency within food business*, introduced in fact even if not expressly mentioned in the Directive on HACCP of 1993, did not receive specific and systemic attention during the following years.

It was only with the *BSE* crisis, at the end of the '90s, that *transparency*, in its different declinations and meanings, made the first official entrance within the EU food law vocabulary.

Regulation No 820/97 of the Council [32], adopted *in response* to the BSE crisis, effectively came to express a new systemic regulatory approach, which involved both *contents* and the *legal basis* adopted.

As far as *contents* were concerned, the rules introduced by the 1997 Regulation, prompted by worry about the spread of a pathology whose origins were traceable to a specific territorial area and to an identified Member State, required for the first time that (i) *traceability* and (ii) generalised *origin labelling from large area* (institutes both located within *transparency*, in the two different areas of the *food chain* and of the *communication to consumer*) should be introduced in connection with a whole category of products (beef), and that such requirements should not be limited to the case of niche products, as had been

31 See art. 2 of Directive 93/43/EEC. This article still excluded the primary production phase, which would be incorporated in the food law system only by the subsequent Regulation No 178/2002 on GFL.

32 Council Regulation (EC) No 820/97 of 21 April 1997, establishing a system for the identification and registration of bovine animals and regarding the labelling of beef and beef products.

stated by Regulation No 2081/92, which had concerned itself only with PDO/PGI products.

Transparency was expressly mentioned both as a *goal* to be reached and as *tool* to guarantee the stabilisation of markets [33].

Even the *legal basis* underlying the 1997 Regulation was new, although this novelty was not clearly perceived at the time, as attention was focused overwhelmingly on the increasing public concern over the dangers deriving from the BSE epidemic.

The Council invoked Art. 43 of the Treaty as legal basis of the new regulation. In other words, it invoked a rule pertaining to *market organisation*, and not Art. 100/A on the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States, which had up to then been utilised in all cases where food safety rules had been introduced.

The European Commission and the European Parliament challenged the 1997 Regulation, and took the matter to the Court of Justice. What they challenged was not the intrinsic content of the measures adopted or their appropriateness: rather, they objected to the use of Art. 43 TEC (now Art. 43 TFEU) as the legal basis, instead of Art. 100/A (now Art. 114 TFEU).

According to the institutions that had taken the matter to the Court, the aim pursued by Regulation No 820/97 should not have been interpreted as establishing rules for the production and enhanced appreciation of agricultural products (an aim that – in their opinion – would not justify differentiating products by territorial origin, as long as the origin was quite independent of the objective characteristics of the products involved); rather, the real aim of the Regulation was to introduce health and hygiene measures for the safeguarding of health, and such measures were the only ones that could justify rules capable of inducing fragmentation of the internal market in terms of national origin of the involved product.

Consequently, according to the arguments put forward by the European Commission and the European Parliament, the legal basis should have been identified as residing in Art. 100/A rather than 43 TEC, and therefore it would have been necessary to have recourse to the co-decision procedure provided for at the time by Art. 189/B.

The case was decided by the Court with a sentence issued on 4 April 2000 [34]. The date of publication is significant, because the judgment was issued just a few months before the introduction of the new rules on beef, approved by the European Parliament and the Council in July 2000 [35]. The new rules superseded Regulation No 820/97 and – modifying the approach followed in 1997 – identified its legal basis as residing not only in Art. 37 EC Treaty (previously Art. 43) on the CAP, but also in art. 152 EC Treaty (previously art. 129), according to which: “1. A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Community policies and activities”, thereby following the co-decision procedure established by Art. 251 EC Treaty and overcoming the disagreement between the Council, the Commission and the European Parliament.

---

33 See whereas (1) of the Regulation.

34 Judgment of the Court 4 April 2000, Case C-269/97, Commission of the European Communities v Council of the European Union.

35 Regulation (EC) No 1760/2000 of the European Parliament and of the Council of 17 July 2000, establishing a system for the identification and registration of bovine animals and regarding the labelling of beef and beef products and repealing Council Regulation (EC) No 820/97.

At the time of the decision, the conflict between the different institutions of the Community was thus gradually being resolved, and the question no longer consisted in how to divide up areas of responsibility: instead, attention had turned to the systematic plane of identification of the founding principles of the area for which rulings were to be set out.

In this context, the Court rejected the distinction between production and marketing, and between rules to be respected by producers and rules addressed to consumers; it thus declared the appeal unfounded, with the following exemplary explanatory statement:

«… Article 43 of the Treaty is the appropriate legal basis for any legislation concerning the production and marketing of agricultural products listed in Annex II to the Treaty which contributes to the attainment of one or more of the objectives of the common agricultural policy set out in Article 39 of the Treaty. … As regards the aim of the contested regulation, it must be observed that, according to the first recital, it is intended to re-establish stability in the beef and beef products market, destabilised by the BSE crisis, by improving the transparency of the conditions for the production and marketing of the products concerned, particularly as regards traceability. … It must therefore be held that, in regulating the conditions for the production and marketing of beef and beef products with a view to *improving the transparency of those conditions*, the contested regulation is essentially intended to attain the objectives of Article 39 of the Treaty, in particular *the stabilisation of the market*. It was, therefore, rightly adopted on the basis of Article 43 of the Treaty.» [36].

In short, the April 2000 statement by the Court attributed to Regulation No 820/97, perhaps more than to any other previous regulatory provision, the nature of an exemplary act of the European food law system, the latter being viewed as a complex system that brings about the following effects: it unifies in a plurifunctional body of rules the demands of competition and the demands of food safety and of transparent information to consumers; it overcomes the distinctions between different subjects; it brings together in a single regulatory framework – whose leading paradigm is *transparency* – all the subjects of the production chain (including those who operate in the primary production phase) and also the consumers.

This underscored the *impetus* and the *timing* of the rise to prominence of a model that was remarkably innovative as compared to the past. In the new model, the agricultural phase of production, the food processing phase and that of marketing and consumption were combined in an original and avowedly innovative and unified regime.

According to the original model outlined by the Court of Justice, what has been introduced by Regulation No 820/97 is not only *transparency* within the operations of one single business operator (as provided by Directive No 43/93), but *transparency in the entire food chain*, even if limited only to bovine animals and beef.

The systemic model of *food chain*, until then contained within the borders of economic science, became a legal concept, and *transparency* qualified itself as an essential tool of guarantee, in a double declination:

– *internal transparency* within the food chain, through *traceability*;

– *external transparency* to consumers and within the market, through mandatory *origin labelling from vast areas*.

36 See para 47, 53, 59, 60 of the Judgement.

7. The White Paper on Food Safety

The subsequent, and decisive, turning point came with the adoption of the new food safety model, enshrined in the White Paper on Food Safety of 2000 [37] which – even before than Regulation No 178/2002 (commonly known as General Food Law – GFL) [38] – addressed to all the operators in the production chain, and significantly concluded:

"*Greater transparency* at all levels of Food Safety policy is the *golden thread* throughout the whole White Paper and it will contribute fundamentally to enhancing consumer confidence in EU Food Safety policy".

A quotation from this White Paper has become widely known. The proposed policy is summarised with the formula *from farm to table*: it is not the *fields* that are protagonists in a material sense, but rather the *farm*, the agricultural enterprise, and with it the *farmers*, the producers.

This inspiration, systemic and involving the entire production chain, was translated into an operative body of rules with the introduction of "food business" by Art. 3, n. 2 of Regulation No 178/2002. A further novelty introduced by the 2002 Regulation consists in its specific reference to the carrying out of operations connected *to a stage*, and therefore to a possible *food business operation connected to a stage,* that is to say a subject definable as an undertaking whose distinguishing characteristics and regime is not the fact of completing all the actions involved in an entire and homogeneous activity, but simply that of being involved in one of the *stages*, even if the stage in question has an internal structure of its own consisting of activities which in various ways are not homogeneous with one another.

Reference to the *stage* (already present, although not fully developed, in the earlier European provisions on health and hygiene) goes hand in hand with the concepts of *production chain* and *network*, thereby assigning legal significance to categories that had so far been considered only from the economic point of view.

We are thus faced with a rather unusual question involving definitions: that is to say, a subject can be defined as a *food business*, with the resulting obligations and responsibilities, even if this definition does not concern the general activity the subject is engaged in, but simply relates to the fact that the subject takes part in one of the *stages* of production, processing and distribution of the food products. But this can be taken even further: even if the subject merely performs "*any of the activities related to any stage of production, processing and distribution of food*", this is sufficient for the subject to be defined as a food business and thus to be subject to the rules laid down for this category [39].

In other words, the object of the ruling (the *food product*) and the aim of the ruling (*food safety*) have led European regulators to realise that imposing rules as a scattered series of points, by totally distinct categories of subjects, cannot be effective, and that what is needed is a body of uniform rules, which define the subject not in terms of its abstract characteristics but simply in terms of its

37 Bruxelles, 12.1.2000, COM (1999) 719 fin.

38 Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002, laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety.

39 Art. 3, n. 2, Regulation No 178/2002.

very participation (in whatever form) into the sphere of producing and distributing.

The search for innovative regulatory modules was likewise given decisive expression in Regulation No 178/2002. Innovation can already be seen in the multiple legal basis adopted. In particular, the following articles of the Treaty are invoked jointly: Arts. 37 (agriculture), 95 (approximation of laws – public health – protection of the environment), 133 (common commercial policy), 152, para 4, lett. (b) (veterinary and plant-health measures, aimed to protect public health).

As a result, food provisions concern a number of different areas, with consequences affecting various different types of wants and sectors, and implying the creation of new models and regulatory tools.

The traditional boundaries between rules applicable to production, and rules applicable to trading activities, become blurred, and distinctions made on the basis of functions attributed to particular tasks play an increasingly minor role.

Rather, what comes to play the role of a decisive institutional canon is the functionalisation of the exercise of regulatory powers and governance.

New provisions concerning the manner of operating of any agri-food business become established, together with new organisational and relational rules, which complement traditional rules on liability.

The agri-food system appears to be the object of a peculiar and complex regulation, the *Agri-Food Law*, not confined to final food products alone, but intended to deal with the entire agri-food chain, in an integrated systemic set of rules dealing jointly with the primary production and with all the stages of transformation, distribution and marketing, and in the same time dealing both with public authorities and with private entities.

The awareness of the nature of food safety risks lead the European legislator to draw a unified legal order and governance of the entire agri-food chain, *from farm to table*, as much as in recent years the financial crisis of 2008 lead to the awareness of the need of a new systemic and comprehensive "*global financial governance*" [40].

In such agri-food legal order, provisions on *responsibilities* of food and feed business operators, of public authorities, and of Member States [41], are intended firstly to establish *competences* ("who is in charge for what") [42] subject to scrutiny and therefore bound to be accountable and transparent, in a perspective which ties up "risk society" and "the imperative of responsibility" [43].

As expressly stated in the conclusions of the White Paper above mentioned, the *golden thread* which inspires such new legal framework in its entirety is *transparency* throughout the whole *European Food Law System*, with a pluralistic declination of this paradigm.

---

40 For an in depth analysis, see L. AMMANNATI, *Restructuring global governance of financial system: a framework for preventing systemic risk*, cit.

41 Art. 17 of Regulation No 178/2002.

42 Object and goals of art. 17 are clear in the German text of Regulation No 178/2002, which translates "Responsibilities" in "Zuständigkeiten", i.e. competences.

43 Thereby importing into binding legal provisions the suggestions of the well known researches on present times of U. BECK, *Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Germany, 1986; ID., *World Risk Society*, Polity Press, USA, 1999; and of H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1979; ID., *The Imperative of Responsibility*, University of Chicago Press, 1984.

8. A golden thread throughout EFLS

Some scholars identified *transparency* as "the literal value of *accountability*, the idea that an accountable bureaucrat and organisation must explain, or account for, its actions. … a key requirement for all other dimensions of accountability" [44].

Others underlined "the multiple frames in which we can see *accountability* and *transparency* and the relationship between them – as *Siamese twins*, as *matching parts* and as an «*awkward couple*»", noting that "*more recent academic literature tends to differentiate different models and types of accountability and the same is just beginning to happen with the idea of transparency*" [45].

This complex and mobile relationship between *transparency* and *accountability* finds peculiar expression in the area of EFL, due to the already mentioned peculiar nature of the relation of consumer with food [46].

Today – roughly two decades after the BSE crisis and more than one decade after the White Paper on Food Safety and the adoption of GFL – when we talk about *transparency* in EFL, we talk of a *polysemic paradigm* used in various declinations, not necessarily uniform, even if having common inspiration and common goals, which on a provisional and tentative basis, taking into account specific provisions adopted in some main areas of food legislation, can be summarised as:

i) *transparency* in regulation and in governance;

ii) *transparency* within food business undertakings;

iii) *transparency* within market, in market transactions, in relations B2B;

iv) *transparency* in communication and information to consumers, on safety and on quality, both from public authorities and from business undertakings and private organisations, in relations B2C.

All these declinations are subject to specific and express rules of law, first of all in Regulation No 178/2002, where *transparency* is largely mentioned both in the reasons of the act and in detailed articles.

A specific section, Section 2, within Chapter II on principles of "GFL – General Food Law", sets the framework, objects, and operating procedures intended to guarantee an effective implementation of this principle, under two different but interlaced perspectives.

Reference is made to *transparency* in regulation and in governance, both *before* the adoption of regulatory provisions, and *after* the emerging of risk situations which require decisions affecting the general public. The new paradigm operates in advance during the process of preparation, evaluation and revision of rules [47], and later in any case where the insurgence of possible risks induces the public authorities to adopt any measure to deal with those risks [48].

---

44 J. GS KOPPELL, *World Rule – Accountability, Legitimacy and the Design of Global Governance*, University of Chicago Press, Chicago, 2010.

45 C. HOOD, *Accountability and Transparency. Siamese Twins, Matching Parts, Awkward Couple?*, in D. CURTIN-P. MAIR-Y. PAPADOPOULOS (eds.), *Accountability and European Governance*, Routledge ed., London and New York, 2012, 61, at p. 77.

46 See D. GADBIN, *op. cit.*

47 Art. 9 of Regulation No 178/2002, entitled *Public consultation*, establishes: "There shall be open and transparent public consultation, directly or through representative bodies, during the preparation, evaluation and revision of food law, except where the urgency of the matter does not allow it".

48 Art. 10 of Regulation No 178/2002, entitled *Public information*, establishes: "Without prejudice to the applicable provisions of Community and national law on access to documents,

Under those general provisions, participation of citizens and consumers within the process of adopting new legislation, and fair and full information in daily administration, shape consumers as proactive and reactive actors in the area of food law and governance, and not only as passive beneficiaries of the decisions of public authorities.

Even apart from this named Section, the *transparency* principle is spread all over the text of Regulation No 178/2002, including international standards, food safety requirements, presentation, responsibilities and liabilities, traceability, withdraw and communication after the sale, EFSA operation and procedures, management of crises [49].

A detailed analysis of all these provisions will result in a sort of synopsis of EFLS [50], but at least two groups of provisions can be mentioned as capable to highlight *Transparency* as a *polysemic expression*, with reference to consumers and to food business operators.

On the side of the consumers, art. 14, establishing "*Food Safety Requirements*", after mentioning in the first two paragraphs material and substantive elements of food safety, in the third paragraph expressly qualifies the information provided to the consumer, on the use of specific food products and on possible adverse effects, as a significant component of the food safety systemic regulation [51].

Food safety is not considered as a sort of abstract and objective paradigm: a product is not safe by itself alone and always, but also and largely on the basis of a subjective and conscious approach to the use of the product. The consumer, in the crucial step of using food – as much as in the general governance above mentioned – is not confined in the passive role of the weak subject to be protected, but is called to play an active role in the complex system of food safety.

Transparency in the information to be provided about food safety undertakes therefore a twofold nature:

– it is a *duty* for the food business operators, which are obliged to give fair and exhaustive information;

– but in the same time it is a *source of responsibility* for the consumer, who has to read carefully the information provided to avoid adverse health effects, similarly to what is established by EU directive on financial products, where the operators are under duty to give to the consumers full disclosure of all the conditions applied to the operations, but conversely the consumers must carefully evaluate the operation on the basis of the information provided: "The an-

---

where there are reasonable grounds to suspect that a food or feed may present a risk for human or animal health, then, depending on the nature, seriousness and extent of that risk, public authorities shall take appropriate steps to inform the general public of the nature of the risk to health, identifying to the fullest extent possible the food or feed, or type of food or feed, the risk that it may present, and the measures which are taken or about to be taken to prevent, reduce or eliminate that risk".

49 See artt. 13, 14, 16, 17, 18, 19, 22, 55, of Regulation No 178/2002.

50 For a detailed analysis of Regulation No 178/2002, article by article, see *Commentario al regolamento (CE) n. 178/2002 del 28 gennaio 2002*, in IDAIC (ed.), *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 114 ss.

51 Art. 14, par. 3, establishes: "3. In determining whether any food is unsafe, regard shall be had:

(a) to the normal conditions of use of the food by the consumer and at each stage of production, processing and distribution, and

(b) to *the information provided to the consumer*, including information on the label, or other information generally available to the consumer concerning the avoidance of specific adverse health effects from a particular food or category of foods".

cient impulse of *caveat emptor* should, in other words, activate, not recede, upon seeing a label on the food one is about to buy" [52].

On the side of food business operators, artt. 16-21 draw new rules of organisation and responsibility, with reference to production and trade.

Substantive requisites of food products and of food production techniques must be respected, but this is no more sufficient. Food business undertakings are under the duty to respect new rules of organisation, which can be synthesised as:

– *transparency* in internal organisation, with the adoption of HACCP procedures and of traceability procedures [53];

– *transparency* in business relations, by sharing information with the others operators along the food chain [54];

– *transparency* to consumers, in presentation before the sale, in withdrawal and information after the sale [55].

9. A fil rouge

Starting with GFL, *transparency paradigm* may be now considered as a sort of *fil rouge* of all subsequent European food legislation.

Regulation No 1169/2011 on food information to consumers [56], which entered in application from 13 December 2014, insists on providing a basis for final consumers to make informed choices and to make safe use of food, protecting the legitimate interests of producers and promoting the production of quality products, guaranteeing transparent public consultation, offering both mandatory information and fair information [57], and introducing a specific notification procedure aimed at ensuring that the process of adopting new food information legislation is transparent for all stakeholders [58].

In a different area, Regulation No 1308/2013 on Common Organisation of Agricultural Markets [59], which has been recently introduced as part of the reform of the Common Agricultural Policy, and which entered in application from 1 January 2014, underlying the value of *Market transparency* as basic principle of agri-food markets regulation [60], introduces specific rules to grant the implementation of such principle in public aids [61], encourages the recourse to regulatory agreements among producers, interbrach organisations, producers organisa-

---

52 As effectively underlined by L. HEINZERLING, *The Varieties and Limits of Transparency in U.S. Food Law*, paper prepared for the UCLA-Harvard Law School Food Law and Policy Conference, October 24, 2014.

53 See art. 17 of Regulation No 178/2002.

54 See art. 18 of Regulation No 178/2002.

55 See artt. 16 e 19 of Regulation No 178/2002.

56 Regulation (EU) No 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011, on the provision of food information to consumers.

57 See artt. 3, 4, 7, of Regulation No 178/2002.

58 See art. 45 of Regulation No 178/2002.

59 Regulation (EU) No 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013, establishing a common organization of the markets in agricultural products.

60 Whereas 11, 12, 17, 23, 132, 192.

61 Artt. 18-19.

tions [62], and to written agreements [63] as tools capable to promote "best practices and market *transparency*" [64] and to help to handle market crises, getting over two strong traditional taboos of EU competition laws: a) the prohibition of previous agreements among producers to regulate the offer of agri-food products; b) the prohibition of previous agreements to regulate prices of agri-food products [65].

10. A winding and still not covered path towards transparency

In this complex process driven by *transparency* some questions remain still largely open:

– is *transparency* a passive or an active paradigm?

– in other words: does *transparency* means only to be subject to scrutiny in decisions, or is it also an expression to designate *participation* and not mere subsequent *control*?

– how does *transparency* effectively work in EFL, with specific reference to *transparency* in sources of law and in governance, especially after the Lisbon Treaty and the increased amount of delegated and implementing powers assigned to the Commission?

A recent case of conflict between the EU Parliament and the EU Commission, arising from the new Commission Regulation on the origin of meat different from bovine, induces to consider with caution the effective rate of *transparency* in the exercise of EU regulatory powers, and – by consequence – in the agri-food market.

The Regulation (EU) No 1169/2011 on food information to consumers [66], established, inter alia, that the indication of the country of origin or place of provenance shall be mandatory for fresh, chilled and frozen meat of swine, sheep, or goats or poultry [67], and that the EU Commission should adopt implementing acts introducing such labelling provisions [68].

On 13 December 2013 the Commission adopted the foreseen implementing regulation [69], but did not extend to such meat the rigorous origin provisions introduced in 1997 for beef and beef products, and with specific reference to minced meat and trimmings admitted a general (and generic) indication "*Origin: EU*" [70].

---

62 Artt. 125, 127, 131, 132, 168, 209.

63 See, on the controversial relationship between "transparency" and "modernity", with reference to the experience of introduction of written contracts in the India food market, the persuasive analysis of A.J. COHEN, paper prepared for the UCLA-Harvard Law School Food Law and Policy Conference, October 24, 2014.

64 Whereas 132.

65 For an analysis of the new innovative EU regulation of business contracts in the agri-food market, and for further reference, see F. ALBISINNI, *La nuova OCM ed i contratti agroalimentari*, in *Riv. dir. alim.*, *www.rivistadirittoalimentare.it*, No 1-2013, p. 4.

66 See *supra*.

67 Art. 26.2. Reg. No 1169/2011. For beef and beef products the mandatory origin labelling had been introduced already by Reg. No 820/1997 – see *supra* par.6.

68 Art. 26.8. Reg. No 1169/2011.

69 Commission Implementing Regulation (EU) No 1337/2013 of 13 December 2013, laying down rules for the application of Regulation (EU) No 1169/2011 of the European Parliament and of the Council as regards the indication of the country of origin or place of provenance for fresh, chilled and frozen meat of swine, sheep, goats and poultry.

70 Art. 7.1.(a) Reg. No 1337/2013: "where minced meat or trimmings are produced exclu-

Such provisions have been criticized by some commentators, underlying that a generic indication of EU origin appeared not coherent with the *transparency* framework provided and supported by Regulation (EU) No 1169/2011. Moreover such generic EU origin indication appeared not capable to prevent new crises like the horse meat crisis [71] caused by minced meat coming from specific EU countries; so that – according to those commentators – it was necessary to specify the country of origin of any meat with reference to each MS to restore trust among consumers.

The EU Parliament adopted a severe resolution, expressly mentioning the recent food scandals, including the fraudulent substitution of horsemeat for beef, observed that the Commission implementing regulation exceeded the implementing power conferred under Regulation (EU) No 1169/2011, and concluded calling the Commission to withdraw the text and to adopt a new regulation based on the model of the existing beef origin labelling legislation, extending to minced meat and trimmings the provisions requesting the indication of origin from a single Member State [72].

The Commission totally rejected the EU Parliament resolution, observing that the option advocated by the Parliament resolution (i. e. the mandatory indication of place of birth) was not acceptable as it would determine disproportionate costs for producers and traders, while the exemption for minced meat was to be deemed justified by the nature of the product and of the associated production system.

Finally, the Commission added, as conclusive and decisive argument, that the proposal had been adopted on the basis of the favourable vote by a qualified majority of 23 Member States in the Standing Committee on the Food Chain and Animal Health [73].

As a result, the Commission Regulation No 1337/2013 remained in force in its original text, even after the express contrary resolution of the EU Parliament.

It must be added, to better evaluate the case, that the identity of the 23 MS which voted in favour of the Commission proposal, and of the 5 MS which voted against, was not made public.

As a result, in this relevant and sensitive case *transparency* in EU food regulation appears far from being effectively reached in all its different but related declinations:

– *in regulation and in governance*, as much as the process by which the provisions have been adopted remains opaque, and the single responsibilities of MS remain unknown, contrary to the substance – even if not to the wording – of art. 9 of Regulation No 178/2002 [74];

– *within food business undertakings and within market*, as much as con-

---

sively from meat obtained from animals born, reared and slaughtered in different Member States".

71 On the horse meat crisis see V. PAGANIZZA, *The Cucumber and Horsemeat crises*, in *Riv. dir. alim.*, *www.rivistadirittoalimentare.it*, No 2-2014, p. 53.

72 The EU Parliament Resolution adopted on January 29, 2014, is published at *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B7-2014-0087+0+DOC+XML+V0//EN*.

73 The Follow up of the Commission adopted on April 15, 2014, is published at *http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2014/2530(RSP)#tab-0*.

74 See *supra* para 8.

cealing the single MS origin in the label encourages unfair behaviours in competition;

– *in communication and information to consumers*, which are not in condition to know the effective geographical origin of the food product which they are buying.

In other words, such case evidenced that, even in the EFLS and even after the formal statements affirmed in the GFL of 2002, effective *transparency* in food law is far from being fully accomplished.

At the same time, the case offered documented evidence that *transparency in food law* is a *polysemic expression* having the plural declinations already mentioned, but it is also a *necessarily coherent paradigm*, which can be effectively realised only as a whole in its entirety.

Transparency in communication to the consumer cannot be realised by itself alone, but requires *transparency* in regulation and governance and *transparency* in market relations, and implies *responsibility* and *accountability* of all the actors in scene. Vice versa, the *absence of full transparency* in regulation and governance implies, as a sort of natural corollary, a *weaker transparency* in market competition and in communication to consumers.

In this perspective, on the basis of the European experiences (starting from the '90s and up the recent case of meat labelling), and in an increasing globalisation of the sources of law which by itself increases the challenges coming from conflicting values and interests, *transparency* appears to be a powerful tool to deal with innovations, both technological and institutional, only when properly located within the *rule of law*, if we intend it, over the due respect of established procedures (as referred to by the EU Commission in its answer to the EU Parliament), above all as coherence with a set of prominent values[75].

As underlined with reference to «*food democracy*» by a US scholar[76], and to «*food principles and rules*» by a EU scholar[77], the peculiarity of "*man's relationship with food*"[78], in a global world where "*s'allonge sans cesse le processus qui conduit l'aliment de la conception des matières premières à son estomac*"[79], poses new and unheard challenges to traditional models and sets of legal regulation.

Transparency, a polysemic paradigm having the plural declination above discussed, can be a powerful tool to search possible answers to such challenges, but a relevant part of the long and winding way toward *Effective Transparency in Food Law* is still to be covered.

---

75 On the *rule of law* notion, and on the difficult task of reconciling procedural and substantive issues, flexibility and arbitrariness, values and interests, in present times of globalization and fragmentation of sources of law, see F. VIOLA, *Rule of Law*, cit.

76 N.D. HAMILTON, *Food Democracy II: Revolution or Restoration?*, in *Journal of Food Law & Policy*, 2005, p. 13.

77 L. COSTATO, *Principles and rules of European Food law*, in L. COSTATO-F. ALBISINNI (eds.), *European Food Law*, cit.

78 L. COSTATO, *op. cit.*

79 D. GADBIN, *op. cit.*

Diritto privato e regolazione proconcorrenziale: il diritto di recesso dai contratti di fornitura nei settori dell'energia e delle comunicazioni elettroniche

di Cristiano Artizzu [1]

ABSTRACT

When one considers that the benefits of competition are still to be entirely achieved, it seems obvious that the role of the energy regulator is bound to play an important role. In fact, this public body should be entrusted with the power to impose contractual terms in residential energy markets: to provide an example, the rules to guarantee that consumers and small medium enterprises are entitled to terminate a supply contract at any time, without exit fees. Of course, when setting this rule it is necessary to strike a balance between two opposing needs, by assessing whether energy companies are able or not to cope with the risk of the early termination of a supply contract.

The link between private law and regulation may ease the promotion of competition as well as consumer protection. Even though private law generally applies to an individual case, whereas regulation looks at the effects of economic transactions on the market, in the energy sector the role of the regulator may be appreciated with reference to the impact of regulation on contracts, especially when the regulator itself acts to promote competition and to empower customers by imposing fairer contract terms.

In a modern perspective, the law of contract may be used to regulate markets, improve competition and make contractual relationships fairer; and, a part from competition law, this goal calls for the setting of regulated terms and compulsory obligations on energy businesses in order to balance the interests of suppliers and consumers.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: l'inquadramento del tema oggetto di indagine nell'ambito del dibattito su regolazione e autonomia privata. – 2. Il diritto privato delle Autorità indipendenti: cenni. – 3. L'interesse legittimo di diritto privato quale situazione giuridica soggettiva idonea alla lettura di alcuni interventi di regolazione del mercato. – 4. Il potere normativo dell'Autorità nel settore energetico: cenni. La (ir)rilevanza del dibattito con riferimento alla determinazione del contenuto contrattuale nel rapporto tra fornitore e cliente finale. – 5. Le previsioni in materia di recesso nel settore energetico. – 6. I costi di recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche.

1 Dottore di ricerca in Diritto privato e funzionario dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico. Le presenti opinioni sono espresse a titolo personale e non impegnano in alcun modo l'amministrazione di appartenenza.

1. Considerazioni introduttive: l'inquadramento del tema oggetto di indagine nell'ambito del dibattito su regolazione e autonomia privata

È sufficiente il compito di promuovere e realizzare un mercato concorrenziale per rendere tipici, e conseguentemente legittimi, i provvedimenti di un'Autorità di regolazione? Oppure è necessario che i singoli provvedimenti, adottati dalla medesima Autorità, siano nominati espressamente dalla legge [2]?

L'interrogativo formulato condensa in sé, con chiarezza, la complessità e la varietà delle problematiche che si manifestano innanzi all'interprete che approfondisca il tema della promozione della concorrenza nei mercati oggetto di regolazione. In particolare, tali problematiche prendono forma nel momento in cui ci si accinga ad osservare l'impiego di istituti tradizionali nella veste di strumenti di regolazione di mercati soggetti al processo di liberalizzazione.

Un altro ricorrente quesito, privo anch'esso di risposta condivisa, mira d'altronde a cogliere "*se ed in che misura un'autorità indipendente di regolazione possa legittimamente introdurre a carico di soggetti privati vincoli e prescrizioni non puntualmente previsti in una norma di legge*" [3].

È un dato acquisito che la promozione della concorrenza nel mercato dei servizi a rete – vale a dire i servizi erogati a mezzo di una infrastruttura comune e necessaria – richiede l'adozione di due ordini di misure: quelle volte a rendere accessibile la rete a tutti gli operatori, a condizioni eque e non discriminatorie, e quelle dirette ad eliminare o ridurre la posizione dominante delle imprese che nel preesistente assetto risultavano titolari dell'esclusiva legale del servizio [4]. Oggi, ad ogni modo – specificamente, nel settore delle comunicazioni elettroniche e nel settore energetico a seguito della apertura alla concorrenza del segmento di mercato rappresentato dalla vendita ai clienti finali [5],

---

2 F. Merusi, *Nuove problematiche nei rapporti tra regolamentazione e concorrenza*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, in E. Bruti Liberati-F. Donati (a cura di), Giappichelli, Torino, 2007, p. 264, con specifico riferimento all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (oggi, Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico).

3 E. Bruti Liberati, *I contratti delle comunicazioni elettroniche*, in V. Roppo-A.M. Benedetti (a cura di), *Trattato dei contratti*, vol. V, *Mercati regolati*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 1308.

4 E. Bruti Liberati, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, cit., p. 168.

5 Sul settore delle comunicazioni elettroniche, si veda l'utile sintesi di E. Bruti Liberati, *I contratti delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 1281 ss. ed i riferimenti sia alle normative comunitarie che hanno condotto gli Stati membri ad abrogare i monopoli legali esistenti, a promuovere la concorrenza e a garantire il servizio universale, sia alla successiva disciplina unitaria delle reti e dei servizi di telecomunicazione, radiotelevisione e trasmissione dati. Con riferimento al settore energetico, come previsto dall'art. 22, d.lgs. n. 164/2000 (c.d. "decreto Letta") relativo al settore del gas naturale, a decorrere dal 1° gennaio 2003 tutti i clienti sono idonei, hanno cioè la capacità di stipulare contratti di fornitura, acquisto e vendita con qualsiasi produttore, importatore, distributore o grossista, sia in Italia sia all'estero, ed hanno diritto di accesso al sistema (ai sensi dell'art. 21 l'attività di distribuzione – vale a dire il trasporto di gas naturale attraverso reti di gasdotti locali per la consegna ai clienti – è oggetto di separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas, pertanto, anche dall'attività di vendita, consistente nella fornitura vera e propria al cliente). È utile ricordare che, precedentemente, i clienti non idonei non erano liberi di scegliere il proprio fornitore. Per quanto riguarda, invece, il settore dell'energia elettrica, ai sensi dell'art. 14, d.lgs. n. 79/1999 (c.d. "decreto Bersani"), a decorrere dal 1° luglio 2007 è cliente idoneo ogni cliente finale, acquisendo egli, pertanto, la capacità di stipulare contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista. Diversamente, venivano definiti dal menzionato decreto come clienti vincolati i clienti finali legittimati a stipulare

alle misure descritte deve essere accostato un terzo ambito di intervento, che permetta al destinatario del servizio di recedere senza oneri eccessivi dal rapporto contrattuale con l'attuale fornitore: tale intervento, complementare a quelli ricordati, assume consistenza nel momento in cui si opti per la garanzia della mobilità del cliente finale e della libertà, riconosciuta a quest'ultimo, di scegliere tra più offerte e fornitori presenti sul mercato [6].

Il principio di concorrenza, nella sua declinazione soggettiva quale libertà di scelta di fronte ad una molteplicità di alternative, non trae origine dalle previsioni del codice civile, ma è oggi destinato ad arricchire e completare le stesse. Il metodo competitivo, è stato infatti scritto, proviene dal diritto comunitario; e quale decisione di sistema "*guadagna la funzione di principio generale dell'ordinamento*" [7]. In tale ambito, la regolazione – intesa come l'insieme delle regole poste a disciplina dei comportamenti dei soggetti operanti in un determinato settore – persegue l'obiettivo di rimuovere gli ostacoli al funzionamento di un mercato concorrenziale ed efficiente, cui è prodromica un'effettiva libertà di scelta del cliente finale; ed è naturale che, in un tale perimetro di interventi, la regolazione prenda le mosse dall'interesse del singolo e nel contempo attui la promozione dell'interesse generale al funzionamento efficiente del mercato e delle relazioni economiche di cui esso si compone.

Nell'attuale contesto politico ed economico, ove si assiste alla valorizzazione del mercato concorrenziale quale principio fondante dell'ordinamento e quale bene di interesse generale, emerge difatti la tendenza a valutare la singola operazione economica in relazione agli effetti che essa può produrre e "*produce sull'intero ordine degli scambi*" [8]. Ed emerge, quale corollario, l'esigenza di garantire, con regole positivizzate, che l'autonomia dei privati non si manifesti eludendo o comprimendo quelle posizioni e quegli interessi, non necessariamente individuali, che rischierebbero di non essere tenuti in considerazione dagli operatori di mercato in assenza di un idoneo apparato di prescrizioni [9].

Le regole della concorrenza e le regole del contratto si integrano così a vicenda e appaiono idonee ad agevolare, nel contempo, la tutela del contraente debole contro gli abusi di potere contrattuale e la tutela di soggetti estranei al singolo rapporto – si pensi a imprenditori concorrenti e ad altri consumatori –

---

contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercitava il servizio nell'area territoriale ove era localizzata l'utenza (oggi, comunque, per effetto dell'art. 1, d.l. 18 giugno 2007, n. 73, recante *Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia*, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 125, "*a decorrere dal 1° luglio 2007 l'attività di distribuzione di energia elettrica per le imprese le cui reti alimentano almeno 100.000 clienti finali è svolta in regime di separazione societaria rispetto all'attività di vendita*").

6 Come significativamente messo in luce da C. Solinas, *La tutela del consumatore nei contratti di fornitura di energia elettrica*, in *Contr. Impr.*, 2015, p. 435 ss., il consumatore, o, per meglio dire, il cliente finale del settore energetico, diviene il punto di riferimento del legislatore comunitario e nazionale nell'organizzazione e disciplina del mercato in senso concorrenziale.

7 N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 137-138.

8 E. Picozza-V. Ricciuto, *Diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 256, 263, con riferimento alla maggiore attenzione richiesta alle esternalità dell'atto di autonomia quali effetti "*esterni al rapporto individuale*".

9 Si vedano E. Picozza-V. Ricciuto, *op. cit.*, pp. 273-274, per un'analisi della funzionalizzazione del contratto verso obiettivi ulteriori rispetto a quelli delle parti: la tendenza del legislatore e delle Autorità in materia contrattuale è quella di operare, per così dire, una funzionalizzazione del contratto, pertanto anche dell'interesse concreto delle parti, verso un assetto di mercato concorrenziale.

comunque destinatari di un pregiudizio anticoncorrenziale derivante dall'esecuzione del contratto singolo [10], squilibrato o comunque contrassegnato da un abuso.

Se il codice civile si preoccupa, in via pressoché esclusiva, di reagire alla patologica perturbazione della volontà del contraente coinvolto in una specifica operazione economica, il diritto della regolazione estende il proprio ambito di intervento al di là di quello definito dall'interesse delle parti [11].

Nell'ambito tracciato, lo studioso del diritto civile, interessato all'impiego di istituti familiari, per tradizione, alla scienza giuridica, accarezza la possibilità di valutarne l'innesto in spazi prima riservati alla cura esclusiva del diritto pubblico. Lungo tale direttrice, il contratto appare così un mezzo "*per la regolazione pubblicistica del mercato*"; uno strumento impiegato dagli organismi di regolazione "*per produrre effetti economici*" principalmente diretti "*alla realizzazione della concorrenzialità nel sistema degli scambi*" [12].

E così, anche solo pensando che l'esercizio del diritto di recesso – "*che corrisponde ad un'esigenza avvertita addirittura come di ordine pubblico economico (assicurare la libertà dei privati da vincoli negoziali perpetui)*" – è allo stesso tempo in grado di determinare "*il sacrificio di interessi dotati di una protezione normativa, e di una rilevanza sistematica, altrettanto forte*" [13], si è indotti a riflessioni approfondite alle quali non è possibile sottrarsi: ciò pur a costo di rivedere, da una parte, la tradizionale portata riconosciuta alla posizione dell'autonomia dei privati e, dall'altra, le pur recenti regole poste proprio per propiziare la piena manifestazione di tale autonomia alla luce delle specifiche e concrete caratteristiche del mercato di volta in volta considerato.

Il carattere monolitico dell'autonomia privata ha nel tempo subito rimodellamenti da parte della normativa comunitaria e degli obblighi da questa posti a carico dei professionisti al fine di garantire un mercato concorrenziale ed efficiente; e tali interventi hanno mirato ad assicurare che il contraente debole, soprattutto il consumatore, potesse agire come vero attore del mercato. La "*costruzione del mercato concorrenziale*", non a caso, "*si associa*" in tale ambito "*ad un nuovo modo di declinare il principio di uguaglianza*"; con la stessa disciplina dei contratti del consumatore anche il legislatore ha segnato "*il passaggio dal paradigma dell'uguaglianza formale in astratto a quello dell'uguaglianza sostanziale nell'esercizio dell'autonomia*". Ed è proprio il fine di garantire un'uguaglianza reale ed effettiva tra i contraenti ad essere posto a giustificazione del "*pesante intervento della regolamentazione delle autorità indipendenti sul contratto, al di fuori della riserva di legge di cui all'art. 41 della Costituzione*" [14].

---

10 F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della concorrenza*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, LVII, Cedam, Padova, 2010, p. 9, che ricorda come il diritto privato assolva una funzione regolatoria del mercato prima riservata alle cure del diritto pubblico dell'economia.

11 D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Digesto (disc. priv.)*, *Sezione Civile*, *Aggiornamento*, diretto da R. Sacco, Torino, 2014, p. 115.

12 C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 1369.

13 C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 365.

14 E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Autonomia Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Ottocento e Novecento*, Tomo I, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 621-622, anche per la dottrina richiamata.

Il dibattito non è comunque stato e non è pacifico ed una rappresentazione stilizzata dello stato dell'arte rischierebbe di eclissare valutazioni altrettanto significative. Un passo indietro è d'altronde imprescindibile, dovendo essere in primo luogo valutata la legittimità delle decisioni di un'autorità indipendente chiamata a promuovere la concorrenza nei settori dalla stessa regolati. Come ricordato [15], non è unanime l'orientamento dei giudici amministrativi chiamati a valutare la legittimità dei predetti interventi; e tali oscillazioni denoterebbero la difficoltà di individuare il punto di equilibrio tra la necessità di garantire la flessibilità del regolatore e l'esigenza volta a tracciare, nel contempo, i limiti alla discrezionalità dello stesso [16]. È però altrettanto evidente che nell'ambito del mercato dei consumi di massa l'autonomia privata è incapace di incidere sul contenuto del negozio in senso per così dire favorevole al cliente finale; ed è sufficiente anche solo pensare alle previsioni in materia di condizioni generali di contratto (artt. 1341 e 1342 c.c.) – disciplina che tende ad ignorare la differenza sostanziale tra i contraenti [17] – per concludere nel senso della diffusa disparità di potere contrattuale. Proprio le condizioni generali predisposte da un contraente divengono parte del contenuto contrattuale non in ragione di una manifestazione di volontà che le concerna, ma perché il consenso contrattuale manifestato dall'aderente con riguardo ad alcuni profili – tipicamente l'oggetto ed il corrispettivo – "*trascina*" con sé automaticamente il regolamento (purché reso conoscibile) predisposto unilateralmente [18]. La stessa disciplina posta prima dal Codice civile e poi dal Codice del consumo a tutela dei consumatori, in attuazione della Direttiva 93/13/CEE, non permette di passare sotto silenzio le problematiche comunque insite nella contrattazione di massa tra fornitori di servizi essenziali e clienti finali destinatari di tali servizi. Ed è questo il contesto di mercato nel quale sono chiamate ad operare, seppur non in via esclusiva, le autorità amministrative indipendenti, che assumono "*il compito di sostituirsi all'autonomia negoziale dei privati*" nel momento in cui "*non esistono o fanno difetto le condizioni per l'esistenza di un mercato nel quale possa esplicarsi la libertà economica*" [19].

Il dibattito ricordato fa da sfondo, d'altronde, alla metamorfosi del contratto, con maggior evidenza nei settori regolati oggetto della presente indagine; e tutto ciò raffigura una nuova tappa del percorso del diritto dei contratti nella sua evoluzione all'interno del mercato e nell'ambito delle relazioni economiche e sociali: ambito che già problematizza il rapporto tra parte generale e parte

---

15 E. Bruti Liberati, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori*, cit., p. 173.

16 Si veda a tal proposito G. Bellantuono, *Liberalizzazioni e regolazione: appunti per un approccio interdisciplinare*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 587, anche per la (peraltro largamente condivisa) osservazione che l'evoluzione dei mercati richiede tempi di reazione non compatibili con le normali procedure legislative.

17 A. Albanese, *Contratto Mercato Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 67.

18 M. Ambrosoli, *Condizioni generali di contratto*, in *Digesto (disc. priv.)*, *sez. civ.*, *Aggiornamento*, cit., pp. 72-73, 79, 83, il quale ricorda come non sia considerata vessatoria, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., una clausola che comporti la rinuncia dell'aderente alla facoltà di recedere; e come, con riferimento alla disciplina delle clausole vessatorie di cui al Codice del consumo, la vessatorietà sia valutata tenendo conto della natura del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione. Così, una clausola diretta ad introdurre uno squilibrio anche rilevante non sarebbe considerata vessatoria ove tale squilibrio venisse corretto da specifici vantaggi riconosciuti al consumatore.

19 F. Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 46.

speciale del contratto [20] soprattutto qualora voglia porsi l'attenzione sul diritto dei consumatori e sulle discipline che danno risalto alla posizione della parte debole, la cui tutela appare porsi come necessario strumento di funzionamento del mercato.

Molte delle previsioni in materia contrattuale traggono origine da disposizioni comunitarie non derogabili in senso peggiorativo, ed in tal senso si registra la prevalenza delle norme imperative su quelle dispositive [21]. Tale affermazione è poi ancor più rilevante nel contesto della regolazione dei mercati e della fornitura di servizi essenziali ai clienti finali. Diventa così calzante l'analisi della disciplina posta dal regolatore (autorità statale o autorità indipendente a seconda dei settori considerati) in relazione al diritto del cliente finale di porre fine ad un contratto in vista dell'instaurazione di un nuovo rapporto con un diverso professionista concorrente, pur non essendo registrabile alcuna disposizione comunitaria in materia, se non quella sul diritto di ripensamento. La concorrenza è da tempo sia "*un valore da preservare*" sia "*un obiettivo da realizzare*" anche qualora ciò conduca ad un "*sacrificio*" o, comunque, ad una "*compressione dell'autonomia privata*": risulta allora naturale che il *diritto antitrust* non appaia più costituire "*un limite estrinseco alla libertà d'iniziativa economica da giustificare, ai sensi dell'art. 41 Cost., nei limiti consentiti dalla sua utilità sociale*". Oggi, esso sembra informare "*di sé, dall'interno, l'esercizio di quella stessa libertà da parte dei singoli in modo da renderla coerente con il modello di mercato ora espressamente indicato dall'art. 117 Cost.*" [22].

Sono d'altronde inevitabili le limitazioni della libertà di iniziativa economica nella promozione della concorrenza; e non v'è dubbio che la prescrizione di clausole da inserire obbligatoriamente nei contratti di fornitura – si pensi al recesso – "*possano (e quindi debbano) essere utilizzate anche per favorire lo sviluppo di dinamiche competitive nel mercato*" [23].

L'immagine kelseniana del contratto, quale esempio di partecipazione dei privati alla produzione delle norme e quale paradigma di democrazia normativa, aveva come presupposto – è stato opportunamente ricordato – una posizione paritaria [24]; ma tale realtà non appare più attuale qualora ci si soffermi sul fenomeno dei contratti di massa. Se, poi, è naturale che, nell'ambito di tale

---

20 Per un tentativo volto a sostenere una parziale integrazione o forma di coordinamento tra diritto generale dei contratti e diritto dei contratti nei mercati regolati si veda F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 104.

21 M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, ESI, Napoli, 2012, p. 140.

22 G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 76. Si consideri inoltre l'attenta osservazione di G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, a. XII, n. 1, 1992, pp. 17, 19, secondo il quale la legge 10 ottobre 1990, n. 287 ha rappresentato un punto di svolta in grado di incidere sulla stessa interpretazione della Costituzione.

23 E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5, 28. Come ricorda anche A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, cit., p. 4, è necessario porre un limite all'autonomia contrattuale al fine di assicurare la contendibilità del mercato.

24 M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in F. MACARIO-M. N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 367, 378; U. BRECCIA, *sub* art. 1322, in *Commentario al Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, in E. NAVARETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, artt. 1321-1349, Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 70, con richiamo a H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1956, p. 110.

percorso, così problematico, il giurista si ritrovi "*smarrito*" nell'assistere "*all'evanescenza della stretta legalità*", il giurista stesso è consapevole della evoluzione del "*ruolo storico dello Stato regolatore*"; ed una valutazione che ignorasse un così radicale mutamento condurrebbe a non cogliere l'attuale distribuzione dei luoghi di produzione normativa [25].

E così, a mo' di sintesi e quale punto di partenza, è sufficiente ricordare il passaggio dalla visione del contratto come strumento dell'autonomia privata alla visione dello stesso quale mezzo di regolazione [26] anche proconcorrenziale.

2. Il diritto privato delle Autorità indipendenti: cenni

Nei settori delle comunicazioni elettroniche e dell'energia, contrassegnati al livello basso della filiera da scambi di massa nei quali difetta la negoziazione e ove i soggetti agiscono in posizione di disparità [27], è utile porre l'accento sia sull'impiego del diritto privato quale mezzo di regolazione del mercato sia sul confronto tra regola e autonomia privata e sul conseguente bilanciamento degli interessi dei protagonisti del mercato. E proprio in tale luogo ideale emerge significativamente la produzione normativa delle autorità indipendenti. Il presente contributo mira d'altronde a valutare l'impiego del diritto privato, da parte di un'Autorità di regolazione, proprio con riferimento ai rapporti tra fornitori e clienti finali.

Il diritto prodotto da tali peculiari amministrazioni interviene, o dovrebbe intervenire, ove è registrabile un fallimento del mercato e comunque del diritto privato, seppur proprio su quest'ultimo vengano a prodursi gli effetti della tutela [28]: considerazioni, queste, idonee a tracciare una sintesi della essenza di alcuni, specifici, interventi regolatori, che trovano spiegazione nella necessità di applicazione pratica delle regole e di regole pratiche da poter applicare. Un esempio, diverso da quello più ampiamente analizzato nel presente contributo, può essere riscontrato nella regolazione adottata nel settore energetico in materia di procedura di costituzione in mora e sospensione della fornitura. In particolare, la lettura dei provvedimenti nello specifico adottati permette di osservare l'impiego degli stessi istituti di diritto privato in una procedimentalizzazione diretta (anche) a prevenire vere e proprie pratiche commerciali sleali se non aggressive: una prova della non sufficienza, nel caso di specie, delle disposizioni del codice civile, non solo e non tanto alla luce del tecnicismo che pertiene al settore considerato, ma in ragione della necessità di dar vita ad un corpo di regole certe, puntuali e presidiate da meccanismi di ristoro quali gli indennizzi automatici (utilizzati secondo una logica di deterrenza) [29].

---

25 U. Breccia, *op. cit.*, p. 74, anche per la dottrina richiamata.

26 G. Bellantuono, *op. cit.*, p. 595, il quale utilmente evidenzia come siffatta evoluzione sia il risultato dell'europeizzazione dei diritti nazionali, che ha impresso una connotazione funzionale al diritto privato trasformandolo in uno strumento volto alla costruzione del mercato unico; e che pone l'accento sulle politiche di liberalizzazione e sull'apertura, anche a livello giuridico, verso la realizzazione dei diritti fondamentali per mezzo di istituti del diritto privato e non più solamente attraverso politiche redistributive dello stato sociale.

27 M. Orlandi, *op. cit.*, p. 368.

28 G. Napolitano-A. Zoppini, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 127.

29 Si richiamano qui le deliberazioni dell'Autorità n. 4/08 e Arg/gas/199/11 in materia di pro-

L'interesse della dottrina per la tematica delle funzioni del diritto privato e delle tecniche di regolazione del mercato non è comunque nuovo [30]. Ma è qui possibile ampliare lo spettro di indagine valutando, al di là delle tecniche di *enforcement*, la preventiva emanazione di regole di per sé immediatamente operative in quanto direttamente poste dall'autorità deputata a regolare un determinato mercato: regole, dettate ad integrazione di un rapporto contrattuale, che non troverebbero altrimenti spazio in ragione della disparità di potere contrattuale tra le parti e della predeterminazione unilaterale delle condizioni contrattuali.

Diventa d'altronde essenziale tenere a mente l'indagine sul legame tra libertà di iniziativa economica e utilità sociale [31] – tema anch'esso non certo nuovo – oltre che sulla concorrenza quale strumento di realizzazione della suddetta utilità nell'ambito del mercato.

La Costituzione, con il riferimento all'utilità sociale, ha attribuito dignità ad un concetto che, sebbene vago e non facilmente determinabile, condensa gli interessi della collettività nel momento in cui si trovi ad interagire con chi esercita una attività economica [32]: se la concorrenza è bene di rilevanza costituzionale, si determina un contrasto con l'utilità sociale qualora la libertà di iniziativa economica si esprima limitando o distorcendo, se non addirittura eliminando, il processo concorrenziale [33]. Ma non solo: l'abuso dell'iniziativa economica potrebbe frustrare la stessa esigenza di equilibrio nei rapporti contrattuali tra attori del mercato a causa di una non effettiva autonomia delle parti che contraggono.

In questo scenario, il diritto privato si pone quale rigoroso e allo stesso

---

cedura di costituzione in mora e preavviso di sospensione. Ma questo è un esempio direttamente dedicato all'utilizzo di categorie e istituti di diritto privato al fine di garantire un più equilibrato rapporto contrattuale, per la promozione di un più efficiente mercato, senza che in tale frangente possa essere invocata la necessità di garantire la concorrenzialità del mercato, prima frequentemente evocata. Anzi, la imposizione di talune previsioni atte ad integrare i contratti potrebbe da un certo punto di vista risultare limitativa della leva competitiva di condizioni contrattuali più inclini alla protezione del cliente, rendendo praticamente identiche le clausole contrattuali dei vari concorrenti.

30 Si veda ad esempio A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 15 ss., seppure con particolare riferimento al risarcimento del danno, all'ordine inibitorio e alla restituzione dell'arricchimento ingiusto.

31 Si pensi a quanto scritto da G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 332, circa l'utilità sociale quale clausola con "*capacità di assorbimento del reale*", concetto o valore che deve essere apprezzato in considerazione delle concrete condizioni economico-sociali.

32 L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 356 ss., che ricorda come la giurisprudenza costituzionale abbia evidenziato che i limiti derivanti dall'utilità sociale non debbano comunque essere posti qualora non risultino strettamente necessari ai fini della tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

33 M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2002, p. 441, con riferimento all'art. 41 Cost.

P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 803, rileva giustamente come l'espressione utilità sociale non possa non contemplare oggi il funzionamento del mercato.

Vale la pena ricordare che il buon funzionamento del mercato sembrerebbe concetto più ampio di quello di mercato concorrenziale perché atto a comprendere anche la tematica dei clienti vulnerabili dal punto di vista economico. Come rilevato da G. BELLANTUONO, *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili; efficienza energetica*, in *Trattato dei contratti*, cit., 2014, p. 1364, sono diversi gli esempi di emersione di una dimensione sociale anche nel settore energetico, come è dimostrato dalla regolazione relativa alla sospensione della fornitura per morosità o dalle disposizioni in materia di bonus a favore dei clienti in situazioni di disagio economico, al di là quindi della promozione della concorrenza.

tempo duttile strumento di regolazione. I provvedimenti emanati da una Autorità di regolazione, diretti ad integrare un rapporto contrattuale o a presidiare la fase stessa di conclusione di un contratto, possono infatti porsi come garanzia di svolgimento dell'autonomia privata, orientando la stessa in accordo ad istanze di correttezza, giustizia dello scambio e razionalizzazione del mercato; non è un caso, poi, che la tutela della libertà contrattuale richieda interventi di riequilibrio delle asimmetrie esistenti e di correzione degli abusi verificatisi a danno dei contraenti deboli, lungo un percorso che ha condotto, seppure con difficoltà, all'ammissione della eterointegrazione del contratto da parte della legge e di recente anche da parte del giudice [34].

Venendo poi alla regolazione strettamente intesa, sono evidenti gli interventi volti ad assicurare una maggior giustizia contrattuale – come nel caso dei provvedimenti diretti ad integrare i rapporti contrattuali tra fornitore e cliente finale – e un rapporto maggiormente equilibrato anche in segmenti del mercato non immediatamente aperti alla concorrenza (si vedano le delibere n. 200/99 e n. 229/01 rispettivamente per i settori dell'energia elettrica e del gas naturale, emanate dal regolatore prima che i clienti finali destinatari diventassero idonei e come tale legittimati a stipulare un contratto con un fornitore da loro scelto).

L'esercizio del potere del regolatore deve comunque "*ritenersi sottoposto a una serie di vincoli*"; e proprio l'emergere "*di una pluralità di interessi che vanno necessariamente conciliati impone anzi il pieno rispetto del principio di proporzionalità*". L'autorità di regolazione è chiamata infatti a perseguire gli interessi affidati alla propria competenza "*valutando preventivamente le alternative scegliendo il mezzo che comporti il minor sacrificio*": essa dovrà così verificare che l'autonomia delle parti non sia già in grado di assicurare il bilanciamento tra gli interessi fissati dalla legge [35].

Parallelamente, deve essere valorizzata la intuizione di chi, al di là della disciplina *antitrust*, ha saputo cogliere un interesse giuridicamente rilevante del consumatore alla struttura concorrenziale del mercato nelle previsioni delle legge 30 luglio 1998, n. 281 – oggi contenute nel Codice del consumo – che hanno riconosciuto il diritto alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti concernenti beni e servizi [36]. Non a caso, il diritto alla scelta del fornitore ha

---

34 L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto Modelli di eteronomia negoziale nel settore dell'energia elettrica e del gas,* ESI, Napoli, 2008, p. 121 ss., che intravede il fondamento di legittimazione del potere normativo delle Autorità indipendenti nelle previsioni costituzionali ed in particolare nel principio di sussidiarietà.

35 G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 133.

36 G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 290. Pensando poi a Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207 (in *Danno e Resp.*, 2005, p. 495 ss.) sul riconoscimento al consumatore della legittimazione ad agire *ex* art. 33, legge n. 287/1990 per la richiesta di danni a seguito di intesa restrittiva a monte del contratto a valle, la dottrina – B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione della libertà negoziale*, in *Danno e Resp.*, 2005, pp. 501, 505 –, ha rilevato che il riconoscimento al consumatore dell'azionabilità aquiliana del diritto al risarcimento danni conseguente ad una intesa restrittiva della concorrenza risponde sia all'esigenza di assicurare tutela nel caso di lesione di un interesse del consumatore sia all'esigenza di realizzare le condizioni per un mercato concorrenziale. E la violazione, a monte, del divieto previsto dalla legge *antitrust*, reca pregiudizio ad un interesse protetto e giuridicamente rilevante alla realizzazione della libertà contrattuale.

Sulla sentenza si veda anche F. SCAGLIONE, *op. cit.*, p. 130, secondo il quale essa ha dimostrato il ricorrere di un nesso inscindibile tra interesse, privato, del consumatore all'equità del contratto e interesse, pubblico, al mantenimento della concorrenzialità del mercato.

come "*correlato funzionale*" il diritto di recesso posto "*a garanzia del permanere di condizioni di concorrenzialità*" [37] e la disciplina del diritto di recesso costituisce "*un asse portante*" della riforma del mercato (energetico) e della sua liberalizzazione [38]. L'intervento della regolazione può essere difatti giustificato dal rischio che tale diritto non sia riconosciuto nella contrattazione; e il relativo riconoscimento, se ritenuto necessario in ragione delle caratteristiche del mercato, dovrà avvenire in accordo agli esiti del monitoraggio dello svolgersi delle relazioni economiche tra i soggetti che agiscono nel sistema, *in primis* fornitori e consumatori.

La regolazione, nel promuovere la concorrenza, dovrebbe così concentrare l'attenzione su clausole anticoncorrenziali, quali quelle che escludono il recesso o che lo rendono comunque eccessivamente oneroso [39]: ma non nel senso di un mero controllo *ex post* diretto alla eliminazione delle clausole anticoncorrenziali, bensì tramite la necessaria fissazione *ex ante* delle condizioni generali di contratto. Tale intervento, preventivo, risponde sia all'esigenza di tutela della concorrenzialità del mercato sia all'esigenza di una maggior giustizia contrattuale e risponde, in via immediata, alle patologiche circostanze in cui avviene la negoziazione, o meglio, la conclusione dei contratti tra fornitori e clienti finali di piccole dimensioni.

L'intervento regolatorio – necessario – non può d'altronde essere integralmente sostituito dal diritto della concorrenza: tale regolazione in alcuni casi deve, nel rispetto del principio di proporzionalità, realizzarsi anche "*tramite il diritto privato dei contratti*", oltre che della proprietà e della responsabilità civile [40].

Il consumatore, ed il cliente finale genericamente inteso, ha diritto a che la prestazione sia resa alle condizioni delineate da un mercato concorrenziale; e gli stessi sostenitori del neoliberalismo esigono la "*fissazione delle regole del gioco*", tanto che "*le restrizioni della libertà contrattuale acquistano un sapore ben diverso da quelle passate*" perché sono oggi funzionali in via esclusiva alla protezione del mercato [41].

In alcuni settori, poi, le norme privatistiche non sono di per sé sufficienti alla funzione ri-regolativa del mercato tracciata dal diritto europeo e in linea di principio affidata alla disciplina privatistica del contratto prevista dalle direttive di armonizzazione; e il conseguimento dell'obiettivo è assegnato ad autorità amministrative indipendenti [42].

Appare d'altronde evidente l'emersione di un interesse legittimo del cliente finale ad essere vincolato da un regolamento contrattuale che presenti una ri-

---

37 F. Cafaggi, *op. cit.*, p. 112.

38 F. Cafaggi, *op. cit.*, pp. 112-113.

39 F. Cafaggi, *op. cit.*, p. 121.

40 F. Cafaggi, *op. cit.*, p. 126.

41 Per queste considerazioni si veda M. Gorgoni, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 217 e la dottrina richiamata.

42 P. Sirena, *Attività di regolazione, clausole contrattuali abusive e sindacato giudiziario*, in F. Francario (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 92, il quale ricorda che la regolazione, ad eccezione di specifici casi (si pensi al servizio universale e alla necessità di garantire il soddisfacimento di bisogni essenziali) – nei quali permangono aspetti del contenuto finalistico tipico dei tradizionali regimi di riserva –, non impone alle parti del contratto di conseguire un determinato risultato finale, ma stabilisce le regole del gioco necessarie perché ciascuno possa perseguire i propri interessi in accordo al meccanismo di mercato.

partizione del relativo rischio il più possibile vicina a quella che sarebbe derivata da una contrattazione fondata sulla parità tra le parti [43]; oggi, poi, la nuova direttiva 2014/104/UE sembra confortare l'idea della effettiva emersione di tale interesse e della necessità di una sua ampia tutela, alla quale non sono comunque chiamate le sole Autorità *antitrust*.

Ritornando così al quesito iniziale, "*la tesi della necessaria tipicità degli atti e dei poteri sembra contrastare con la ratio stessa dell'istituzione dell'Autorità da parte del legislatore*". Tale ratio appare infatti anche quella "*di affidare ad un organismo specializzato*", e indipendente, "*la disciplina continuativa di un settore economico, adeguandola in modo dinamico, e difficilmente prevedibile a priori, all'evoluzione del relativo contesto di mercato*" [44].

La soluzione più rispettosa dei principi propri dell'ordinamento sembra comunque quella, per così dire intermedia a quelle di volta in volta avanzate, "*che accoglie il principio di legalità nella sua accezione formale*" e che richiede che "*il potere regolatorio nel complesso esercitato in relazione ad un dato oggetto abbia una sua espressa base legislativa*". Esso esige però, allo stesso tempo, "*che le misure restrittive in questione risultino univocamente conformi all'insieme delle disposizioni legislative che definiscono le finalità dell'apparato amministrativo competente, le situazioni soggettive dei privati interessati, la struttura di mercato del settore economico in questione*" [45].

D'altronde, anche la regolazione volta alla promozione della concorrenza incontra un limite nei principi che, nel loro insieme, costituiscono lo statuto di garanzia della libertà di impresa, vale a dire i principi di proporzionalità, di parità di trattamento tra le imprese e di tutela del legittimo affidamento delle stesse [46]. E proprio la costruzione di un apparato di regole attento al bilanciamento di interessi alla luce della regola della correttezza appare idonea ad agevolare i necessari interventi in materia; allo stesso tempo, tali interventi devono essere sottoposti ad un attento monitoraggio al fine di valutare l'appropriatezza delle regole create e il loro innesto nello specifico settore di mercato considerato [47].

3. L'interesse legittimo di diritto privato quale situazione giuridica soggettiva idonea alla lettura di alcuni interventi di regolazione del mercato

Calando l'attenzione sulla fase di formazione del contratto del consumatore (ma lo stesso può dirsi anche nel caso del cliente finale genericamente inteso), è facile ipotizzare un rapporto tra situazione di potere di cui gode il professionista (potere che è manifestazione dell'autonomia) nella definizione uni-

43 C. M. Bianca, *Considerazioni introduttive*, in U. Breccia-L. Bruscuglia-F.D. Busnelli (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 269, che riporta il pensiero di Lina Bigliazzi Geri.

44 E. Bruti Liberati, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori*, cit., p. 175.

45 E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., p. 137.

46 E. Bruti Liberati, *op. ult. cit.*, p. 205.

47 Nel caso di specie, un monitoraggio potrebbe riguardare l'eventuale aumento del livello dei prezzi conseguente alla imposizione di una regola in materia di recesso.

laterale del contenuto del contratto e correlato interesse legittimo del consumatore a che, nell'esercizio del suddetto potere, sia soddisfatto anche il proprio interesse alla predisposizione di un regolamento contrattuale non abusivo [48]. Questo è un dato di partenza altamente significativo; ed il passo successivo consisterà nel bilanciare l'esigenza della promozione di un mercato concorrenziale, nel quale sia possibile al cliente recedere e cambiare fornitore senza ostacoli ingiustificati, con l'interesse dell'esercente stesso a non vedere vanificati investimenti o, ancora più correttamente, a poter fare affidamento su forniture di durata.

In tale ambito risulta necessario far sì che l'interesse legittimo del consumatore venga valorizzato se non reso effettivo e, di conseguenza, "costruire" tale posizione di vantaggio, seppur in astratto non attiva – vale a dire l'interesse del cliente finale alla predisposizione di un contratto conforme alla struttura concorrenziale del mercato – in un diritto soggettivo (potestativo) – il diritto di recesso – idoneo a diventare regola di mercato; mercato al quale sarà comunque necessario guardare, per cogliere se esso assegni all'impresa strumenti (si pensi ai meccanismi di borsa) idonei per gestire l'impatto di un fenomeno come lo *switching* (cambio di fornitore) collettivo e, in ogni caso, l'impatto del rischio volume (vale a dire il rischio di perdita per minori volumi negoziati) associato al recesso del singolo cliente finale.

La stessa legittimità o meno della clausola sulla durata del contratto deve essere condotta alla luce della buona fede oggettiva, che permette di dare rilevanza a circostanze concrete quali, da una parte, il possibile squilibrio di diritti e obblighi a pregiudizio dei clienti finali (al di là delle eventuali invalidità conseguenti a tale squilibrio), e, dall'altra, la durata dei contratti di approvvigionamento stipulati dai fornitori con i grossisti per garantire la continuità della fornitura ai clienti finali stessi. Ed è proprio in tale intreccio di relazioni che dovrebbe specularmente emergere, nel costruire una eventuale regola, la considerazione della tutela dell'affidamento del venditore, soprattutto in ragione dei contratti in corso e in virtù degli impegni economici assunti per garantire la continuità della fornitura: posizione che potrebbe, anche se solo in parte, essere soddisfatta con adeguate tempistiche di preavviso.

In aggiunta poi al fatto che la "*possibilità di recuperare gli investimenti effettuati andrebbe salvaguardata con una durata minima del contratto, riconoscendosi una vera e propria aspettativa meritevole di tutela giuridica alla stabilità del rapporto*", sarebbe addirittura facile obiettare a quanto qui sostenuto (la necessità di una regolazione che garantisca il recesso del cliente finale) che "*il contraente munito di una minor forza contrattuale potrebbe preferire, a tutela dei propri investimenti specifici, un impegno a lungo termine piuttosto che la garanzia del recesso in qualsiasi momento*" [49].

In tale contesto è necessario dedicare una preliminare attenzione all'analisi dei contratti, definibili di durata, tra fornitore ed utilizzatore finale. Come ricordato, una generale preoccupazione deriva – nel caso di contraente aderente caratterizzato da debolezza – dal rischio che il diritto di recesso venga ostacolato per mezzo di clausole che vincolano il contraente debole ad un periodo

48 A. Orestano, *Formazione del contratto e interesse legittimo del consumatore*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., p. 274.

49 N. Brutti, *Durata del contratto e recesso unilaterale tra tutela dei consumatori e "liberalizzazioni"*, in *I contratti*, 2008, p. 518, con particolare riferimento all'art. 1899 c.c. come modificato dal c.d. "decreto Bersani-bis".

superiore alle sue attese [50]: considerazione che assume particolare rilevanza con riferimento ad un mercato aperto alla concorrenza.

È assodato poi il disfavore nei confronti di vincoli contrattuali perpetui in quanto tale perpetuità è ritenuta generalmente "*ostile alla libertà della persona e dannosa per l'iniziativa economica privata*" e la libera concorrenza [51]. La positivizzazione del diritto di recesso permetterebbe così di rendere certa l'esistenza di un diritto che dovrebbe comunque venir riconosciuto al cliente a prescindere da una regola scritta (seppur ciò valga in particolare per il caso di contratti a tempo indeterminato), ma il cui riconoscimento è reso effettivo e immediatamente azionabile proprio in virtù di un insieme di regole certe e vincolanti nella loro portata anche minima.

Nel caso in cui non sia stato pattuito un termine finale di efficacia del contratto di durata, è pacifica la prevalenza del principio della libertà individuale su quello della forza di legge [52]; ma la regolazione di un mercato da aprire alla concorrenza potrebbe tramutare tale principio in una regola di mercato (necessaria per la sua stessa permanenza) a mezzo di provvedimenti noti agli attori, ed in particolare agli operatori, in virtù dell'efficacia a tali atti riconosciuta dall'ordinamento.

Con riferimento alla disciplina in materia di clausole abusive nei rapporti tra professionisti e consumatori, è stato giustamente e correttamente rilevato che le "*clausole che determinano a carico dell'aderente un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali*" sono illecite solo in quanto, in rapporto alle circostanze di fatto e alle altre clausole contrattuali, "*la loro predisposizione unilaterale prescinda dall'interesse dell'aderente*". È stato però contestualmente chiarito che "*se, viceversa, il predisponente tiene conto di tale interesse, ad es. riequilibrando il contenuto del contratto con altre clausole unilateralmente predisposte ovvero aprendo una trattativa individuale con la controparte, le stesse clausole non sono considerate abusive dall'ordinamento giuridico*" [53].

Ma deve essere allora considerato l'interesse alla struttura concorrenziale del mercato: esso potrebbe venir sacrificato anche qualora lo squilibrio, dovuto ad un contratto con tempistiche di preavviso significative o sottoposto a penali, venisse bilanciato da altre condizioni favorevoli. Ovviamente, si sarebbe raggiunta una non secondaria finalità della promozione della concorrenza se la condizione favorevole fosse rappresentata dal prezzo; ma la considerazione della singola vicenda e dei suoi possibili esiti dovrà essere letta in un contesto più ampio e ultraindividuale.

Ritornando così a considerazioni di teoria generale del diritto, viene alla mente lo sforzo ricostruttivo di chi ha colto l'emergere della figura dell'interesse legittimo anche nell'ambito del diritto privato: situazione di vantaggio non attiva ma direttamente protetta, caratterizzata dall'esserne il soddisfacimento (eventuale) legato al comportamento di un soggetto diverso, titolare di un potere però non totalmente libero sull'*an* e sul *quomodo*, ma discrezionale (e pertanto non arbitrario) proprio in considerazione dell'incidenza di limite esterno rappresentato dall'interesse per così dire complementare rispetto a

---

50 N. Brutti, *op. cit.*, p. 509.

51 N. Brutti, *op. cit.*, p. 510.

52 M. Ambrosoli, *Recesso*, in *Digesto (disc. priv.)*, *Sezione Civile*, *Aggiornamento*, cit., p. 528.

53 P. Sirena, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., p. 295.

quello presupposto dalla situazione di potere predetta [54]. Tale ricostruzione esprime quindi la qualificazione di rilevanza dell'interesse di un determinato soggetto ad un risultato favorevole consistente, a seconda dei casi, nella conservazione o nella modificazione di una realtà giuridica: risultato comunque dipendente dal comportamento di un diverso soggetto (titolare di una situazione di diritto o di dovere/potestà) rispetto a quello che vi aspira [55].

Il ricorrere di un interesse legittimo di diritto privato (al rispetto delle regole del mercato da parte dell'impresa con cui si contratta) non è comunque da tutti accolta; e la considerazione, nell'ambito della legislazione, dell'interesse del consumatore al rispetto delle regole della concorrenza non condurrebbe, secondo voci autorevoli, al riconoscimento del diritto individuale del consumatore stesso a pretenderne l'osservanza [56].

Ad ogni modo, le considerazioni già espresse permettono di rilevare l'incidenza dell'interesse legittimo nella imposizione del rispetto di specifiche modalità di comportamento non facilmente definibili a priori, ma ricostruibili in relazione alle concrete circostanze oppure in considerazione della subordinazione dell'esercizio di quel dato "potere" ad una valutazione comparativa degli interessi coinvolti (quindi alla luce della correttezza). E tale orientamento è utile al regolatore che valorizzi la coesistenza e la relatività [57] delle situazioni giuridiche soggettive e la stessa buona fede nelle trattative e nella esecuzione del contratto, e che conseguentemente ponga una regola che eviti che una situazione giuridica, il diritto di iniziativa economica, sia esercitata non conformemente a correttezza prevalendo abusivamente su altre situazioni giuridiche degne comunque di considerazione.

---

54 L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni minime su "poteri privati" ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, pp. 265-266.

55 L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 56-57.

56 A. ALBANESE, *op. cit.*, pp. 246-247, il quale non ritiene in generale corretto accreditare la figura dell'interesse legittimo nel diritto privato e ritiene possa al più parlarsi, nel caso analizzato, di interesse diffuso all'osservanza della disciplina *antitrust*.

57 Sul principio di relatività delle situazioni giuridiche soggettive si veda E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 305, 315, a conferma della convinzione che non sia sempre possibile definire a priori la concreta configurazione e natura delle situazioni giuridiche soggettive e che il medesimo interesse possa essere diversamente qualificato in ragione delle concrete circostanze ed interazioni con altre posizioni ed a seconda che esso sia soddisfatto a mezzo, oppure no, di altra situazione giuridica.

In generale, correttezza e interesse legittimo possono ben rappresentare – anche sulla base di un criterio non meramente formale, ma empirico, di osservazione della dinamica delle relazioni sociali – specifiche ed elastiche regole di coesistenza di situazioni giuridiche soggettive. Non sempre è infatti riscontrabile quel potere di azione tipico del diritto soggettivo, né è necessario intravedere un altrui dovere di azione indirizzato alla realizzazione dell'interesse degno di protezione; può poi dirsi che la discrezionalità, nel caso di situazioni libere sull'"*an*", rappresenti una specifica limitazione del contenuto della libertà. In questo senso, come ricordato da L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, cit., p. 68, il soggetto titolare di tale situazione giuridica è libero di agire oppure di non agire, ma se agisce deve tener conto delle esigenze e degli interessi che in concreto si pongono di fronte ad esso e ai quali la sua attività deve essere pertanto coordinata, valutando le posizioni coinvolte (sebbene non appaia necessario, a parere di chi scrive, che il diritto soggettivo sia nato in funzione dell'interesse legittimo).

4. Il potere normativo dell'Autorità nel settore energetico: cenni. La (ir)rilevanza del dibattito con riferimento alla determinazione del contenuto contrattuale nel rapporto tra fornitore e cliente finale

La previsione dell'art. 2, comma 12, lett. h), legge 14 novembre 1995, n. 481, è stato scritto, definisce il potere normativo dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas – oggi Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (di seguito: Autorità o Autorità per l'energia) – per obiettivi e finalità di regolazione del settore energetico, predeterminando a livello legislativo i criteri direttivi ed i limiti di massima per il relativo esercizio, senza però prevedere puntuali attribuzioni [58]. In realtà, per quel che riguarda l'incidenza della regolazione nel rapporto tra cliente finale e fornitore, la legge (istitutiva) appare oggi sufficientemente chiara: essa, nell'attribuire la competenza volta alla promozione della concorrenza e della tutela di consumatori e utenti, della qualità del servizio e della stessa efficienza del settore, prevede che l'Autorità disciplini la produzione e l'erogazione dei servizi anche a mezzo di integrazione del regolamento di servizio, vale a dire del contratto di fornitura (si veda l'art. 2, comma 12, lett. h), e comma 37).

Proprio la legge n. 481/1995 sembra così attagliarsi a quelle considerazioni, riferite alla disciplina delle clausole abusive, per le quali l'interesse generale ad una effettiva concorrenza – "*il cui rilievo preminente nel nostro sistema è ormai assicurato dai Trattati istitutivi dell'Unione Europea*" – non può che dirsi parte del "*contenuto normativo dell'"utilità sociale" e idoneo quindi, nel quadro dei valori costituzionali, a giustificare una corrispondente conformazione del potere di autonomia negoziale del professionista*" [59].

Per quanto riguarda il diritto di recesso, la sua previsione appare legittimata, come clausola contrattuale imposta, proprio dalle disposizioni della legge n. 481/1995 [60]. Lo stesso art. 1339 c.c., a mezzo del quale opererebbe l'integrazione contrattuale, non appare necessariamente contrapposto al concetto di autonomia privata: tale previsione consisterebbe, al contrario, "*in una riaffermazione di quel principio*" in quanto permette di conservare la parità di forze tra i soggetti contraenti e di "*ristabilire la posizione di libertà sostanziale*" [61]. Ma se l'"*an*" di un tale intervento non sembra porre oggi preoccupazioni di carattere sistematico, si dovrà valutare l'intervento regolatorio con particolare riferimento al "*quomodo*".

Di fronte alla pluralità di interessi da comporre e conciliare è necessario che la regolazione venga attuata nel rispetto del principio di proporzionalità,

---

58 A. MUSTO, *Il contratto "asimmetrico" di fornitura di energia elettrica. La potestà regolamentare dell'AEEG: un potere "compensativo" della "parità" contrattuale violata?*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 1416.

59 P. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., p. 289.

60 Anche pensando ad una recente pronuncia, la sentenza del Tar Lombardia, Milano, III, 14 marzo 2013, n. 683, in *Giornale dir. amm.*, che ha ritenuto illegittimo l'intervento dell'Autorità in materia di corrispettivo morosità (noto come Cmor), ma che, come ricordato da E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, Fascicolo 2, 2014, p. 77, non sembra escludere la legittimità dell'intervento regolatorio ove esso riguardi il rapporto tra fornitore e cliente finale (il caso oggetto del giudizio atteneva invece principalmente alle relazioni tra venditori inverando, per usare le parole dei giudici, "*una disciplina posta tutta dal lato dell'offerta dei servizi*").

61 M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 123.

con preventiva valutazione delle alternative perseguibili e con scelta del mezzo che comporti il minore sacrificio [62]. La natura di diritto potestativo riconosciuta al recesso non deve far dimenticare che il recesso stesso – soprattutto se di origine non strettamente convenzionale, ma determinato dall'autorità competente (legislatore o autorità di regolazione) – deve essere manifestamente giustificato alla luce di un rigoroso bilanciamento di interessi, in quanto incide nella sfera giuridica dell'altra parte (titolare, nello specifico, di una mera soggezione).

5. Le previsioni in materia di recesso nel settore energetico

In relazione all'esercizio del diritto di recesso, l'Autorità ha adottato la deliberazione 25 giugno 2007, n. 144/07, il cui Allegato A contiene la disciplina del recesso dai contratti di fornitura di energia elettrica e di gas naturale. In materia, non si registra un contenzioso degno di approfondimento (le due pronunce emesse attengono infatti a profili secondari [63]).

In sintesi, tale disciplina prevede che il cliente finale del mercato libero – domestico o piccola/media impresa [64] – possa recedere in ogni momento con preavviso di un mese (nel caso di cliente finale domestico) e massimo di tre mesi (nel caso degli altri clienti), senza che il diritto di recesso esercitato conformemente a tali tempistiche possa essere subordinato al pagamento di penali o spese di chiusura. Dalla lettura delle motivazioni del provvedimento sembra possa dedursi che un presupposto, seppur non fondamento giustificativo, dell'intervento regolatorio sia stato individuato nella legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha convertito, con modificazioni, il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, il cui art. 10, comma 2, prevedeva che: "*In ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura*". Una disposizione erratica, a pochi nota e da quei pochi forse volutamente negletta; una disposizione oggi per giunta abrogata.

La "*formula apparentemente molto generale*" di tale disposizione, è stato scritto, non sembra aver delimitato d'altronde il proprio campo di applicazione ai soli contratti bancari (come poteva apparire ad una prima lettura). Essa, dal carattere imperativo e ubicata all'esterno del corpo normativo del testo unico bancario, induce a cogliere una portata generale a tutela dei clienti finali vincolati da contratti di durata con fornitori di beni e servizi anche diversi. E "*soltanto uno sforzo di ricostruzione alla luce del criterio dell'intenzione del legislatore potrebbe precludere la strada a una interpretazione che, per quanto ampia, non appare tuttavia in contrasto con il canone dell'interpretazione letterale*" [65].

L'ordinamento giuridico ha sempre guardato con sfavore all'instaurarsi di un vincolo contrattuale a tempo indeterminato senza possibilità di scioglimento

62 G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 105, il quale ricorda, inoltre, che proprio alla luce della imposizione per legge di procedere all'analisi di impatto di regolamentazione l'autorità è chiamata a verificare che l'autonomia privata non sia in grado di assicurare l'equo contemperamento tra gli interessi individuati dalla legge.

63 Si vedano le sentenze del Tar Lombardia, Milano, IV, 16 maggio 2013, n. 1287 e IV, 17 maggio 2013, n. 1289.

64 Trattasi dei clienti finali di energia elettrica connessi in bassa tensione e dei clienti finali di gas naturale con consumo annuo non superiore a 200.000 smc.

65 V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, *Addenda*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4.

dello stesso; per quanto attiene poi al contratto di somministrazione – vale a dire il tipo contrattuale al quale devono essere tendenzialmente ricondotti i contratti di fornitura di energia elettrica e di gas naturale –, l'art. 1569 c.c., nel caso di contratto a tempo indeterminato, prevede che ciascuna delle parti possa recedere dal contratto di somministrazione dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione.

Sulla base di un principio generale che può essere desunto da molteplici previsioni normative, nei contratti di durata a tempo indeterminato ciascuno dei contraenti può recedere anche in mancanza di una specifica clausola contrattuale [66]. Ed una lettura costituzionalmente e comunitariamente orientata della stessa legge n. 481/1995 dovrebbe permettere di arricchire il dato normativo (vale a dire le disposizioni civilistiche) a mezzo di una regolazione che definisca tempistiche di recesso e divieto di penali.

È proprio l'art. 1569 c.c. a dover essere oggi letto con riferimento ai principi dell'ordinamento: anche un contratto non a tempo indeterminato, ma di significativa durata, interpellerebbe l'intervento di una regola volta al suo scioglimento in un contesto di mercato concorrenziale. Il "sé" dell'intervento è comunque in un certo senso minacciato o contestato da valutazioni circa il suo "come".

L'Autorità è intervenuta con la ricordata deliberazione n. 144/07 al fine di determinare adeguate tempistiche per l'esercizio del diritto di recesso – a seguito di un bilanciamento degli interessi di clienti finali ed esercenti (emersi nel procedimento di consultazione) –, tenuto conto della finalità istituzionale di tutela di utenti e consumatori e di promozione della concorrenza alla luce del quadro normativo vigente.

Il recesso, come ricordato, è stato riconosciuto in accordo a tempistiche di preavviso brevi, vietando l'imposizione di penali e spese di chiusura. Nel silenzio della legislazione speciale in materia – a parte la previsione del d.l. n. 73/2007 che aveva previsto che l'Autorità disciplinasse il recesso dei (soli) clienti domestici elettrici vincolati, ma che appare adottata non tanto per conferire un potere aggiuntivo all'Autorità, ma per disporre l'indifferibilità dell'intervento – è necessario chiedersi se l'attribuzione al contraente del potere di sciogliere il contratto possa incidere in maniera illegittima sul contenuto essenziale del diritto di iniziativa economica del fornitore e come, eventualmente, sia possibile bilanciare i contrapposti interessi delle parti. In questa indagine possono essere utili le recenti pronunce della Corte di Cassazione sul potere normativo dell'Autorità per l'energia.

Con la pronuncia 27 luglio 2011, n. 16401, i giudici di legittimità hanno rilevato che dall'art. 2, comma 12, lett. h), legge n. 481/1995 deriva senza dubbio una integrazione del contratto d'utenza ai sensi dell'art. 1339 c.c.: disposizione, quest'ultima, applicabile anche "*all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa auto-*

66 C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 125, che affronta il tema dal punto di vista della lacuna del regolamento contrattuale che incide sul suo oggetto e non come indice della volontà delle parti di aver attribuito carattere perpetuo al vincolo negoziale (aspetto che atterrebbe alla validità del contratto). Nel predetto contributo vengono dall'autore citati, quali indici normativi, le previsioni codicistiche in materia di somministrazione, affitto, mandato, agenzia, deposito, contratto costitutivo di associazione riconosciuta, di società semplice, apertura di credito, conto corrente bancario.

rizzata" [67]. L'integrazione potrà avvenire "*in modo derogatorio anche di norme di legge, se del caso dello stesso codice civile, che abbiano, però, un contenuto meramente dispositivo, cioè derogabile dalla privata autonomia*", dovendosi escludere tale possibilità ("*in mancanza di un'espressa attribuzione del potere di deroga alle norme imperative da parte di una norma di legge*"), nel rispetto del principio di legalità, qualora si sia in presenza di una disposizione imperativa di legge [68]. Ma la pronuncia detta un'ulteriore requisito: la possibilità di derogare a norme di legge meramente dispositive deve essere "*limitata ad una deroga a favore dell'utente o del consumatore*" [69]. Per completezza, è opportuno ricordare che, sempre in accordo alla pronuncia, le prescrizioni regolatorie sono apparse idonee – ai sensi dell'art. 1339 c.c. – ad integrare i rapporti di utenza nel solo caso in cui sia posto "*un precetto specifico che non lasci al destinatario alcuna possibilità di scelta sui tempi e sui modi*" [70].

Altre pronunce del giudice di legittimità hanno affermato il medesimo principio (si pensi, a titolo di esempio, alla sentenza 1 ottobre 2013, n. 22453 [71] e alla sentenza 22 luglio 2011, n. 16141 [72]. L'orientamento appare poi molto chiaro nelle pressoché identiche considerazioni della Corte, rassegnate con sentenza 21 luglio 2014, n. 16559: "*il potere normativo secondario*" dell'Autorità, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. h), della legge istitutiva, "*si può concretare anche nella previsione di prescrizioni che, attraverso l'integrazione del regolamento di servizio*", di cui all'art. 2, comma 37, della stessa legge, "*possono in via riflessa integrare, ai sensi dell'art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in senso derogatorio di norme di legge, ma alla duplice condizione che queste ultime siano meramente dispositive e, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la deroga venga comunque fatta dall'Autorità a tutela dell'interesse dell'utente o consumatore, restando, invece, esclusa – salvo che una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta non la consenta – la deroga a norme di legge di contenuto imperativo e la deroga a norme di legge dispositive a sfavore dell'utente e consumatore*". Diversamente, il Consiglio di Stato, VI, 11 novembre 2008, n. 5622, aveva stabilito che il potere normativo anche di un'autorità indipendente dovesse trovare fondamento in una previsione legislativa, "*a garanzia dei principi fondamentali dello Stato di diritto,*

67 Cass. 27 luglio 2011, n. 16401, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 903.

68 Cass. 27 luglio 2011, n. 16401, cit., pp. 905-906. Ritiene, diversamente, che sarebbe opportuno limitare alla sola legge sostanziale l'integrazione del contratto G. Rispoli, *Asimmetrie contrattuali e limiti all'eterointegrazione normativa*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1561.

69 Cass. 27 luglio 2011, n. 16401, cit., p. 906, che giustifica tale limitazione in quanto l'attività dell'Autorità si indirizza necessariamente alla tutela degli interessi di utenti e consumatori (restando così esclusa, fatta salva una previsione speciale di legge o posta da una fonte comunitaria ad efficacia diretta, la deroga anche a norme di legge dispositive a sfavore dell'utente e del consumatore). La stessa Corte ritiene inoltre che la integrazione dei contratti individuali di utenza avvenga per il tramite della integrazione del regolamento di servizio di cui all'art. 2, comma 37, legge n. 481/1995.

70 Cass. 27 luglio 2011, n. 16401, cit., p. 907. In relazione alla motivazione della sentenza, sono interessanti le considerazioni di M. Angelone, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 925, che ritiene che la Corte di Cassazione avrebbe dovuto far riferimento all'art. 1374 c.c. in quanto tale previsione rappresenta il più immediato referente normativo per i casi in cui non risulti necessaria una sostituzione, ma semplicemente una integrazione del contenuto contrattuale ritenuto carente (come d'altronde nel caso affrontato dalla Cassazione).

71 In *Giur. it.*, 2014, p. 1597.

72 In *Giur. it.*, 2012, p. 1559.

sanciti dalla Costituzione", e aveva ritenuto in tal senso necessaria un'autorizzazione legale che permettesse ad un atto di normazione secondaria di derogare a fonti primarie. Lo stesso richiamo alla previsione dell'art. 1339 c.c., secondo i giudici amministrativi, "*non può valere ad alterare l'ordine gerarchico delle fonti, consentendo ad una disposizione di rango secondario di scavalcare, entrando nel contenuto contrattuale in sostituzione di pattuizioni negoziali, norme di legge*" [73].

Le pronunce della Corte di Cassazione, pur riferite a provvedimenti dell'Autorità diversi dalla deliberazione n. 144/2007, sembrano così confortare l'intervento regolatorio in materia di recesso, sebbene la ricordata pronuncia dei giudici amministrativi, forse occasionata dalla singola vicenda esaminata, richiami l'attenzione sull'esigenza di un limite alla regolazione e conduca l'interprete a valutare la regolazione stessa in ragione dei fini che essa persegue in quel dato frangente.

La regola che prevede un recesso con termini di preavviso brevi è stata comunque valutata anche in altri ordinamenti; e voci avverse ne hanno evidenziato l'inopportunità (anche nello stesso momento dell'apertura del mercato alla concorrenza) perché essa disincentiverebbe i venditori dall'offrire contratti di durata a prezzo fisso e più conveniente di quello associato a contratti dai quali sia possibile recedere con preavviso inferiore al mese: un limite alla concorrenza, all'innovazione e alla formulazione di offerte contrattuali [74].

Ad ogni modo, proprio l'asimmetria di potere contrattuale diventa "*antecedente logico giustificativo*" dei provvedimenti dell'Autorità per l'energia per il tramite dell'art. 1339 c.c. [75] Ma in dottrina la tematica è stata giustamente approfondita: "*potrebbe la disciplina, recata da un provvedimento, di rango inferiore alla norma attributiva dell'autonomia contrattuale, innestarsi in un contratto di diritto privato?*" [76]. E come dovrebbe essere considerato tale provvedimento? Un atto amministrativo? O, forse, più correttamente, un atto solo formalmente amministrativo, ma, nel caso specifico a contenuto normativo, contenente prescrizioni generali ed astratte che innovano l'ordinamento giuridico [77]? Non a caso, appare tendenzialmente difficile sostenere che i provvedimenti dell'Autorità per l'energia o dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni divergano dagli atti regolamentari tradizionali [78]. E già da tempo è stato dalla dottrina civilistica chia-

---

73 In *Foro it.*, 2010, III, p. 121, che così continua: "*ciò è a maggior ragione a dirsi allorquando la previsione alteri un meccanismo di protezione imperativa posto a presidio di una certa categoria, estendendolo a soggetti rispetto ai quali non sussiste analoga* ratio". La ricostruzione sembra però dovuta all'analisi del caso specifico, vale a dire l'estensione del diritto di ripensamento, attuata con il codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica, anche ai clienti diversi dai consumatori.

74 S. LITTLECHILD, *Residential energy contracts and the 28 day rule*, in *Utilities Policy*, 14, 2006, pp. 47, 51, 52, 61, il quale ritiene che l'imposizione del preavviso di 28 giorni abbia dato priorità ad alcuni consumatori (quelli più propensi a cambiare fornitore con breve preavviso per beneficiare di prezzi migliori e di altre offerte sul mercato) rispetto ad altri (maggiormente inclini a poter beneficiare di contratti di lunga durata a prezzi stabili).

75 A. MUSTO, *op. cit.*, pp. 1422-1423.

76 M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 79.

77 Si veda a tal proposito anche L. DI BONA, *op. cit.*, p. 85, per la quale gli atti dell'Autorità differiscono dagli atti amministrativi e sono destinati a trovare applicazione ad una pluralità di destinatari oltre ad essere idonei ad integrare l'ordinamento.

78 M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 59.

rito come l'art. 1339 c.c. operi anche nel caso di atto amministrativo [79].

Ma il dubbio circa la non idoneità del provvedimento di regolazione ad incidere sull'atto di autonomia privata – dubbio comunque qui non accolto – è pur sempre fecondo di importanti intuizioni e suggerisce di valutare con attenzione se la prospettiva che riduce tutti gli scambi alla disciplina dell'art. 1321 ss. c.c. non debba essere rivista. E così, "*se i contratti diseguali sfuggono al principio di autonomia, costruito intorno alla immagine di parti dialoganti, portatrici di una volontà privata autonoma*", sembra doversi concludere "*che i mercati degli scambi di massa sono estranei alla disciplina dei rapporti civili e nulla condividono con il romantico principio dell'autonomia; e che, in difetto di norme autolimitanti, essi potrebbero soggiacere anche a fonti disciplinatrici eteronome di rango secondario*" [80]. Se si ritenesse venuto meno il limite rappresentato dalla "*norma primaria attributiva*", il potere di regolazione, sostitutivo di quanto pattuito dalle parti, incontrerebbe "*limiti intrinseci*" quali l'eccesso di potere regolamentare delegificato e il principio di tipicità degli atti amministrativi [81].

E se il conforto rappresentato dalle recenti pronunce della Corte di Cassazione permette di superare i dubbi in materia di eterointegrazione del contratto da parte di una norma di rango secondario, una nuova difficoltà sorge proprio ritornando alle parole dei giudici di legittimità, che non sembrano aver del tutto valorizzato la pluralità di interessi posta dalla legge n. 481/1995. Tale legge non ha infatti creato una gerarchia tra gli stessi, ma ha affidato proprio al regolatore l'ingrato compito di effettuare volta per volta la loro conciliazione.

Ed è proprio la predeterminazione dei criteri direttivi a determinare la funzionalizzazione dell'esercizio del potere delegato al raggiungimento dello scopo per il quale il potere stesso viene riconosciuto, ponendosi così un limite alla discrezionalità della fonte secondaria; e "*la conseguente ammissibilità del riconoscimento di efficacia integrativa del regolamento negoziale a favore dei provvedimenti autoritativi risulta, dunque, subordinata ad un "sindacato nei fini", che permetta di controllare il rapporto di congruenza dei suddetti provvedimenti con il determinato assetto di interessi posto dal legislatore a fondamento della delega*" [82].

E dovrà ricorrere anche un'ulteriore condizione, imposta dalle previsioni degli artt. 41 e 42 Cost., "*rappresentata dalla finalizzazione delle restrizioni della libertà negoziale al perseguimento di quelle istanze sociali, riconducibili al complesso dei valori recepiti e delineati dalla Costituzione*" [83]. Solo alla luce di tali principi potrebbe dirsi giustificato l'intervento in materia di recesso nel suo "*quomodo*" (essendo giustificato nell'"*an*" proprio dalla necessità di garantire la struttura concorrenziale del mercato) in virtù delle previsioni della legge n. 481/1995.

Si ritorna così, a mo' di sintesi, alle considerazioni già svolte e al riferimento agli interventi normativi delle Autorità indipendenti, capaci di adattare la funzione dell'autonomia privata ai diversi contesti. Ancor di più, sembra potersi

---

79 Si vedano a tal proposito le chiare considerazioni di S. Rodotà nella ristampa integrata di *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 37.

80 M. Orlandi, *op. ult. cit.*, p. 89.

81 M. Orlandi, *op. loc. ult. cit.*

82 V. Viti, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 100.

83 V. Viti, *op. cit.*, p. 105, che ricorda, in aggiunta, come il requisito dell'utilità sociale possa ritenersi soddisfatto dagli interventi dell'Autorità (ed in particolare nel perseguimento della tutela della concorrenza e della protezione del contraente debole al fine di garantire equi rapporti economici).

concludere che le Autorità indipendenti "*sono chiamate a valutare se gli strumenti di diritto privato, compresi quelli contrattuali, siano idonei a modificare i comportamenti degli attori economici e ad orientarli e conformarli agli obiettivi della regolazione del mercato*" [84].

E ad un futuro lettore la previsione circa il recesso dai contratti di durata, compresa quella primaria abrogata, non dovrebbe certo apparire come il particolare apocrifo di un mosaico più ampio, ma dovrebbe invece essere letta come la normale conseguenza dell'assetto di un mercato concorrenziale. Ad ogni modo, non sarà mai secondaria la valutazione della situazione giuridica vantata dalla parte contrapposta; valutazione effettuata in modo approfondito dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di costi di recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche.

6. I costi di recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche

Il dibattito relativo al settore delle comunicazioni elettroniche riveste un sicuro interesse – di certo superiore a quello che ha caratterizzato il settore energetico – in quanto è stato arricchito da significative pronunce e da posizioni della dottrina che hanno attentamente vagliato le soluzioni giurisprudenziali in materia di recesso con particolare riferimento ai costi ad esso associati.

Si tratta di un settore ove è più evidente la diffusione della concorrenza [85] e nel quale la regolazione di origine comunitaria a beneficio degli utenti ha di mira la riduzione delle asimmetrie di potere contrattuale e informative più che la sostituzione delle dinamiche di mercato [86].

Con l'art. 1, comma 3, d.l. n. 7/2007 [87] è stata dettata una prescrizione che sembra indulgere maggiormente al narrativo rispetto a quella posta dal regolatore energetico in materia di recesso [88]: tale disposizione, articolata e ampia, ha inevitabilmente lasciato un margine maggiore all'interpretazione [89]. Essa, nel prevedere il diritto di recesso del cliente e il riconoscimento a carico del medesimo cliente dei soli costi al recesso stesso associati, si pone come "*deroga non lieve all'ordinaria disciplina codicistica*" se si pensa al tema dell'affidamento contrattuale [90] e dell'integrazione dei contratti in corso tra fornitore

84 G. Gitti, *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2011, p. 175.

85 V. E. Bruti Liberati, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 64.

86 E. Bruti Liberati, *I contratti delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 1298.

87 Recita così il comma 3: "*I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni*".

88 La deliberazione n. 144/2007, preliminarmente alle tempistiche per l'esercizio del diritto di recesso, definisce infatti tale diritto come il diritto potestativo di recedere unilateralmente da un contratto di fornitura senza penalità e senza spese di chiusura.

89 Ad esempio, spetterà all'interprete valutare la eccessività dei costi in relazione alla durata effettiva del contratto. E non apparirà conforme a buona fede applicare il medesimo costo sia al caso in cui il cliente finale receda dopo qualche mese sia al caso in cui receda dopo qualche anno.

90 E. Bruti Liberati, *op. ult. cit.*, p. 1302.

del servizio e clienti. Tra le criticità legate all'applicazione della norma e all'esercizio del diritto di recesso da essa riconosciuto, è stato evidenziato il profilo inerente alla ripartizione tra le parti delle conseguenze economiche del medesimo. Ci si è chiesti, in particolare, se l'operatore che subisce il recesso "*possa chiedere il rimborso dei soli costi sostenuti a causa e al momento della disattivazione del contratto oppure anche di quelli affrontati in precedenza per attivare il medesimo (si pensi ai costi per installare l'apparecchiatura necessaria per fruire del servizio)* [91]". Merita, così, attenzione la vicenda affrontata dalla sentenza del Consiglio di Stato, III, 5 aprile 2011, n. 2122, che si è appunto concentrata sulle previsione del d.l. n. 7/2007, convertito con legge 3 aprile 2007, n. 40, e in particolare sulle previsioni dell'articolo 1, commi 1 e 3. Con riferimento alla previsione di un preavviso non superiore a 30 giorni l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito: AGCOM) era intervenuta con proprie Linee Guida e con specifici provvedimenti con cui aveva diffidato alcuni operatori telefonici a restituire ai clienti recedenti il credito residuo. L'AGCOM aveva fatto applicazione del principio civilistico della sinallagmaticità e della causalità delle attribuzioni patrimoniali; ed aveva ritenuto che, in caso di recesso, le prestazioni anticipate, cui non aveva fatto seguito la controprestazione da parte dell'operatore in ragione dello scioglimento anticipato del contratto, dovessero essere restituite. Addirittura, il riconoscimento del diritto dell'operatore di conservare gli importi residui era apparso di ostacolo alla realizzazione di una effettiva concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, anche perché i clienti non sarebbero stati indotti a cambiare fornitore [92].

Una soluzione in parte diversa è riscontrabile in un'altra pronuncia, la sentenza del Consiglio di Stato, VI, 11 marzo 2010, n. 1442. In tale vicenda, l'operatore di servizi televisivi pretendeva il rimborso degli sconti fruiti dal cliente finale che avesse aderito ad una offerta promozionale e che avesse in seguito deciso di recedere prima della scadenza del termine minimo contrattualmente previsto (nel caso di specie, un anno). L'AGCOM era intervenuta ritenendo che tale pratica violasse il ricordato d.l. n. 7/2007 ed in particolare l'articolo 1 in materia di costi di recesso; e l'operatore aveva conseguentemente impugnato il provvedimento del regolatore. Sia il Tar sia il Consiglio di Stato non hanno però accolto la posizione dell'AGCOM: i giudici amministrativi hanno ritenuto che il recupero dello sconto non potesse configurarsi come "*spese non giustificate da costi dell'operatore*". E, continuano i giudici, "*interpretare la norma nel senso di precludere anche questa manifestazione dell'autonomia negoziale delle parti sarebbe certamente sproporzionato rispetto agli obiettivi che la norma intende raggiungere*" [93].

---

91 E. Bruti Liberati, *op. ult. cit.*, p. 1303.

92 La lettura della sentenza è ricca di spunti proprio per il dibattito circa la natura del contratto di acquisto di ricarica telefonica: ricondotto dall'operatore ad un contratto ad effetti reali e ad esecuzione istantanea *ex* artt. 1376 e 1377 c.c. e dall'AGCOM e dai giudici amministrativi ad un contratto ad effetti obbligatori, di durata, rispetto al quale può operare il recesso.

93 Cons. St., VI, 11 marzo 2010, n. 1442. Alla base della decisione è anche posta la considerazione delle offerte messe a disposizione del cliente finale. Si trattava di due diverse offerte tra le quali il cliente poteva scegliere: una, per così dire, a prezzo pieno, con libertà di recesso non sottoposto a rimborsi per spese diverse da quelle sostenute dall'operatore per disattivare l'impianto; l'altra, per così dire promozionale e scontata, per la quale il cliente accettava una durata minima, senza preclusione del diritto di recesso anticipato, ma legittimante l'operatore, che aveva fatto affidamento su una durata minima del contratto per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo dovutogli, a recuperare, al momento dell'esercizio del recesso anticipato, quanto il legittimo esercizio della volontà di sciogliere il contratto da parte del cliente non gli avesse consentito di ottenere.

La decisione non fuga però le incertezze ricordate e lascia ancora nel dubbio, soprattutto qualora si rifletta sulla necessità che venga effettuato un meditato bilanciamento tra opposti interessi nel contesto di un settore comunque aperto alla concorrenza. È significativo che il Consiglio di Stato abbia ragionato, con riferimento alla decisione dell'AGCOM, in termini di intervento che "*travolge l'equilibrio sinallagmatico su cui si basa l'offerta promozionale, finendo, in definitiva, per mortificare l'autonomia negoziale delle parti in nome di una iperprotezione dell'utente – da tutelare sempre e comunque, anche in assenza di profili di possibile abuso – che certamente trascende gli obiettivi perseguiti dal legislatore*". Ma quale peso ha avuto nella decisione dei giudici la considerazione dell'assetto del settore di riferimento? Avrebbe potuto condurre ad una decisione diversa un bilanciamento degli interessi maggiormente rivolto alla promozione della concorrenza? E sarebbe la (iper)protezione dell'utente l'unica ragione giustificativa dell'intervento del regolatore? O non sarebbe stato forse utile dare conto, in misura maggiore, della complessa interazione tra regole e principi e tra principi stessi (si pensi anche solo al raffronto tra concorrenza e tutela dell'affidamento) o comunque mettere in evidenza come la figura dell'utente sia – in alcuni casi necessariamente – presa a riferimento dal legislatore e dal regolatore proprio nell'atto di delineare la struttura concorrenziale di un determinato settore [94]?

La dottrina ha analizzato con attenzione il dato normativo ed ha rilevato che l'art. 1, comma 3, d.l. n. 7/2007 fa riferimento al divieto di spese "*non giustificate dai costi dell'operatore*"; diversamente, le Linee Guida dell'AGCOM avrbero operato, implicitamente, una modifica di tale disposizione [95].

Se si pone attenzione ad un'altra pronuncia, la sentenza del Tar Lazio, Roma, III-*ter*, 1 giugno 2009, n. 5360 [96], è facile riscontrare come essa valorizzi la tutela del consumatore con particolare riferimento alla garanzia a suo favore della libertà di scelta e al riequilibrio della sua posizione di contraente debole; ma l'orientamento del Tar stesso, in accordo al quale l'unica lettura rispettosa del disposto normativo e del suo fondamento giustificativo appariva quella della causalità e della pertinenza tra costi ed operazioni di recesso, poiché altrimenti si sarebbe scoraggiato il recesso del cliente, gravandolo in sostanza di una penale, non sarebbe per la dottrina un esito interpretativo obbligato. Tanto che "*ritenere, come sembra aver fatto il Tar Lazio, che la correla-*

Anche Tar Lazio, Roma, III, 18 marzo 2010, n. 4269, sempre in materia di restituzione dello sconto, considerato legittimo e conforme al principio di ragionevolezza, fonda il proprio ragionamento sulla libertà assicurata al cliente finale di scegliere fra due offerte, delle quali risultava più vantaggiosa in termini economici quella che prevedeva l'impegno a non recedere prima di una certa data. A giustificazione della decisione è stato d'altronde invocato proprio il principio di sinallagmaticità delle prestazioni patrimoniali dei contratti a carattere continuativo. Il Tar ritiene che non sussistano norme derogatorie in quanto, nel caso in esame, non risulterebbero neppure ragionevoli proprio per la mancanza di situazioni particolari meritevoli di un intervento equilibratore del legislatore (diversamente, viene richiamata la distinta considerazione fatta dal d.l. n. 7/2007 alle offerte promozionali, ai sensi dell'art. 1, comma 1). I giudici amministrativi neppure ritengono corretto il richiamo al rischio di impresa a giustificazione del mancato recupero da parte dell'operatore dello sconto concesso.

94 Si vedano, a tal proposito, le condivisibili considerazioni di C. SOLINAS, *La tutela del consumatore nei contratti di fornitura di energia elettrica*, cit., p. 435 ss., la quale, seppur con riferimento al settore energetico, mette bene in luce come l'utente del servizio rappresenti il punto di riferimento negli interventi volti alla disciplina in senso concorrenziale del mercato.

95 O. GRANDINETTI, *Le spese di recesso e la disciplina di tutela dei consumatori*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, p. 268.

96 In *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 880.

zione delle spese ai costi sostenuti dall'operatore per quel rapporto contrattuale (quand'anche relativi alla fase iniziale del rapporto, ma non diversamente remunerati dall'utente) avrebbe portato alla vanificazione della ratio legis *ed avrebbe reintrodotto la precedente penale "sotto mentite spoglie", significa ... incorrere in un equivoco. Invero, il recupero dei* "costi" *sostenuti dall'operatore non potrebbe mai portare alla percezione da parte sua del* "mancato guadagno" *(come paventato dal Tar)*" [97].

Si è così sostenuto, sempre in dottrina, che "*l'unica argomentazione che resiste ad un'analisi appena attenta è quella di ordine finalistico*"*:* se le previsioni in materia di recesso perseguono l'obiettivo di agevolare il cambio fornitore a beneficio della concorrenza o comunque di consentire ai clienti, "*in una logica più protettiva (o paternalistica), di sciogliersi anticipatamente da vincoli contrattuali assunti in posizione di debolezza negoziale, prevedere che essi debbano rimborsare all'atto del recesso anche i costi iniziali del fornitore potrebbe in effetti avere un effetto dissuasivo*" limitando l'effettivo scioglimento del contratto. "*Sennonché, non sembra che, nel ponderare tale implicazione alla luce degli obiettivi perseguiti dal legislatore, il giudice potesse omettere di considerare che, in quanto applicata ai contratti in corso, la soluzione prescelta dall'AGCOM comportava una deroga rilevante ai principi codicistici*" ed in particolare "*del principio secondo cui nei contratti a esecuzione continuata il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite*" [98]. Da ciò la stessa dottrina fa discendere una violazione dell'affidamento contrattuale [99].

Un dubbio però permane, anche solo pensando che alcuni importi, già versati, potrebbero non risultare corrispettivi di prestazioni già eseguite dal fornitore a beneficio del cliente finale (si pensi al tema della restituzione, in caso di recesso, dei corrispettivi già versati dal cliente finale); e diviene necessario valutare volta per volta se i costi stessi siano stati effettivamente sostenuti o non risultino invece fittizi.

Le riflessioni della dottrina rappresentano comunque lo spunto per non abbandonare la linea in precedenza tracciata, attenta a un rigoroso bilanciamento di interessi e alle aspettative legate ai contratti in corso (e come tali sottoposte alla disciplina previgente) [100]. Tale bilanciamento dovrebbe d'altronde avvenire lungo un percorso in cui sia sempre assicurata la possibilità di riconsiderare quanto disposto ogni qual volta il monitoraggio delle regole poste a garanzia della coesistenza di tali interessi lo richieda. Ma la tutela dell'affidamento contrattuale deve essere comunque raffrontata con la promozione e tutela della struttura concorrenziale del mercato di riferimento.

È sicuramente vero che la disciplina del recesso comprime l'autonomia privata del soggetto che perde il cliente; è altrettanto vero, però, che essa promuove la concorrenza, che "*rappresenta la massima tutela del diritto di iniziativa economica*" [101]. E lo stesso dibattito in una vicenda non contigua è di aiuto all'approfondimento del tema della integrazione dei contratti in corso. Si pensi

---

97 O. GRANDINETTI, *op. cit.*, pp. 269-270, che correttamente rileva che, pur rappresentando la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori due strumenti complementari, non se ne può sottovalutare la diversità né può sottovalutarsi la possibile tensione tra le medesime.

98 E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 69, ove si richiama l'art. 1373, comma 2, c.c.

99 E. BRUTI LIBERATI, *op. loc. ult. cit.*, il quale correttamente solleva il problema del diritto sopravvenuto e della sua applicazione ai contratti in corso.

100 E. BRUTI LIBERATI, *op. ult. cit.*, p. 81.

101 Le parole tra virgolette sono tratte da L. DELLI PRISCOLI, *op. cit.*, pp. 362-363.

così alla recente pronuncia della Corte di Cassazione, la sentenza 11 gennaio 2013, n. 602, in accordo alla quale è possibile che la normativa in materia di usura trovi applicazione anche ai rapporti non ancora esauriti e proprio in relazione agli effetti che devono ancora prodursi, secondo la logica dello stesso articolo 1339 c.c. [102]: logica che risponde all'esigenza che anche per i contratti in corso, destinati a produrre effetti nel tempo, possano essere recepiti quegli interventi ritenuti necessari in risposta ad istanze – nel caso oggetto del presente contributo – di garanzia di un mercato concorrenziale ed efficiente e di maggior equilibrio contrattuale qualora tali istanze possano considerarsi prevalenti rispetto ad altri interessi contrapposti che siano comunque emersi.

102 Cass. 11 gennaio 2013, n. 602, in *Danno e resp.*, 2014, pp. 194-196.

Tipi contrattuali e vincoli regolatori nel settore dell'energia *

di Pier Giuseppe Biandrino

ABSTRACT

The essay deals with the issue of the impact of sub legal rules, emanating from independent authorities, on the regulation of the particular contracts in the Italian legal system, with reference to the field of electricity and gas. After an analysis of the persisting systematic prominence of the law of the particular contracts, and the remind of the main stages of emergence of the supply contract (s.-c. «somministrazione») in the Italian civil code, which remains the paradigm which can be traced substantially back all contracts of sale of electricity and gas to end user, the study examines the regulatory interventions on this contract, reaching the result that it remains true to the legal model, despite the invasiveness and pervasiveness of such interventions. The essay concludes with some critical remarks on the consistency of regulation of contracts by the Italian independent Authority with the process of liberalization of energy markets.

SOMMARIO: 1. I tipi contrattuali e il loro persistente rilievo sistematico. – 2. La regolazione contrattuale dell'Autorità per l'energia. Breve premessa sul contratto di somministrazione e la sua evoluzione. – 3. Gli interventi regolatori sulla somministrazione di energia e la loro (solo parziale) rilevanza sul piano del diritto dei contratti. – 4. La riconducibilità della fornitura regolata di elettricità e gas al tipo legale della somministrazione. La pervasività della regolazione e la sua dubbia coerenza con la liberalizzazione dei mercati dell'energia.

1. I tipi contrattuali e il loro persistente rilievo sistematico

Trattazioni generali, ormai da tempo e come dato acquisito, annoverano gli atti regolamentari delle autorità indipendenti tra le fonti sub-legali del diritto italiano dei contratti [1]. L'attenzione critica di dottrina e giurisprudenza è rivolta, piuttosto, all'estensione e ai limiti dei poteri normativi di esse e alle condizioni alle quali detti atti possano legittimamente disciplinare una materia – quella appunto del contratto quale espressione della libertà d'impresa e strumento

* Questo scritto riproduce, con alcune integrazioni e l'aggiunta delle note, la relazione tenuta al convegno su *Contratti dell'energia e regolazione*, organizzato dall'Università degli Studi di Bergamo e da Edison s.p.a. e svoltosi l'11 novembre 2014, ed è destinato al volume che ne raccoglie gli atti, in corso di pubblicazione per la cura di M. De Focatiis e A. Maestroni e i tipi di G. Giappichelli Editore.

1 R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da R. Sacco, 3ª ed., Utet, Torino, 2004, t. I, p. 5; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di) *Trattato di dir. priv.*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 847 ss., spec. p. 873 ss.; G. ALPA, *Il contratto in generale, I, Fonti, teorie e metodi*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2014, p. 320 ss.

d'esercizio e valorizzazione della proprietà – salvaguardata, seppure indirettamente, dalla Costituzione [2].

Con riferimento all'energia, a quasi vent'anni dall'istituzione dell'Autorità di settore, un ricco catalogo di provvedimenti che incidono sui contratti utilizzati nei mercati in cui esso si articola e, in particolare, sul loro contenuto, giustifica l'analisi del rilievo della regolazione sulla normativa dei «tipi» contrattuali che, come ben noto, proprio al contenuto ha riguardo.

È opportuno, prima di affrontare tale studio, premettere qualche cenno alla struttura, all'organizzazione e al rilievo sistematico attuale del diritto «Dei singoli contratti».

Molte "stagioni" [3] sono passate da quando alcuni interpreti che, attorno alla metà del secolo scorso, costituivano *la* dottrina [4], al cospetto dell'impianto (legale e concettuale) del vasto complesso di disposizioni che occupa l'intero titolo II del libro IV del Codice civile, complesso assai ampliato e arricchito rispetto all'omologo nelle codificazioni precedenti, parlarono del diritto «Dei contratti in generale» come di un «*corpo di norme autosufficienti*» e «*generali*» (secondo l'art. 1323), ossia di norme «*comuni*», da applicare cioè a *tutti* i contratti «*in concorso (e non in antitesi) con le norme particolari*» dettate per i singoli tipi, coesistendo le une con le altre «*nel senso della combinazione (e non delle reciproca esclusione) fra esse*». Tali norme «*generali*» costituiscono poi lo «*schema normativo, al quale assoggettare il contratto cosiddetto atipico (o innominato)*». Ne scaturiva – o, forse, ne era alla base – l'idea di contratto come categoria unitaria e ordinante, plasticamente presentata «*nella figura di un vero e proprio «stampo» uniforme, racchiudente le «costanti» formali* […] *e nel quale è possibile versare qualsiasi contenuto*» [5].

Tale «*lineare costruzione sistematica*» [6] venne presto coraggiosamente criticata su base casistica e comparatistica da un giurista di formidabile intuizione [7]; e poi dalla dottrina che per prima si occupò estensivamente di quali-

---

2 L'argomento ha suscitato negli ultimi anni un'attenzione particolare da parte della dottrina: ne dà una sintesi ricca di spunti D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, voce in *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, *Aggiornamento: A-Z*, Utet, Torino, 2014, p. 94 ss. Con riferimento al settore dell'energia, v. G. BELLANTUONO, *I contratti dell'energia: produzione; mercato all'ingrosso; contratti di* rete, e ID., *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili; efficienza* energetica, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, condirettore A.M. Benedetti, vol. V, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1321 ss. e 1363 ss.

Dell'ampia produzione sul tema del rilievo costituzionale della libertà contrattuale, ci si limita qui a richiamare L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, v. la sentenza 21 marzo 1969, n. 37.

3 L'immagine si rifà al titolo della bella e densa sintesi di G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012.

4 Il riferimento è, in particolare, a F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1944, p. 8 ss., le cui impostazioni sono riprese, senza significative varianti, in ID., *Contratto (dir. priv.-teoria gen.)*, voce in *Enc. Dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 784 ss., spec. p. 786 ss.; e più specificamente in ID., *Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 c.c.*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1961, p. 16 ss. V. anche: M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, 2ª ed., Utet, Torino, 1955, pp. 6 ss. 40 ss.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1955, p. 34 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1950, p. 120 ss.; ID., *Contratti in generale*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, vol. IV-2, Vallardi, Milano, 1961, p. 5 ss.

5 F. MESSINEO, Sul *rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 c.c.*, loc. cit.

6 L'espressione è di G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti,* in *Contratto e impresa*, 1988, pp. 327 ss., 328.

7 G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I: *Lineamenti generali*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 325 ss.

ficazione [8]: proprio questi autori, anche loro attenti al dato d'esperienza pratica, misero in evidenza la spiccata tendenza del giudice italiano a ricondurre i «*contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare*» – legalmente validi e assoggettati alle norme generali sui contratti secondo gli artt. 1322 e 1323, c.c. – a un «tipo» legale (o, in subordine, a un «tipo» social-giudiziario). Del fenomeno – non solo italiano, ma particolarmente sviluppato nel diritto applicato domestico – si sono indicate tre cause essenziali: anzitutto, la circostanza che la 'parte generale' sul contratto non abbia riguardo al contenuto, quanto piuttosto alla struttura dell'atto; poi, la presenza di un elenco di tipi radicato nella tradizione, esteso e aggiornato e di una cospicua disciplina di ciascuno di essi; infine, la marcata inclinazione a motivare la decisione richiamando disposizioni di legge [9].

Le tecniche di aggregazione di un contratto a un tipo utilizzate dal giudice sono note [10]. Un primo 'espediente' consiste nella tipizzazione delle clausole, che – beninteso – non è (ancora) tipizzazione del contratto, ma la prepara e la rende possibile creando corrispondenze fisse tra 'voluto' (per sé variabile) e formule convenzionali (oggettivate) e derivandovi conseguenze giuridiche, in particolare quelle riconnesse alla dichiarazione negoziale da una norma dispositiva. Talora si attribuisce effetto qualificativo a un elemento linguistico ridotto, quale ad esempio il nome dato dalle parti all'atto. Con un ulteriore 'espediente' logico, la giurisprudenza tributa vittoria al tipo in presenza di clausola eccentrica, sulla base del concetto della prevalenza degli altri elementi tipizzanti: in altri termini, si opera una sorta di ri(con)duzione del contratto (misto o complesso) al «tipo» che gli elementi prevalenti concorrono a costituire e annettendovi poi la disciplina propria del rapporto così qualificato. Sovente a ciò si accompagna una sottovalutazione o una ritenuta irrilevanza, almeno a fini qualificatori, delle pattuizioni atipiche. Inoltre, i confini del tipo vengono allargati mediante l'utilizzo del meccanismo dell'analogia (pur senza esplicitazione della sussistenza di una lacuna in senso tecnico). Fino alla cosiddetta tipizzazione social-giurisprudenziale.

D'altro canto, ben note sono anche le conseguenze – rilevanti – della tipizzazione: entrano, infatti, in gioco i *naturalia negotii* e la normativa inderogabile applicabile in concreto; quindi, l'individuazione della fonte concorrente alla costruzione del regolamento contrattuale e la validità di singoli aspetti o dell'intero regolamento predisposto dalle parti. Al proposito, la dottrina non ha mancato di sottolineare che le disposizioni di 'parte speciale', relative ai singoli contratti, producono sovente effetti opposti a quelli discendenti dalle norme di 'parte generale'; e che almeno altrettanto divergenti quanto a conseguenze sono numerose regole relative ai vari contratti [11].

---

8 R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1966, p. 785 ss.; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, nonché, successivamente, Id., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit.

9 G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit., cap. I, §§ 4, 5 e 6; nei termini sintetici richiamati nel testo, Id., *Tipicità e atipicità dei contratti*, in AA.VV., *Tipicità e atipicità dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 29 s.

10 Ne fanno un esame analitico: R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, cit., t. II, p. 445 ss.; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 13 ss.; R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., p. 790 ss.

11 G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 24 ss.; Id., *Sui rapporti tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit., p. 328 ss.; Id., *I singoli contratti*, in AA.VV., *I cinquant'anni del Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 218 ss.

Ebbene, proprio questa dottrina metteva in luce icasticamente che «[i]*l contratto atipico, cui applicare le sole regole generali contenute negli artt. 1321, 1469 del codice civile, non ha mai fatto apparizione in un ufficio giudiziario!*» [12], con ciò dando nuove dimensioni e prospettive al rilievo sistematico delle «*norme generali*» di cui all'art. 1323 in rapporto alla «*disciplina particolare*», rispetto ai contratti atipici[13].

Tali dimensioni e prospettive – che presero a evolversi, rispetto alla definizione del sistema del diritto civile operata dal Codice del 1942, fin dagli inizi degli anni '50 dello scorso secolo [14] e poi, dopo un decennio, con l'affacciarsi delle clausole generali [15] e la ventata di novità che ne conseguì anche sul piano del metodo, si appuntarono, volta a volta, su determinati e specifici aspetti del diritto e dell'interpretazione contrattuale [16] che tuttavia costitui-

---

12 R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., p. 788.

13 La dottrina, anche di recente, ha continuato a riflettere sul tema: per un ampio quadro ricco di spunti v., da ultimo, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, t. II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1663 ss.; in precedenza, G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Jovene, Napoli, 1997; ID., *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 649 ss.; P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 804 ss.

14 Tra i primi segni di rinnovamento di riflessione, va richiamato il saggio di L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 155 ss. Per ampiezza di apertura e sensibilità ai fenomeni economici e alla loro ricaduta sull'ordinamento e sul contratto, si richiama il contributo, tuttora di straordinaria attualità, di A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1954. Sul fenomeno dei contratti d'impresa, v., *infra*, i richiami in nota 20.

Premonitrice delle prossime, ampie e profonde novità d'impostazione e riflessione metodologica, fu la prolusione letta a Macerata nel 1966 da S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, e poi pubblicata in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 83 ss.

15 F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, fu il pioniere dell'indagine sul rilievo dogmatico e sull'effettività dei principi di buona fede e correttezza quali fonti di obblighi (accessori al, o integrativi del rapporto obbligatorio) nel nostro ordinamento, raccogliendo e sviluppando gli spunti del suo Maestro LUIGI MENGONI, contenuti nel sintetico, densissimo saggio *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss., e aprendo la dottrina domestica all'elaborazione della dogmatica tedesca in materia di clausole generali. In generale, sul rilievo del principio di buona fede, v. dapprima E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1953, p. 81 ss.

Sul tema delle clausole generali si richiamano qui, per la loro importanza, solamente: L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, ivi, 1987, p. 709 ss.; e M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Piergiusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 113 ss.

16 Nell'ambito della ricca produzione susseguitasi in un decennio, si debbono richiamare, su: l'errore: V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1963; la fiducia: N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1964; la dichiarazione: P. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 371 ss.; e G. GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 384 ss.; la libertà contrattuale e i suoi limiti: P. BARCELLONA, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 580 ss.; il contenuto: A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966; la causa: G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966; l'esecuzione: A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967; la conclusione: P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1968; la presupposizione: M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969; le fonti di integrazione: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.; la struttura della dichiarazione d'impegno: G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1970; i principi generali: G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970; l'equità contrattuale: F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970; il rapporto tra forma e contenuto: N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970; la funzione: G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970; l'apparenza: R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1973; il rilievo so-

scono occasione per riflessioni ampie e trasversali; ovvero sulla dimensione economico-sociale del contratto [17] e sul suo rilievo costituzionale [18] – erano tuttavia destinate a mutare ancora, a causa della perdita di unitarietà del contratto come categoria, nell'ambito della più generale perdita di centralità del codice civile, manifestatasi in una progressiva 'decodificazione' dell'ordinamento, e del delinearsi di un nuovo 'ordine giuridico del mercato' la cui organizzazione ha mutato la gerarchia dei valori e delle fonti di produzione normativa anche e proprio rispetto al contratto [19].

La 'frantumazione' della categoria del contratto [20] – nel contesto della crisi della nozione di negozio giuridico e delle ideologie che ne fecero per oltre un secolo l'architrave dell'edificio dogmatico del diritto privato classico [21] – è stata attentamente studiata dalla civilistica, dapprima in relazione all'emersione di 'nuovi contratti', sovente importati da mercati e ordinamenti stranieri, di impressionante importanza economica e sociale e dal contenuto sempre più resistente alla ri(con)duzione ai tipi e, d'altro canto, rispetto ai quali la disciplina generale dimostrava ancor più ed evidentemente la propria insufficienza; poi, soprattutto, per effetto del proliferare di 'statuti' particolari, la più

---

ciale della libertà contrattuale: M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975.

17 Di straordinario vigore precursore, il saggio di L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Asquini*, Cedam, Padova, 1965, vol. III, p. 1077 ss. Negli anni appena successivi, v. anche: P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1970, p. 512 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Jovene, Napoli, 1973.

18 P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 208 ss.

19 Fenomeni entrambi presenti, certo non a caso, negli interessi di ricerca di N. IRTI e sviluppati ne *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, e ne *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998.

20 Si parla, più di recente, di 'crisi della fattispecie contrattuale' di fronte alla quale la dottrina è presa da «*dolorosi smarrimenti*»: l'espressione, con l'eleganza immaginifica che gli è consueta, è di N. IRTI nella relazione introduttiva al convegno dedicato a «Riflessioni sul contratto – In occasione della consegna degli Studi in onore di Giovanni Iudica», tenutosi all'Università Commerciale Luigi Bocconi il 28 novembre 2014, il cui testo è stato pubblicato col titolo: *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2015, p. 17 ss. Sul fenomeno, v. i saggi dello stesso A. *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss., e *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 997 ss.

21 Sul tema, per misura e capacità di anticipazione e prospettica, ci si limita qui a segnalare M. GIORGIANNI, *Crisi e ideologie nel negozio giuridico*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 381 ss., del quale non si può non segnalare anche, trattando di «tipo» contrattuale, il saggio sui contratti agrari, memorabile per raffinatezza tecnica e visione predittiva, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1961, p. 391 ss.

I primi interrogativi sulla (tenuta della) categoria del negozio giuridico vennero esplicitamente posti da F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1976, p. 391 ss.; interrogativi ripresi e risolti compiutamente nel celebre saggio ID., *Negozio giuridico (premesse, problematiche e dottrine generali)*, voce in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 945 ss., ove la figura è aspramente criticata e risolta in quella del contratto. Tale impostazione, come noto, parve così eterodossa alla Direzione di un'opera, come quella, di impronta fortemente tradizionale, da farvi seguire l'ortodosso intervento 'riparatore' di G. MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria)*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p.1 ss. F. GALGANO sviluppò ulteriormente la sua visione dell'argomento in ID., *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Feltrinelli, Milano, 1978, p. 59 ss., ponendo in evidenza il definitivo crepuscolo del concetto in ID., *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 733 ss.

Tale posizione suscitò, come pure noto, un ampio dibattito e registrò diffusi consensi, sebbene non unanimi: per una riflessione critica su di essa, U. NATOLI, *In difesa del negozio giuridico*, in AA.VV., *Categorie giuridiche*, cit., p. 261 ss.; per un'impostazione storicizzante del problema, P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, *ivi*, p. 120 ss.

parte dei quali introdotta da fonti europee, destinati a insiemi omogenei, ovvero ad accorpamenti disomogenei, di contratti, che trascendono i tipi e che si configurano come discipline 'meta-tipiche', il cui ambito di applicazione ha riguardo ora alla qualità soggettiva dei contraenti, ora al loro rispettivo concreto potere contrattuale, ora al mercato economico – solitamente 'regolato', quale quello appunto dell'energia – nel quale sono destinati a produrre effetti: il riferimento è al 'secondo' [22] e al 'terzo contratto' [23] e al 'contratto a oggetto regolatorio' e al 'contratto conformato' dalla (o in funzione della) regolazione (indiretta) del mercato [24].

Di fronte a tale scenario, lo studio del diritto civile ha progressivamente evoluto e (ri)orientato la propria attenzione al contratto come istituto, come categoria giuridica e come strumento operativo, superando la teoria 'classica' che ne incentrava l'essenza sulla volontà in dipendenza dalla teoria del negozio e consolidando la teoria 'normativa' che ne valorizza la dimensione di rapporto, fino all'attuale fase di elaborazione della teoria denominata 'critica', che storicizza le categorie con riferimento alla mutabilità dei riferimenti legali, aprendo alla comparazione e collocando il fenomeno contrattuale nel contesto economico-sociale e dei valori sottostanti alle regole giuridiche. Ne è scaturita una pluralità di ap-

---

22 Una sistemazione della materia in: G. De Cristofaro, *Commentario breve al codice del consumo*, Cedam, Padova, 2010; V. Cuffaro, *Codice del consumo*, Giuffrè, Milano, 2009; G. Alpa-L. Rossi, *Codice del consumo. Commentario*, ESI, Napoli, 2005. Da ultimo, con ampi rinvii, v. i contributi di G. De Cristofaro e di M. Farneti in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, condirettore A. M. Benedetti, vol. V, cit., pp. 3-205.

23 Sulla figura, tuttora incerta nei contorni e nei contenuti e provvisoria nella definizione, tenuta a battesimo da R. Pardolesi nella *Prefazione* a G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, p. XI ss., v.: F. Rosario, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Cedam, Milano, 2010; E. Minervini, *Il terzo contratto*, in *I contratti*, 2009, p. 493 ss.; E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica e "terzo contratto"*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 150 ss.; G. Gitti-G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto,* Il Mulino, Bologna, 2008.

Le riflessioni sul c.d. "terzo contratto" sembrano aver stimolato una rinnovata attenzione ai contratti d'impresa sui quali, da ultimo, G. Gitti-M. R. Maugeri-M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia; II. Banca, mercati, società*, Il Mulino, Bologna, 2012; e, in precedenza, A. Catricalà (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Utet, Torino, 2011; P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Giuffrè, Milano, 2006; V. Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano 2000. Sul tema è tuttora di attualità e ricca di spunti la riflessione di A. Dalmartello, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1954.

Una particolare 'fenomenologia' dei contratti d'impresa – quella dei contratti tra imprese di diversa nazionalità, ovvero tra imprese domestiche ma, ciò malgrado, redatti in lingua inglese, ovvero 'ispirati' a modelli stranieri – è indagata da G. De Nova, *Il contratto alieno*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2010.

24 Un'ampia e aggiornata panoramica sui contratti nei mercati regolati è contenuta nel V volume del *Trattato dei contratti*, diretto da E. Roppo e condiretto da A. M. Benedetti, cit.

In generale, sul tema dei rapporti tra contratto e regolazione di mercato, si richiama ancora il bel contributo di D. Simeoli, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, cit.; e, con particolare riferimento al settore dell'energia, oltre a G. Bellantuono, *I contratti dell'energia: produzione; mercato all'ingrosso; contratti di* rete, e Id., *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili; efficienza energetica*, cit., v.: M. De Focatiis-A. Maestroni (a cura di), *Il mercato del gas tra scenari normativi e interventi regolatori*, Giuffrè, Milano, 2013; M. De Focatiis-A. Maestroni (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato – Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2012; M. De Focatiis-A. Maestroni (a cura di), *Libertà d'impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2011; E. Bruti Liberati-F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010; G. Bellantuono, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2008.

procci e concezioni che generano – per l'effetto moltiplicatore della combinazione di esse – un'ancor più estesa varietà di 'immagini' del contratto, che vanno affollando un ambito di riflessione assai articolato e complesso e molto innovativo quanto a metodi, soluzioni e proposte: analisi condotte utilizzando le acquisizioni più affidabili dell'antropologia, della sociologia e dell'economia hanno, rispettivamente, tracciato gli itinerari che hanno condotto dal dono allo scambio, dal contratto allo *status*, e al contratto come programma. Più di recente, nuove riflessioni su concetto, significati e funzioni del contratto, delineano i caratteri della transizione verso nuovi confini: quelli del contratto 'asimmetrico', del contratto 'giusto' e del contratto 'trasparente' [25].

Pur con queste consapevolezze, e con la percezione delle ricadute di esse sul contratto quanto a complessità e rinnovamento di termini, concetti e categorie rispetto alla tradizione, l'operatore non può tuttavia trascurare l'evidente dato d'esperienza che i giudici continuano costantemente a tipizzare i contratti a contenuto stravagante, per poi applicare a essi la disciplina legale del tipo normativo di riconduzione, traendola dalla 'parte speciale' [26]. Emblematico, nel settore che ci interessa, è lo sforzo di qualificazione del contratto di *tolling*, compiuto con la manforte della dottrina, per il quale – a fronte del suo elevato 'tasso' di atipicità – si sono evocati gli schemi talora dell'appalto d'opera, talaltra del contratto di sub-fornitura e ancora del contratto misto di somministrazione e appalto d'opera e di servizi [27], con rilevantissime conseguenze, a seconda della soluzione adottata (tra l'altro sulla definizione della 'matrice di rischio' i.e.: di credito; regolatorio; relativo alla proprietà del combustibile, con riflessi assai notevoli in materia di responsabilità e sicurezza).

A ciò, del resto, fa riscontro proprio la dottrina più avvertita e che maggiormente ha contribuito a elaborare nuovi modi e metodi di concepire il contratto, quando ritiene ancor oggi che «[h]*anno un valore effettivo fondamentale e indiscutibile e una posizione centrale le norme del codice civile italiano del 1942, ordinatamente raccolte nel titolo II del libro IV (artt. 1321-1469), o sparpagliate in altre sedi (artt. 428, 2932). Leggi interne si sono aggiunte, occasionalmente; per ora non sono tali da sconvolgere l'intelaiatura del codice*» [28]. D'altro canto, quella stessa dottrina ritiene altresì che «*la presenza di un elenco di tipi legali radicato nella tradizione, e al tempo stesso cospicuo e aggiornato, è una circostanza fondamentale perché il ricorso alla tipizzazione possa operare come strumento privilegiato*» [29]; e che è indubitabile che «*il livello*

---

25 Un profilo elegante ed esaustivo di tale evoluzione è oggi tracciato da G. ALPA, *Il contratto in generale,* cit., nel *Capitolo IV, Le concezioni attuali*, pp. 215-298.

26 La giurisprudenza più significativa in materia di qualificazione è richiamata da R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 442 ss., cui *adde* Cass. 20 gennaio 2005, n. 1150.

27 G. BELLANTUONO, *I contratti dell'energia: produzione; mercato all'ingrosso; contratti di rete*, cit., p. 1331, con i riferimenti bibliografici del caso.

28 R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 4. Come noto, l'opera di Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova si pone in continuità, oltre che di analisi e interpretazione, anche metodologica col trattato sul contratto di Rodolfo Sacco (*Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975) che, a giudizio di G. Alpa (*Il contratto in generale,* cit., p. 196), «*chiude un'epoca e ne apre una nuova*», tra cui fa da ponte il volume firmato dai due studiosi (*Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984): l'attenzione all'esperienza storica, alla comparazione e alla pratica della applicazione effettiva della disciplina legale da parte dei giudici, caratterizza e distingue l'impostazione e le proposte delle opere richiamate, impostazione e proposte poi diffusamente accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

29 G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 50.

predominante di intervento del legislatore italiano non è certo quello del contratto come schema generale» [30], né quello del contenuto della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio – del quale il nostro Codice dà infatti una determinazione negativa, limitandosi a prescrivere che non sia impossibile, illecito, indeterminato o indeterminabile [31] – bensì è «*nell'elenco dei tipi che si rinviene la sede principale della disciplina legislativa in materia contrattuale*» [32] e ciò è vero tutt'ora [33].

2. La regolazione contrattuale dell'Autorità per l'energia. Breve premessa sul contratto di somministrazione e la sua evoluzione

È nel quadro sopra delineato che l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (che, da qualche tempo, ha aggiunto alla propria competenza e denominazione anche il Servizio Idrico) prescrive regole generali e astratte, idonee a innovare l'ordinamento giuridico e, per quanto qui interessa, quello «*Dei singoli contratti*».

Pur senza quella 'bulimia regolatoria' che ne caratterizza in generale l'attività, l'AEEGSI ha adottato nel tempo un ragguardevole numero di atti e provvedimenti di portata tale da incidere sulla disciplina di gran parte dei contratti utilizzati nei diversi segmenti delle filiere energetiche e nelle loro articolazioni: – nella produzione, coi contratti per l'approvvigionamento di materie prime, il *tolling*, i contratti per la capacità produttiva; – nel mercato all'ingrosso, coi contratti 'fisici' e 'derivati'; – nelle reti, coi contratti di accesso, di capacità di trasporto, di dispacciamento e connessione, di stoccaggio, di ri-gassificazione; – nel mercato al dettaglio, col contratto 'di fornitura' o 'di vendita' o, nell'ortodossia nomenclativa del codice civile, di somministrazione; – nella produzione da fonti rinnovabili, coi contratti e regimi di sostegno, i contratti di scambio dei certificati verdi, bianchi e delle quote di emissione; – nell'efficienza energetica, coi contratti di rendimento energetico [34].

Quantità e qualità dell'incidenza di tali regole sulla disciplina di diritto comune di tutti tali contratti, e sullo svolgimento dell'autonomia privata nella determinazione del loro contenuto, sono assai differenziate, ma comunque considerevoli. Esse, volta a volta, intervengono: – sul procedimento di formazione dell'accordo e sull'informazione precontrattuale; – sulla forma del contratto e su requisiti di forma-contenuto (per esempio, dettando le modalità di redazione, anche persino quanto a caratteri di stampa e linguaggio, in funzione dell'intelleggibilità del patto!); – sul contenuto in generale, integrandolo; – sul contenuto economico, determinandolo; – sul comportamento in fase di esecuzione e sulla qualità della

30 G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 51.

31 L'osservazione è di M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 1958, p. 474, richiamata da G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 53.

32 G. DE NOVA, *op. e loc. ult. cit.*

33 Sul tema v., di recente, E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 87 ss., con ampi rinvii. V. anche, più estesamente e in generale, C. CIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione della disciplina applicabile ai contratti atipici*, Giappichelli, Torino, 2008, spec. pp. 1 ss. e 285 ss.; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pp. 26 ss., 182 ss. e 276 ss.

34 Per un'ampia e aggiornata panoramica sistematica, v. G. BELLANTUONO, *I contratti dell'energia: produzione; mercato all'ingrosso; contratti di rete*, cit., e ID., *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili; efficienza energetica*, cit.

prestazione; – sulla risoluzione e sul recesso; – sull'inadempimento e sulle sue conseguenze; – sulla risoluzione delle controversie [35].

Anche una semplice, sintetica rassegna delle disposizioni di fonte regolatoria, incidenti sulla disciplina dei contratti dell'energia, travalicherebbe i confini di questa riflessione [36].

Conviene, piuttosto, concentrarsi: – su un segmento delle filiere elettricità e gas: quello del mercato al dettaglio; – sul contratto che regola i rapporti tra i soggetti che vi operano: quello di somministrazione [37]; e – su alcuni provvedimenti dell'AEEGSI che ne incidono il regime giuridico. Pur in detti limiti – assai ristretti rispetto all'universo della regolazione e della contrattualistica dell'energia – sarà possibile osservare gli effetti dell'eteronomia regolatoria sul contratto e sulla autonomia di cui si diceva testé.

Non sembra ozioso premettere a tale analisi un cenno all'origine del «tipo»-contratto di somministrazione: al di là del peculiare rilievo di esso nel settore dell'energia, la sua emersione – compiutasi nel Codice civile del 1942 – è ritenuta paradigmatica del fenomeno dell'evoluzione del sistema dei tipi [38]; e l'osservazione del processo col quale s'è verificata può aiutare a individuare, semmai ve ne siano, elementi prognostici circa il corso attuale di un'eventuale odierna 'differenziazione' di un nuovo tipo di 'somministrazione regolata' di energia elettrica e gas.

L'affioramento della somministrazione è avvenuto per 'fasi' [39].

Dapprima, il nuovo contratto ha dovuto affrancarsi dalla prospettiva dell'*impresa – di somministrazioni*, appunto – nella quale era costretto dalle previsioni dei Codici di commercio del 1865 e del 1882, sull'eco dell'«*entreprise de fournitures*» del *Code de commerce* del 1807 che accomunava atti e imprese di commercio in un elenco (dettato dall'art. 632), allo scopo di determinare la competenza per materia dei relativi tribunali specializzati. Ben presto la dottrina, seguita dalla giurisprudenza, tende ad allargare l'ambito dell'impresa «*de furnitures*» – o «*di somministrazioni*», secondo il lessico legale domestico – iscrivendovi ipotesi eterogenee e ponendo l'accento sull'operazione piuttosto che sull'*entreprise* la cui definizione diviene sempre più generica. In questo quadro, una parte della dottrina commercialistica dell'epoca tenta strenuamente di dare al contratto di somministrazione una configurazione unitaria, pur con la difficoltà costituita dall'idea ancora prevalente che il fattore identificativo del tipo sia la natura della prestazione principale e, quindi, col conseguente osta-

---

35 Diffusi riferimenti, oltre che nei saggi di G. Bellantuono richiamati nella nota precedente, anche in SIMEOLI, *op. cit.*

36 Al tempo della stesura definitiva di questo scritto (febbraio 2015), alla 'parola-chiave' «contratti», il motore di ricerca del sito dell'Autorità associava oltre 1300 elementi; questo numero sembra destinato ad aumentare.

37 Come accennato poco sopra nel testo, da un lato, i provvedimenti di recepimento del c.d. «Terzo Pacchetto Energia» utilizzano il termine «fornitura» (art. 2, comma 1, lett. o), d.lgs. n. 164/2000 e art. 2, comma 25-*sexies*, d.lgs. n. 79/1999), riproducendo le corrispondenti definizioni europee (art. 2, n. 19, direttiva 09/72/CE e art. 2, n. 7, direttiva 09/73/CE); dal canto suo, l'Autorità utilizza invece da tempo il termine «vendita»; non sembra, tuttavia, che nessuno dei due vocaboli abbia alcun rilievo o conseguenza sul piano della qualificazione.

38 Non a caso G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 178 ss., lo assume a esempio di «evoluzione esterna» del sistema dei tipi, per tale intendendo quella dovuta all'emersione di un tipo legale nuovo, distinta dalla «evoluzione interna» che si verifica quando il tipo legale già esistente viene col tempo ad assumere un diverso ruolo.

39 Diffusamente descritte e analizzate in profondità da G. DE NOVA, *op. e loc. ult. cit.*, ove esaustive citazioni di dottrina e giurisprudenza.

colo a includere il *facere* e il *dare*. Il primo passo verso la liberazione dallo schermo dell'impresa viene compiuto, anzitutto, valorizzando la portata qualificativa dell'atto di somministrazione, la cui periodicità presuppone un 'allestimento imprenditoriale', rispetto all'attività [40]. La strada che conduce all'autonomizzazione del tipo vede, poi, da un lato, l'esclusione dal suo ambito delle ipotesi negoziali in cui non v'è alienazione; dall'altro, l'evasione dalla 'gabbia' metodologico-concettuale della natura della prestazione quale fattore determinante di qualificazione, e la valorizzazione della sua ripetitività-periodicità, in opposizione all'occasionalità-isolamento di essa, per discriminare la somministrazione dalla vendita: tale tratto assurge, anzi, al rango di (con)causa del nuovo contratto (insieme con l'alienazione), contribuendo ad attribuirgli autonomia di fattispecie e, d'altro canto, a delinearne il primo, approssimativo nucleo di disciplina: tratta dalle norme sulla vendita, per quanto attiene alle singole prestazioni; ispirata alle disposizioni che regolano i contratti di durata del diritto commerciale – quali il mandato, il conto corrente, le assicurazioni – per quanto attiene al contratto nel suo complesso [41].

Occorre, tuttavia, attendere l'opera del legislatore per vedere portata a definitivo compimento l'emersione della somministrazione: già nella configurazione adottata nel progetto preliminare del codice di commercio del 1941 e poi nella soluzione adottata dal codice civile, essa vince la 'forza di gravità' della vendita e del criterio della natura della prestazione, contrapponendovi il dato della continuità o periodicità di questa e potendo finalmente comprendervi prestazioni eterogenee sia di *dare* che di *facere* [42]. I principi tipizzanti più rilevanti della disciplina legale sono sovente anticipati dall'elaborazione giurisprudenziale in materia di vendita a consegne ripartite: così, con riferimento ai termini, la cui stipulazione nell'interesse di entrambe le parti viene codificata nell'art. 1563 c.c.; con riferimento al criterio di valutazione dell'inadempimento che deve produrre sfiducia per il futuro, codificato nell'art. 1564 c.c.; e con riferimento all'efficacia *ex nunc* della risoluzione, codificata nella disposizione generale per i contratti a esecuzione continuata o periodica dell'art. 1458 c.c. Le norme in materia di esclusiva (artt. 1567 e 1568 c.c.) e di preferenza (art. 1566 c.c.), viceversa, recepiscono una prassi contrattuale – funzionale agli interessi monopolistici dei somministranti – diffusa specificamente nell'ambito della somministrazione (in particolare di energia elettrica), e al contempo affermano la validità delle clausole e ne dettano le condizioni di efficacia. Infine, il recesso, recepito nell'art. 1569 c.c., è l'approdo legale del lungo percorso che, dall'art. 1123 c.c. del 1865, conduce dottrina [43] e giuri-

40 L. FRANCHI, commento *sub* art. 3, n. 6, in AA.VV., *Commentario al Codice di Commercio*, vol. I, Vallardi, Milano, 1900, p. 111 ss.; R. MONTESSORI, *Intorno alle imprese di somministrazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 586 ss.; ID., *Il concetto di impresa negli atti di commercio dell'art. 3 Cod. di comm.*, ivi, 1912, I, p. 497 ss.

41 Lo spunto di M. D'AMELIO, *Contratto d'acquisto e contratto di somministrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, II, p. 591 ss., viene compiutamente elaborato da L. MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Athenaeum, Sassari, 1914.

42 Anche se, come osserva G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 186, il gioco di rinvii contenuto nell'art. 1677 c.c., pare escludere dalla definizione di somministrazione l'ipotesi di prestazione di servizi.

43 Percorso tracciato da F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione di opere a tempo indeterminato*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 377 ss., e seguito R. FRANCESCHELLI, *Natura giuridica della compravendita con esclusiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 251 ss., e ID., *I consorzi industriali*, Cedam, Padova, 1939, p. 259 ss., fino alla sistemazione di D. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Giappichelli, Torino, 1939, spec. p. 186 ss.

sprudenza [44] a generalizzare la facoltà di recedere dai contratti a tempo indeterminato, quale espressione del principio di temporaneità dei vincoli obbligatori.

In sintesi: «[l]*e fasi di emersione del contratto di somministrazione come tipo contrattuale possono dunque essere così individuate: il contratto, per acquistare la propria autonomia, ha dovuto dapprima liberarsi della prospettiva dell'impresa, in cui lo poneva la previsione del codice di commercio; ha poi dovuto differenziarsi dalla vendita: il distacco era già apparso possibile, grazie alla consapevolezza della differenza tra la somministrazione e il tipo normativo sottostante alla vendita, ad una dottrina che aveva saputo al contempo ribellarsi al preconcetto tradizionale secondo cui è sempre la natura della prestazione a determinare il tipo; ma questo preconcetto era difficile da superare, e ciò fu possibile solo di fronte a uno schema contrattuale più lato, che, prevedendo la possibilità di prestazioni eterogenee, necessariamente lo smentiva, inducendo a sottolineare invece il dato della periodicità o della continuità delle prestazioni. Tuttavia, anche prima che questo processo giungesse a termine, vi erano state anticipazioni di disciplina: nate nell'ambito della vendita a consegne ripartite (per la disciplina dei termini e della risoluzione), nella prassi (per le clausole di esclusiva ed i patti di preferenza), o in sede di elaborazione della categoria dei contratti di durata (per il recesso con preavviso)*» [45].

3. Gli interventi regolatori sulla somministrazione di energia e la loro (solo parziale) rilevanza sul piano del diritto dei contratti

Passando a esaminare le principali direttrici di intervento dell'AEEG sui contratti conclusi tra gli esercenti l'attività di vendita di elettricità e gas e i loro clienti, sembra – schematicamente e ai propositi di questa riflessione – si possano individuare quattro filoni.

Agli albori dei processi di liberalizzazione, intorno agli anni 1999-2000, l'interesse dell'Autorità parve concentrarsi in particolare sui livelli di qualità delle prestazioni da garantire agli utenti: è di quel periodo l'istituzione degli obblighi di lettura periodica dei contatori, degli obblighi di fatturazione periodica dei consumi, degli indennizzi automatici, con la delibera 'capofila' n. 201/1999 e, quindi, con la successiva n. 229/01 e le numerose susseguenti modificazioni e integrazioni.

In condizioni di mercato più mature in entrambi i settori, l'azione si focalizzò su aspetti di più diretta ricaduta sulle condizioni economiche e normative del rapporto d'utenza. Concentrandosi sui provvedimenti sistemicamente più significativi: con le delibere n. 195/2002, n. 248/2004 e n. 79/2007 l'Autorità disciplina le modalità di aggiornamento della componente materia prima delle condizioni di fornitura del gas e la revisione del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso (la cosiddetta «CCI»); mentre, con una fitta sequenza di atti che copre l'intervallo di un decennio (il riferimento è, essenzialmente alle delibere n. 78/1999, n. 200/1999, 229/2001, 144/2007 e 79/2008), l'Autorità stabilisce l'inserzione e definisce il contenuto di alcune clausole dei contratti bilaterali di fornitura di servizi elettrici a clienti idonei, tra cui quelle che prevedono e disciplinano del recesso.

---

44 Tra le prime, Cass. 15 luglio 1930, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce «*Obbligazioni e Contratti*», nn. 329-330.

45 Così, G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 192 s.

Con la definitiva apertura alla concorrenza del mercato *retail*, nell'intorno degli anni 2009-2011, e con il consolidamento del 'secondo contratto', 'nobilitato' definitivamente dal Codice del consumo, l'Autorità, con le proprie delibere n. 104/2010, n. 239/2010 e, da ultimo, n. 266/2014, adottata a seguito del d.lgs. n. 21/2014, elabora e aggiorna costantemente un Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali che, quanto al contratto di 'fornitura', contiene un'articolata serie di previsioni relative: ai criteri per la redazione, al contenuto minimo, alla forma, al documento e alla sua trasmissione, al diritto di ripensamento, ai termini e modalità di preavviso per la variazione unilaterale delle condizioni.

Oggi, l'Autorità sembra perseguire due ulteriori obiettivi: la definizione di strumenti di gestione semplificata delle controversie cliente-fornitore (ADR con procedure di conciliazione *on-line* gestite dell'Acquirente Unico) e di mezzi di prevenzione del fenomeno delle attivazioni non richieste, con la gestione dei singoli casi da parte degli operatori sulla base di regole standard. Sul primo, il recepimento prossimo della direttiva 2013/11/CE sulla risoluzione alternativa delle controversie porterà certamente novità significative; mentre, sul secondo, il percorso appare tracciato dalla delibera n. 153/2012.

La regolazione della qualità – tanto della 'dimensione' commerciale, quanto di quella della sicurezza del servizio – ha mosso, come noto, dal fallimento delle 'carte dei servizi' come strumenti di autoregolazione del monopolista [46], innovando profondamente il regime precedente con l'adozione di un approccio pragmatico: vengono profilati standard uniformi attraverso un *benchmarking* parametrato alle migliori imprese del settore e per verificarne il rispetto in concreto si adottano uniformi criteri di misurazione della prestazione, associati a indennizzi automatici progressivi in caso di violazioni degli standard commerciali e a un sistema di incentivi e penalità correlati a obiettivi di miglioramento della continuità della fornitura. Essa si è dimostrata, nei fatti, piuttosto efficace con basse percentuali di non conformità fin dalla fase di avvio. Per quanto qui interessa, va notato che la regolazione della qualità sembra porsi in una relazione di combinazione indiretta e assai parziale col diritto dei contratti: appare a esso sostanzialmente estranea quella relativa alla sicurezza di erogazione, i cui effetti, se negativi, rimangono direttamente a carico delle imprese che sopportano i costi dei miglioramenti della qualità, viceversa, se positivi, vengono regolati economicamente sulla tariffa elettrica attraverso una specifica componente [47]; quanto alla regolazione della qualità commerciale, il sistema degli standard associati a indennizzi automatici sembra stare su di un piano sghembo rispetto a quello della responsabilità contrattuale: la dottrina sul punto è perplessa [48]; la

46 Il primo intervento di regolazione della qualità, la richiamata delibera n. 201/1999, abrogò espressamente – suscitando più di una perplessità sulla sussistenza del potere in capo all'AEEG – il d.p.c.m. 18 settembre 1995, recante lo schema generale di riferimento della Carta dei servizi nel settore elettrico.

47 V., in particolare, delibere n. 4/2004 e n. 333/2007.

A considerazioni diverse si presterebbe la materia delle conseguenze dei *blackout*: la massiva giurisprudenza formatasi in dipendenza dell'episodio del 28 settembre 2003 (circa 115.000 azioni giudiziarie; circa 70.000 sentenze dei giudici di pace) s'è dimostrata generalmente favorevole alle richieste di risarcimento, configurando un criterio di imputazione della responsabilità contrattuale del distributore/venditore assai allargato che ha posto a suo carico rischi proprî dell'organizzazione di segmenti della filiera elettrica a monte di esso. Sull'argomento, v. le interessanti e documentate considerazioni di G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, cit., p. 204 ss. A ben vedere, tuttavia, si tratta di interruzioni accidentali *non regolate*.

48 G. BELLANTUONO, *op. ult. cit.*, p. 199 s.

giurisprudenza non pare attribuire alla violazione di uno standard specifico un peso rilevante nel giudizio sull'imputabilità dell'inadempimento [49]; e gli indennizzi automatici sono amministrati dall'Autorità, il che fa perdere a essi il connotato di (effetto di) rimedio contrattuale.

Quanto al Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali, è stato notato [50] che esso, per molti versi, si limita a specificare obblighi di comportamento ricavabili dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette [51] o dal dovere di buona fede nelle trattative col relativo corredo di doveri e obblighi di protezione [52]. Per quanto qui interessa, va anzitutto rilevato che la violazione del Codice può essere sanzionata direttamente dall'Autorità. D'altro canto, deve ovviamente ritenersi che il Codice integri, ma di certo non sostituisca, la disciplina legale del contratto, tanto di diritto comune che del consumatore, e ciò è del resto pacificamente ritenuto dallo stesso regolatore. Infine, in generale le disposizioni che attengono al contenuto dei contratti di fornitura – molte delle quali specificano in positivo le disposizioni dell'art. 33 del d.lgs. n. 206/2005 – lungi dall'alterare lo schema della somministrazione, lo presuppongono.

Con riguardo, infine, alla regolazione delle clausole, essa rappresenta di certo l'intervento più penetrante sul contratto d'utenza di elettricità e gas [53], scarsamente inciso dalla disciplina dei contratti dei consumatori e connotato da «*un'area di scarsa equità contrattuale*» [54] delle condizioni generali di fornitura, predisposte unilateralmente dall'esercente, irrisolta dal diritto comune. Proprio per questo, attraverso la regolazione delle clausole – diversamente dagli interventi attuati con l'adozione dei Codici di condotta, integrativi della disciplina generale – è esplicita da parte del regolatore «*la volontà di introdurre misure che suppliscano alle inadeguatezze del quadro normativo vigente*» [55]. Tra previsioni che si limitano a uniformare prassi di settore (quali quelle sulla lettura del gruppo di misura e quelle sulla fatturazione periodica [56] o che specificano regole di diritto comune (quali quelle sugli interessi di mora in caso di ritardato o mancato pagamento della bolletta [57], con riferimento alle disposizioni dell'art. 1224 c.c.; e quelle sulle modalità e sui tempi di sospensione del-

---

49 V. Cass. 21 maggio 2004, n. 9705.

50 G. BELLANTUONO, *op. ult. cit.*, p. 154.

51 In generale, v. G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008. Per un'analisi della disciplina nella prospettiva, assai interessante nella specifica materia, della compresenza di norme generali e di dettaglio, v. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 73 ss.

52 Si richiamano qui, solamente, L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185 ss. e 280 ss., ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., e F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss., poi, definitivamente, ID., *Doveri di protezione*, voce in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, VII, Utet, Torino, 1991, p. 221 ss. Da ultimo, v. F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contratto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.

53 In particolare, v. le delibere n. 200/1999 e n. 229/2001 che dispongono le condizioni contrattuali minime inderogabili del servizio ai clienti del mercato vincolato, rispettivamente, dell'elettricità e del gas.

54 Così in un «*Considerato che*» in premessa della deibera n. 200/1999.

55 Così G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, cit., p. 163.

56 Artt. 3, 4 e 5 della delibera n. 200/1999, e artt. 3, 4, 5 e 6 della delibera n. 229/2001.

57 Art. 7 della delibera n. 200/1999 e art. 8 della delibera n. 229/2001.

la fornitura in caso di mora del cliente [58], con riferimento alle disposizioni degli artt. 1460, comma 2, e 1565, c.c.), ve ne sono alcune che segnano uno stacco significativo rispetto al regime legale della somministrazione: le più rilevanti appaiono quelle sul diritto di recesso [59]. Al fine di garantire al cliente finale la facoltà di cambiare fornitore – condizione indispensabile per rendere possibile la concorrenza effettiva nei mercati al dettaglio – il regolatore ha previsto il diritto di recesso, seppure in un delimitato ambito di applicazione [60], anche da contratti a durata determinata, segnando il picco di discontinuità 'qualitativa' della disciplina regolatoria della fornitura d'energia rispetto alla disciplina legale del «tipo»-somministrazione: come detto poco fa, l'art. 1569 c.c., codifica il principio di temporaneità del vincolo obbligatorio – portato di una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, durata oltre un cinquantennio, del sistema del codice del 1865 – traducendolo in facoltà di recedere da un contratto di durata *sine die*. Una simile impostazione perde evidentemente di senso se il rapporto giuridico è a tempo determinato.

4. La riconducibilità della fornitura regolata di elettricità e gas al tipo legale della somministrazione. La pervasività della regolazione e la sua dubbia coerenza con la liberalizzazione dei mercati dell'energia

L'orientamento dell'Autorità, che si può chiaramente cogliere dai filoni d'azione regolatoria richiamati, è diretto a una sempre maggiore tutela del consumatore-utente, (anche) per mezzo di interventi sui contratti tra operatori e clienti finali, interventi che si sono progressivamente 'raffinati', favorendo l'uniformarsi delle prassi negoziali, pur mantenendo livelli di protezione dell'utenza difficilmente riscontrabili in altri mercati comunitari.

Tutto considerato, pare vi siano concordanti riscontri per affermare che la 'regolazione contrattuale' nel segmento del mercato al dettaglio di elettricità e gas è tanto ampia e pervasiva quanto profonda e invasiva.

Nondimeno, avendo a mente il catalogo dei tratti caratterizzanti e distintivi cui la tecnica giuridica ricorre per individuare i «tipi» contrattuali, non pare di rinvenire nel 'contratto di fornitura' o 'di vendita' di elettricità e gas al cliente finale, significativi elementi che lo affranchino dal modello legale-normativo del contratto di somministrazione di cui agli artt. 1559-1570 c.c., in particolare del genere di quelli che portarono alla enucleazione di quest'ultimo, richiamati poco fa. Non si evidenziano, infatti, differenze sostanziali che attengano né alla causa, né all'oggetto del contratto e alla natura di esso, né al contenuto (e, in particolare, alle prestazioni, al nesso tra esse e alla loro durata), né alla qualità delle parti, né infine al modo di perfezionamento del contratto.

---

58 Art. 8 della delibera n. 200/1999 e art. 9 della delibera n. 229/2001.

59 Il riferimento è, in particolare, alle disposizioni recate dalle delibere n. 144/2007 e n. 79/2008.

60 In particolare, la regola si applica: a qualsiasi «*cliente finale che non ha esercitato la propria idoneità*» (cioè, non ha mai stipulato alcun contratto del mercato libero) (art. 3, all. A, delibera n. 144/2007); al cliente finale domestico, quale che ne sia il regime (art. 4, comma 4.1, all. A, delibera n. 144/2007, come modificato e integrato dalla delibera n. 79/2008); al cliente finale non domestico, quale che ne sia il regime, alimentati in bassa tensione o con consumi di gas non superiori a 200.000 mc/anno (art. 4, comma 4.2, all. A, delibera n. 144/2007, come modificato e integrato dalla delibera n. 79/2008).

Neppure il recesso da contratti a termine appare ancora sufficiente per minare la 'tenuta' del «tipo»: a tutt'oggi, lo schema tradizionale della somministrazione sembra reggere all'urto regolatorio e si conferma come riferimento giuridico, col conseguente portato di *naturalia negotii* e di norme inderogabili, anche nel settore della vendita di energia al cliente finale, settore che, del resto, ne è stato storicamente l'ambito d'elezione [61].

E la ragione della tenuta sta forse in questo: non diversamente da quanto è a base del complesso di disposizioni del Codice del consumo e, prima di esse, di quelle del capo XIV-*bis* del libro IV del codice civile, la 'regolazione contrattuale' del mercato al dettaglio dell'energia non risponde, con una differenziazione tecnico-giuridica degli strumenti negoziali, all'insorgere di nuovi bisogni economici, bensì – secondo le finalità indicate dal legislatore – persegue una più intensa protezione di una parte: il consumatore-utente, insieme con la promozione della concorrenza, tendenzialmente ancora nell'interesse della parte tutelata, utilizzando un approccio normativo 'meta-tipico' – nel senso che prescinde dal «tipo» e dalla tipizzazione.

Più in generale, analoga conclusione sembra valere per la regolazione di tutti i contratti utilizzati nei vari segmenti delle filiere energetiche, sebbene essa sia orientata al perseguimento di scopi più latamente pro-concorrenziali.

E per le ragioni appena dette e tenuti a mente i tratti paradigmatici del processo di emersione, non sembra apprezzarsi in tale più ampio ambito alcun segnale di evoluzione del sistema dei «tipi».

Colpisce, tuttavia, l'intensità e l'estensione dell'azione dell'Autorità di settore e il complessivo effetto indotto da essa in termini di marginalizzazione dell'autonomia [62] che – in particolare proprio nel segmento del mercato al dettaglio dell'energia – è ormai relegata nelle strette dell'elaborazione di nuove strutture di offerte commerciali, ma ben poco – o quasi nulla – residuandole quanto regolamento dell'accordo, pressoché completamente etero-determinato.

Tale 'compressione' della libertà contrattuale – cui fa da contraltare una rilevante 'espansione' del contenuto obbligatorio dell'accordo – rischia di ridurre la qualificazione a un esercizio classificatorio, con ricadute effettuali di scarso rilievo: nella disciplina di diritto comune della somministrazione si scorgono poche norme imperative (forse nessuna) e quelle dispositive finiscono per avere uno spazio di applicazione limitato da un regolamento contrattuale ipertrofico. Maggiore resilienza sembra dimostrare, almeno per ora, il sistema dei rimedi, ma anch'esso non è affatto immune dall'azione della regolazione [63].

---

61 Alla stessa conclusione, se ho ben compreso, perviene G. GITTI, *La «*tenuta*» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 491 ss., sebbene in ambito e sulla base di impostazione e argomenti diversi.

62 Ai nuovi connotati assunti dall'*autonomia* e dalle sue 'sfere' concentriche: *privata*, *negoziale* e *contrattuale*, nell'ambito della post-modernità e della globalizzazione dei fenomeni economici, G. ALPA dedica le *Conclusioni* del suo *Il contratto in generale, I, Fonti, teorie e metodi*, cit., p. 853 ss., spec. p. 855.

63 I rimedi costituiscono una prospettiva privilegiata dalla quale osservare l'attitudine degli atti delle autorità indipendenti a conformare contenuto e struttura del contratto e quindi, sullo sfondo, la relazione tra autonomia privata e regolazione. Il tema ha di recente suscitato l'attenzione di diversi autori: da ultimo, F. Venosta ha dedicato proprio al rapporto tra *Contratti regolati e rimedi civilistici* la sua densa e problematica relazione tenuta al convegno su *Contratti dell'energia e regolazione*; sull'argomento, di recente, v. C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *NGCC*, 2015, pp. 94 ss. e 129 ss., spec. p. 134 ss., ove ampi riferimenti; più in generale, v. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova, 2008.

Le considerazioni che precedono portano, infine, a interrogarsi sulla reale necessità di una siffatta 'conformazione contrattuale di dettaglio' al perseguimento degli obiettivi di regolazione settoriale specifica, fissati dall'ordinamento e, più in generale, degli scopi di ogni regolazione di mercato [64].

Pur con la consapevolezza dei paradigmi regolatori caratteristici dei servizi di interesse economico generale e, in particolare, dell'energia [65], e della tensione – presente nella legislazione comunitaria e domestica derivata – tra ruolo della concorrenza nell'indirizzo e controllo delle dinamiche dei mercati e necessità della persistenza di uno 'zoccolo' di regolazione [66], l'avanzata transizione verso un regime compiutamente concorrenziale del mercato dell'energia, effetto del radicale processo di privatizzazione e liberalizzazione iniziato oltre quindici anni orsono, induce l'aspettativa di un mutamento di densità e

---

Per un quadro delle recenti riflessioni in tema di nullità e sulle c.d. "nuove nullità", v. G. D'Amico-S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2013; S. Mazzamuto-A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2012; A. Bellavista-A. Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, in cui v., in particolare, A. Federico, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, p. 329 ss.; M. Mantovani, *Le nullità e in contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V: Roppo, vol. IV-1, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1 ss. Cospicue e perspicue anticipazioni già in G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. p. 119 ss.

Sulla relazione tra regolazione e autonomia privata, numerosi spunti originali sono rinvenibili nella relazione dedicata al *Diritto dei contratti regolati* che F. Festi ha tenuto al convegno su *Contratti dell'energia e regolazione*; v. poi, oltre ai saggi di D. Simeoli e G. Bellantuono richiamati alla nota 2 e alle opere richiamate alla nota 23, con specifico riferimento al settore dell'energia, M. Angelone, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione dell'energia elettrica*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 909 ss.; M. Grondona, *Poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneurica contrattuale in margine a una recente casistica*, in *Annuario del contr.*, 2012, p. 43 ss.; C. Solinas, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*; in *Contratto e impresa*, 2010, p. 1368 ss.; in generale, M. Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, ESI, Napoli, 2012. Il volume curato da G. Gitti, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti-La metamorfosi del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2006, coi contributi di G. Gitti-P. Spada-G. Berti-F. Merusi-P. Schlesinger-G. De Nova-M. Orlandi-G. Gitti-F. Addis-G. Napolitano-A. Zoppini-M. Notari-R. Pardolesi-F. Delfini-F. Macario-G. Amadio, ha sostanzialmente segnato l'esordio dell'attenzione per l'argomento da parte degli studiosi del diritto civile; prima di esso avevano avvertito il rilievo della problematica P. Schlesinger, *La pluralità delle fonti nella somministrazione dell'energia elettrica*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, p. 313 ss. e G. Cian, *Gli interventi dell'Autorità regolatoria sul contratto*, ivi, p. 321 ss., nonché E. del Prato, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 515 ss. Peraltro, i saggi di Giorgio De Nova e Mauro Orlandi, contenuti nel volume curato da Gregorio Gitti, erano stati anticipati nella *Rivista di diritto privato* del 2003, rispettivamente, a p. 5 ss., e a p. 271 ss. Di Mauro Orlandi v. pure *Appunti sull'eteronomia contrattuale*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1089 ss.

64 Sul mercato e la sua regolazione, v. l'ancora attualissima trattazione di M. Libertini, *Il mercato: modelli di organizzazione*, in AA. VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, p. 337 ss. In generale, sulla funzionalità tecnica delle regole del diritto privato e dei rimedi che assistono la loro violazione alla regolazione del mercato, v. M. Maugeri-A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2009.

65 Il riferimento specifico è ai 'considerando' delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, relative al mercato interno, rispettivamente, dell'energia elettrica e del gas naturale. Per un quadro d'insieme della regolazione dei servizi di interesse economico generale, v. E. Bruti Liberati-F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010.

66 In questi termini F. Cafaggi, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2008, p. 95 ss., spec. p. 108.

qualità dell'azione dell'AEEGSI, in ossequio ai 'principi-guida' di sussidiarietà e proporzionalità [67], e di un cambio di prospettiva dei controlli da *ex ante* a *ex post* con un riequilibrio del rapporto tra norme imperative e norme dispositive nella regolazione contrattuale, secondo un modello più prossimo a quello del diritto comune [68], tenuto conto anche del presidio a tutela degli utenti, costituito dal Codice del consumo.

In vero, tale aspettativa sembra tuttora lontana dall'essere soddisfatta.

La regolazione contrattuale appare ancor oggi assai connotata in senso 'gerarchico', esito di un potere pubblico esercitato in modo prevalentemente unilaterale e finalistico, più che non partecipato e condizionale, in cui è recessivo l'impiego di strumenti di co-regolazione e di delega regolativa ai soggetti del mercato [69]. Il risultato di un tale approccio continua a caratterizzarsi in ter-

---

67 Esplicitamente richiamati nei 'considerando' (62) e (60), rispettivamente, delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

68 F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, cit., p. 124 s. Sul rapporto tra diritto dei contratti e norme dispositive, v. A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1 ss., che sottolinea in esordio del saggio come «[a]*ll'infuori dell'area dei rapporti con i consumatori, il diritto europeo dei contratti appare orientato verso l'adozione di regole a carattere dispositivo*».

69 Di avviso diverso sembra essere G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 91 ss., il quale, muovendo dall'analisi del procedimento di formazione degli atti regolatori a contenuto normativo generale dell'AEEGSI e valorizzando i momenti di partecipazione a tale procedimento dei destinatari degli effetti di essi e delle loro rappresentanze, li considera «*atti amministrativi negoziati*» ai sensi dell'art. 11, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, espressione di un'autonomia collettiva «*di tipo corporativo*», traendo da ciò rilevanti conseguenze sul piano della disciplina e degli effetti giuridici. L'A., che ha il merito di aver sottolineato alla riflessione civilistica il rilievo dell'incidenza della regolazione sull'autonomia privata e sulla disciplina del contratto, ha ribadito tale qualificazione, sostanzialmente negli stessi termini, in vari altri scritti. Essa, tuttavia, appare arbitraria: i procedimenti di regolazione, per come disciplinati e concretamente agiti dall'Autorità, non possiedono nessuna delle caratteristiche delle procedure partecipative a contenuto negoziale e in essi non v'è traccia di alcuna negoziazione di scelte amministrative-regolatorie, configurandosi bensì come mera consultazione dei soggetti interessati, le cui «*osservazioni e proposte*» verranno considerate in sede di motivazione degli atti di regolazione; questi ultimi, specie se a contenuto normativo generale, non hanno alcun carattere consensuale: non si strutturano, cioè, come accordi, frutto dell'incontro delle volontà dell'Autorità e degli interessati, né assumono forma stipulativa; l'oggetto di essi non ha alcun tratto contrattuale: non vi sono implicati beni o servizi, né partite e contropartite dedotte in prestazioni reciproche; nulla in essi assume le sembianze di causa contrattuale; il dispiego dei loro effetti non ha nessuna connotazione consensualistica e non instaura un 'vincolo', un rapporto giuridico – tanto meno patrimoniale – tra parti e il regolamento in essi declinato non lo disciplina; l'attuazione del loro contenuto non si configura in alcun modo come esecuzione (di un 'programma' contrattuale); insomma, nulla in essi dà conto della volontà – rilevante sul piano negoziale – dell'Autorità di integrare o sostituire un proprio atto con un accordo con gli interessati della cui volontà – s'intende, del pari negozialmente rilevante – non v'è peraltro alcuna traccia nell'atto. In breve, manca negli atti di regolazione dell'Autorità dell'energia qualsiasi elemento che li possa ascrivere alla categoria degli accordi pubblici (su cui v., per tutti, E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, voce in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2001, p. 1 ss.) ed è francamente difficile immaginarne l'assoggettamento alla disciplina del diritto dei contratti che conseguirebbe dal comma 2 dell'art. 11 della legge n. 241. Essi, del resto, sono evidentemente di sorta del tutto diversa dalle tipologie di atti nelle quali si è specificata detta categoria: cioè, dagli accordi per la realizzazione di un'infrastruttura pubblica, o da una convenzione per la gestione di un servizio, o da una convenzione urbanistica, o da un contratto di programma di industrializzazione: in questi, la giuridica funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento del pubblico interesse rende prospettabile, in situazioni nelle quali l'amministrazione non dispone del pieno potere di imporre atti e comportamenti funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla sua protezione, la negozializzazione del suo esercizio; di contro, nulla degli atti di regolazione adottati dall'AEEGSI, tanto meno di quelli a contenuto normativo generale, fa dubitare della

mini di determinazione autoritativa delle condizioni di contratto e riesce difficile fugare ogni dubbio sulla persistenza in esso di una deriva dirigistica [70]. Il che è rischioso: se è vero che non v'è autonomia e, quindi, contratto né mercato senza regole giuridiche, è altrettanto vero che non vi può essere mercato senza contratto.

loro indole provvedimentale e dell'intrinseca imperatività dell'attività di cui sono il prodotto e ciò trova avallo in una ormai copiosa giurisprudenza amministrativa.

Sulla natura e la valenza della consultazione nel procedimento di regolazione, tra le molte pronunce, v. Cons. Stato, 1 ottobre 2014, n. 4874, 24 ottobre 2006, n. 7972, e 16 marzo 2006, n. 1409, nonché Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 25 agosto 2003, n. 1440; in dottrina, v. P. DURET, *Partecipazione procedimentale e processo*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Procedura, procedimento, processo: atti del convegno, Urbino, 14 e 15 giugno 2007*, Cedam, Milano, 2010, p. 213 ss.; in generale, sui presupposti del potere regolatorio e sulla natura degli atti delle Autorità indipendenti, v., tra le altre, Cons. Stato, 11 aprile 2006, n. 2007 e 20 aprile 2006, n. 2201; più specificamente, sulla natura degli atti di esercizio dei poteri normativi delle Autorità indipendenti, v. Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355.

70 È emblematica l'evocazione da parte di N. IRTI, nelle sue *Note introduttive* al convegno su *Contratti dell'energia e regolazione*, della figura del *contrat dirigé*, tratteggita da Louis Josserand nel saggio *Le contrat dirigé*, in *Dalloz – Recueil Hebdomandaire*, 1933, n. 32, *Chronique*, p. 89 ss. Questo A. sviluppa le proprie riflessioni sul tema dell'intervento dei poteri pubblici nei rapporti giuridici tra privati e, specificamente, nell'area del contratto, in altre due memorabili *Chroniques* di sconcertante modernità: *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, ivi, 1937, n. 1, p. 1 ss., e *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé)*, ivi, 1940, n. 2, p. 5 ss.

Attività ministeriale di regolazione e procedure di consultazione

di Nicola Dessì *

1) *D. Min. Economia e Finanze 17.10.2014, n. 176 (Disciplina del microcredito, in attuazione dell'articolo 111, comma 5, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385)*

IL MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

Visto il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, emanato con decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (di seguito: «t.u.b.») e, in particolare l'articolo 111, comma 5, in base al quale il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni attuative dello stesso articolo, disciplinando, tra l'altro,

a) requisiti concernenti i beneficiari e le forme tecniche dei finanziamenti;

b) limiti all'ammontare massimo dei singoli finanziamenti, al volume di attività e alle condizioni economiche applicate;

c) le caratteristiche dei soggetti che beneficiano della deroga prevista dal comma 4 dello stesso articolo;

d) le informazioni da fornire alla clientela;

Visto l'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400;

Sentita la Banca d'Italia;

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione Consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 28 agosto 2014;

Vista la comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, effettuata con nota prot. n. 600/UCL1334 del 29 settembre 2014;

Visto il nulla osta della Presidenza del Consiglio dei ministri, pervenuto con la nota prot. n. 9259 del 9 ottobre 2014

Emana il seguente regolamento (…)

2) *D. Min. Infrastrutture e Trasporti 4 dicembre 2014, n. 533 (Direttive e calendario per le limitazioni alla circolazione stradale fuori dai centri abitati per l'anno 2015)*

IL MINISTRO DELLE INFRASTRUTTURE

Visto l'art. 6, comma 1, del nuovo codice della strada, approvato con Decreto Legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni;

Viste le relative disposizioni attuative contenute nell'art. 7 del Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1992, n. 495, e successive modificazioni, che disciplina le limitazioni alla circolazione sulle strade fuori dai centri abitati in particolari giorni e per particolari veicoli;

Considerato che, al fine di garantire in via prioritaria migliori condizioni di sicurezza

* Dottorando di ricerca presso l'Università del Piemonte Orientale.

nella circolazione stradale, nei periodi di maggiore intensità della stessa, si rende necessario limitare la circolazione, fuori dai centri abitati, dei veicoli e dei complessi di veicoli per il trasporto di cose, aventi massa complessiva massima autorizzata superiore a 7,5 t;

Considerato che, per le stesse motivazioni, si rende necessario limitare la circolazione dei veicoli eccezionali e di quelli adibiti a trasporti eccezionali nonché dei veicoli che trasportano merci pericolose ai sensi dell'art. 168, commi 1 e 4, del nuovo codice della strada

Decreta (…)

3) D. Min. Sviluppo Economico 6 febbraio 2015 (Determinazione e modalità di allocazione della capacità di stoccaggio 2015-2016)

IL MINISTRO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

Visto il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, recante attuazione della direttiva 98/30/CE in materia di norme comuni per il mercato interno del gas naturale, come modificato dal decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93, e in particolare gli articoli 11, 12, 13 e 18 recanti disposizioni relative alle attività di stoccaggio di gas naturale e di fornitura ai clienti della modulazione dei consumi;

Visto il decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato in data 9 maggio 2001, relativo alla determinazione dei criteri che rendono tecnicamente ed economicamente realizzabili i servizi di stoccaggio minerario, strategico e di modulazione richiesti dall'utente ai titolari di concessioni di stoccaggio, delle modalità per comunicazione da parte dei titolari di concessioni di coltivazione delle relative esigenze di stoccaggio minerario, dei limiti e delle norme tecniche per il riconoscimento delle capacità di stoccaggio strategico e di modulazione, nonché adozione di direttive transitorie per assicurare il ciclo di riempimento degli stoccaggi nazionali, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 5 giugno 2001, n. 128;

Vista la direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE;

Visto il decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93, di seguito "decreto legislativo n. 93 del 2011" recante attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE, relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 148 del 28 giugno 2011;

Visto, in particolare, l'art. 27 del decreto legislativo n. 93 del 2011, recante disposizioni in materia di stoccaggio strategico e di modulazione;

Visto l'art. 14 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27, come modificato dall'art. 38, comma 2, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134, di seguito "art. 14 del decreto-legge n. 1 del 2012";

Visto l'art. 38, comma 3, del decreto-legge n. 83 del 2012, convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134;

Visto il regolamento (UE) n. 994/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas;

Visto il decreto del Ministro dello sviluppo economico 29 marzo 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 31 marzo 2012, n. 77, recante norme in materia di stoccaggio strategico ed in particolare l'art. 2 che stabilisce in 4,6 miliardi di metri cubi lo stoccaggio strategico per l'anno contrattuale 2012-2013, rendendo disponibile la capacità di 500 milioni di metri cubi di spazio e che tale capacità è interamente nella di-

sponibilità dell'impresa maggiore di stoccaggio del sistema nazionale del gas;

Visto il comunicato del Ministero dello sviluppo economico in data 26 gennaio 2015 che conferma in 4,62 miliardi di metri cubi standard il volume di stoccaggio strategico per l'anno contrattuale 2015/2016, come per il precedente anno contrattuale che lo ha stabilito con il comunicato del 29 gennaio 2014;

Considerato che, ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo n. 164/2000, sussiste l'obbligo di gestire in modo coordinato e integrato il complesso delle capacità di stoccaggio di working gas di cui le imprese di stoccaggio dispongono, al fine di garantire l'ottimizzazione delle capacità stesse;

Considerato che in applicazione delle disposizioni dell'art. 14 del decreto-legge n. 1 del 2012 la residua capacità non utilizzata per lo stoccaggio strategico può essere offerta alle imprese industriali per servizi integrati di rigassificazione e stoccaggio di gas naturale;

Considerato che, in caso di domanda del servizio integrato di rigassificazione e stoccaggio superiore all'offerta, è opportuno che tale servizio sia prioritariamente assegnato, ai fini della sicurezza degli approvvigionamenti, ai soggetti che contribuiscono alla diversificazione delle fonti di approvvigionamento di Gas naturale liquefatto – GNL;

Considerato che, secondo le disposizioni dell'art. 12, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il volume dello stoccaggio minerario richiesto a questo Ministero dai titolari delle concessioni minerarie per la produzione di gas naturale è stato di 200 milioni di metri cubi standard, considerando un PCS di 38,52 MJ/Sm³;

Considerato che la capacità di stoccaggio minerario sopra indicata che non risulti richiesta alle imprese nazionali di stoccaggio è da destinare ai servizi di modulazione;

Ritenuto necessario, al fine mantenere le attuali logiche di mercato previste per il settore dello stoccaggio del gas naturale, confermare le procedure di allocazione concorrenziali espresse nel decreto ministeriale del 19 febbraio 2014 in tema di stoccaggio di modulazione in applicazione dell'art. 14 del decreto-legge n. 1 del 2012 per l'allocazione delle capacità di stoccaggio per il periodo 1° aprile 2014-31 marzo 2015;

Ritenuto adeguato, per le esigenze di tutela dei clienti di cui all'art. 12, comma 7, lettera a) del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, allocare la maggior parte dello spazio di stoccaggio di modulazione secondo un prodotto stagionale con un profilo di erogazione studiato in funzione delle esigenze dei predetti clienti;

Ritenuto opportuno aumentare la gamma di prodotti offerti dal sistema di stoccaggio con servizi di durata pluriennale;

Ritenuto opportuno aggiungere la capacità non allocata per lo stoccaggio minerario al valore complessivo della capacità del prodotto di punta;

Decreta (…)

Sommario: Premessa. – 1. Partecipazione all'attività di regolazione. 1a. Quadro normativo e giurisprudenziale. 1b. L'asimmetria nella regolazione tra AAI e Ministeri. – 2. Legge sul procedimento, partecipazione e motivazione. – 3. Partecipazione: fondamenti teorici. 3a. Il "particolare" caso delle AAI. Partecipazione e legittimazione democratica. 3b. Partecipazione, obbligo di motivazione e principi fondamentali dell'amministrazione. – 4. Regolazione ministeriale e partecipazione: possibili conclusioni.

Premessa

I tre decreti citati sopra sono stati adottati da tre diversi ministeri, con riguardo a tre diversi settori: microcredito, circolazione stradale, stoccaggio del gas naturale. Un elemento li accomuna: in tutti e tre i casi, un Ministero ha provveduto a regolare un settore economico, senza dare conto di un'even-

tuale procedura di consultazione dei privati interessati, e senza fornire alcuna motivazione alla base della propria decisione [1].

L'ordinamento ha da tempo riconosciuto e valorizzato il ruolo della partecipazione dei privati, nel quadro dei procedimenti amministrativi connessi all'attività di regolazione svolta da alcune Autorità amministrative indipendenti. La giurisprudenza amministrativa ha avuto un ruolo decisivo nella progressiva estensione delle garanzie procedimentali.

L'attuale quadro normativo relativo ai settori dell'energia, dell'acqua, delle comunicazioni elettroniche e dei trasporti prevede peraltro un modello "dualistico", in cui sono attribuiti poteri di regolazione non solo alle AAI di settore, ma anche al ministero competente. Le decisioni del Consiglio di Stato, tuttavia, riguardano solo le Autorità. In ambito ministeriale, i meccanismi procedurali atti a consentire e a valorizzare la partecipazione dei privati non sono stati attivati, né – tanto meno, con la sola eccezione delle comunicazioni elettroniche – sono stati imposti come obbligatori.

Occorre quindi chiedersi se vi siano ragioni per ritenere che anche l'attività di regolazione svolta dai ministeri debba essere soggetta agli stessi obblighi che la giurisprudenza ha affermato con riguardo alle AAI. Se così fosse, anche gli atti di regolazione adottati dai ministeri dovrebbero essere motivati. In più, prima che sia concluso il relativo procedimento, dovrebbe essere attivata una procedura c.d. di *notice and comment* [2], consentendo ai privati coinvolti di presentare osservazioni a tutela dei propri interessi.

Un'analisi critica delle norme e della giurisprudenza, rilette alla luce della dottrina, consente di fornire una parziale risposta alle questioni in esame. Assume particolare rilevanza il rapporto fra le eccezioni previste dalla legge n. 241/1990, con riguardo agli atti normativi e di contenuto generale, e i princípi fondamentali dell'amministrazione enunciati dalla stessa legge, nonché dall'art. 97 Cost.

Incidentalmente, il tema offre lo spunto per formulare alcune – minimali – considerazioni generali sul rapporto tra partecipazione dei privati e decisioni pubbliche. Infatti, secondo la giurisprudenza, l'obbligo delle AAI di garantire la partecipazione trova giustificazione in virtù della particolare natura delle Autorità stesse, prive di una legittimazione democratica diretta.

1. Partecipazione all'attività di regolazione

1a. Quadro normativo e giurisprudenziale

In linea di principio, il capo III della legge n. 241/1990 impone all'amministrazione procedente di comunicare l'avvio del procedimento a tutti i soggetti

1 Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha disciplinato il settore del microcredito: tuttavia, non dichiara di avere consultato gli operatori del settore bancario e del credito, o le associazioni rappresentative dei risparmiatori. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha posto alcuni limiti alla circolazione stradale fuori dai centri abitati, senza dare atto di avere acquisito il parere delle associazioni rappresentative degli autotrasportatori, o di altre categorie imprenditoriali che operano nel settore dei trasporti. Il Ministero dello Sviluppo Economico ha dettato alcune norme in tema di stoccaggio del gas naturale: nondimeno, non risulta che siano stati ascoltati gli operatori e gli utenti del settore.

2 L'istituto è tipico dell'ordinamento degli Stati Uniti d'America, ove è stato introdotto dall'*Administrative Procedure Act* (APA) del 1946. Quando l'Autorità di regolazione (*Agency*) intende emanare un atto, ne rende noto in anticipo il contenuto, pubblicandolo (*notice*), e consente ai soggetti interessati di esprimere le proprie idee sulla proposta (*comment*) sotto forma di osservazioni.

interessati (art. 7) e conferisce la facoltà di intervenire nel procedimento a tutti i soggetti i cui interessi possano essere pregiudicati dal provvedimento (art. 9); in concreto, tutti questi soggetti possono prendere visione degli atti del procedimento, e presentare memorie scritte e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare (art. 10). Inoltre, tutti i provvedimenti devono essere motivati, sulla base delle risultanze dell'istruttoria (art. 3); ed è proprio nell'istruttoria che devono essere valutati gli atti presentati dai privati.

L'applicazione di queste disposizioni trova alcuni limiti, determinati dalla stessa legge n. 241/1990. L'art. 3, comma 2, sottrae all'obbligo della motivazione gli atti normativi e a carattere generale [3]. L'art. 13, comma 1, esclude dall'ambito del capo III l'attività diretta ad emanare "*atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione*".

Si badi che l'art. 13, comma 1, mantiene ferme "*le particolari norme che* (...) *regolano la formazione*" degli atti normativi e generali. Questa precisazione [4] induce a ritenere che l'art. 13 non vieti di prevedere un obbligo di partecipazione nei procedimenti regolatori, e che – semmai – operi un rinvio alle discipline di settore.

Nel nostro ordinamento, manca una normativa organica per le procedure preliminari all'attività di regolazione. Così, in sostanza, le "discipline di settore" non sono altro che le disposizioni legislative e regolamentari che vincolano alcune Autorità indipendenti al rispetto delle garanzie procedimentali [5].

---

3 Diversamente, l'art. 296 TFUE (*ex* art. 253 TCE) impone la motivazione di *tutti* gli atti giuridici della UE.

4 All'art. 3, comma 2, il legislatore ha omesso questa precisazione. L'obbligo di motivazione degli atti viene limitato senza che si operi alcun rinvio ad altre discipline.

5 La legge n. 481/1995 – che introduce nel nostro ordinamento le AAI, dettando per esse regole comuni – dispone che le Autorità sentano gli esercenti e i rappresentanti degli utenti, prima di emanare le direttive sulla produzione e sull'erogazione del servizio (art. 2, comma 12, lett. *h*); le Autorità, inoltre, devono definire procedure "*idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio* (…) *e la verbalizzazione*" (art. 2, comma 23, lett. *a*). Inoltre, ogni Autorità, secondo il suo regolamento, deve disporre audizioni periodiche dei rappresentanti dei consumatori, degli utenti e delle organizzazioni sindacali e ambientaliste; in più, deve svolgere rilevazioni periodiche sulla soddisfazione degli utenti (art. 2, comma 23).

Secondo il Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003, art. 11), ogni eventuale proposta di regolamento avanzata dall'Autorità, qualora abbia un "*impatto rilevante*" sul mercato di riferimento, deve essere notificata agli interessati, i quali hanno diritto di presentare osservazioni. I risultati della procedura, al netto delle informazioni considerate "riservate" dalla legge, sono pubblicati sul Bollettino dell'Autorità.

Analogamente, la legge sul risparmio (art. 23, comma 2, legge n. 262/2005) impone a Banca d'Italia, Consob e Ivass di consultare i rappresentanti degli operatori finanziari e dei consumatori, prima di definire il contenuto motivare gli atti regolamentari o a contenuto generale. Fanno eccezione gli atti di organizzazione interna. Anche il Codice delle assicurazioni private (art. 191, comma 4, d.lgs. n. 209/2005) prevede una "*procedura di consultazione aperta e trasparente*" per l'adozione dei regolamenti dell'Ivass, in modo da rendere conoscibili la normativa in preparazione e i commenti eventualmente ricevuti.

L'art. 8, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) richiede che l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture "*utilizza metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni da valutare motivatamente*".

In virtù dell'art. 5.1 della delibera n. 61/1997, l'Autorità garante per l'energia elettrica e il gas deve comunicare l'avvio della procedura di regolazione, fissando un termine entro il quale gli interessati possono presentare osservazioni e proposte. Successivamente, con la delibera GOP n. 46/2009, questo termine è stato fissato in un massimo di trenta giorni (art. 4.1); in base all'art. 3 della stessa delibera, il contraddittorio si svolge sulla base di un documento, redatto e diffuso dall'Autorità, in cui si riportano gli elementi essenziali del progetto di regolazione: la consultazione è esclusa se lo richiedono esigenze di straordinaria "urgenza, emergenza e segretezza" (art. 4.4).

Il quadro normativo che ne risulta è stato variamente interpretato dalla giurisprudenza [6].

In una decisione del 2002, il Consiglio di Stato ha negato che l'Autorità per l'energia elettrica e il gas fosse tenuta a garantire la partecipazione degli interessati, al momento di adottare un atto di portata generale. Nelle motivazioni, il collegio giudicante si è limitato a richiamare l'art. 13 e l'esclusione dell'obbligo di consultazione, senza alcun riferimento agli obblighi contenuti nella normativa di settore [7].

Negli anni successivi al 2002, non mancano decisioni dello stesso tenore; peraltro, si specifica che gli atti di regolazione sono sottratti all'obbligo di motivazione [8].

Tuttavia, con un'altra decisione del 2002, il Consiglio di Stato ha modificato la sua prospettiva. L'art. 13 della legge n. 241/1990 non prevede che l'Autorità regolatrice garantisca la partecipazione dei privati: ciò non toglie, però, che la debba garantire, perché, in ogni caso, lo prevede la normativa di settore [9]; ma, soprattutto, la normativa di settore va interpretata sulla base dei princípi generali che la stessa legge n. 241/1990 detta in tema di partecipazione [10].

A partire dal 2006, la giurisprudenza muta orientamento. Le Autorità sono tenute ad esercitare il proprio potere di regolazione motivando i propri atti, e consentendo la partecipazione dei privati al procedimento, indipendentemente dalla legislazione di settore [11]. Le Autorità sono "indipendenti" proprio in quan-

---

6 Sono particolarmente numerose le decisioni riguardanti i procedimenti presso l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nei quali la consultazione degli interessati è garantita solo da delibere dell'Autorità, e non anche dalla legge.

7 "*Sotto il profilo formale, non sussistono i dedotti profili di violazione della normativa sulla partecipazione, poiché l'Autorità ha seguito il procedimento previsto dalla normativa vigente, svolgendo le relative formalità istruttorie: non rileva la circostanza che l'appellante non abbia ricevuto l'avviso dell'avvio del procedimento, poiché per l'art. 13 della legge n. 241 del 1990 non si applicano le norme del capo III, nei confronti dell'attività* 'diretta alla emanazione di atti ... amministrativi generali'". Cons. Stato, VI, 16 febbraio 2002, n. 961.

8 "(...) *Vengono invocate disposizioni normative* (...) *non applicabili, in realtà, alla specifica potestà normativa attivata dall'Autorità* (garante per le comunicazioni). *Ciò vale, in primo luogo, per le disposizioni della Legge n. 241 del 1990, in tema di trasparenza, motivazione degli atti e partecipazione al procedimento* (...) *in quanto la loro applicazione è espressamente esclusa nei casi* (...) *di procedimenti volti all'adozione di atti aventi natura regolamentare*". TAR Lazio, Roma, II, 2 dicembre 2005, n. 12820.

Poche settimane più tardi, comunque, lo stesso collegio affermerà il contrario. "(...) *Indipendentemente dall'applicabilità delle specifiche disposizioni invocate da Parte ricorrente, è ben difficile sostenere che l'Autorità resistente possa svincolarsi dagli oneri di trasparenza dell'attività amministrativa e di partecipazione al procedimento amministrativo che pervadono in via generale l'intero Ordinamento giuridico italiano, e che devono, pertanto, trovare immediata applicazione all'Autorità indipendente in esame* (...)*, anche ove la propria attività conduca all'adozione di atti aventi natura generale o* regolamentare". TAR Lazio, Roma, II, 3 gennaio 2006 n. 10.

9 "(...) *L'art. 13 della legge n. 241/1990 esclude l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimenti quando l'attività procedimentale sia diretta all'emanazione di atti amministrativi generali, ma con ciò non si è voluto significare che l'Autorità non debba rispettare le forme della partecipazione procedimentale prevista dalla normativa di settore vigente*". Cons. Stato, VI, 9 luglio 2002, n. 5105.

10 "*Il complesso dei princípi ricavabili dalla legge n. 241/1990 in tema di partecipazione procedimentale, si pone come canone interpretativo della disciplina di settore, eventualmente imponendo di non fermarsi ad un'interpretazione letterale della* lex specialis*, ma di cercare, fra i significati e le interpretazioni possibili di un testo quello che è meglio in grado di soddisfare le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore*". Cons. Stato, VI, 9 luglio 2002, n. 5105. *Conformi*: Cons. Stato, VI, sentenza 2 marzo 2010 n. 1215, resistente l'Aeeg; TAR Lazio, Roma, III-*ter*, 11 luglio 2012, n. 6320, resistente l'Agcom.

11 "*Ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano* (…) *le gene-*

to svincolate dal potere politico, potere che – in una Repubblica democratica – appartiene al popolo: perciò, essendo prive di una legittimazione "dall'alto", esse non possono trarre legittimazione che "dal basso", cioè dai cittadini interessati che, di volta in volta, vengono consultati [12].

Infine, in alcune decisioni – relativamente recenti – si torna a sostenere l'esistenza di un nesso fra i princípi generali dell'amministrazione e la partecipazione ai procedimenti delle AAI. In questi casi, però, il nesso è stato riconosciuto in via generale: poco importa che le normative di settore riconoscano, o non riconoscano, le garanzie procedimentali [13].

---

rali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art. 3 e 13 l. n. 241/90)". Cons. Stato, VI, 16 marzo 2006, n. 1409. *Conforme*: Cons. Stato, VI, 11 aprile 2006, n. 2007.

Con la sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972 (c.d. sentenza "Dynameeting"), il Consiglio di Stato ha annullato una delibera dell'Aeeg, ritenendola viziata di insufficiente motivazione: l'Autorità aveva fornito una motivazione postuma al provvedimento di regolazione, integrando le motivazioni nel corso del giudizio di primo grado, in cui il provvedimento era stato impugnato. Così il collegio giudicante: "(...) *non essendo corretto ritenere* (…) *che la partecipazione degli interessati ha una mera funzione collaborativa e non impone all'Autorità alcun conseguente obbligo motivazionale,* (l'Autorità) *è tenuta ad indicare la finalità dell'intervento regolatorio e a motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate*; *pur non essendo necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione, l'Autorità deve però dare conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione*".

12 *"L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo (…). In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Del resto, non è pensabile che l'attività di* regulation *venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di* (...) *obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio* Cons. Stato, VI, 16 marzo 2006, n. 1409. *Conformi*: Cons. Stato, VI, 20 aprile 2006, n. 2201 e 2 maggio 2012, n. 2521, oltre alle già citate sentenze nn. 11 aprile 2006, n. 2007 e 27 dicembre 2006, n. 7972.

Ne consegue che le limitazioni delle garanzie partecipative, eventualmente stabilite dalla *lex specialis*, devono essere interpretate restrittivamente: "*è allora evidente che la previsione di cui al richiamato articolo 4.4 della delibera n. 46/2009* (...) *debba essere interpretata in modo del tutto restrittivo (ed intesa quale previsione eccezionale prima ancora che* lato sensu *derogatoria)* (...) *Ciò, al fine di evitare che la mera affermazione relativa all'esistenza di generiche ragioni di 'straordinaria urgenza' possa legittimare l'Autorità di settore a svincolare sé medesima dal necessario (e tendenzialmente indefettibile) presidio di legalità in senso procedimentale rappresentato dal previo esperimento della consultazione pubblica*". Ne consegue tra l'altro che non è ammesso "*lo svolgimento* ex post *di un giudizio controfattuale (o di prognosi postuma) circa gli esiti che la pur doverosa partecipazione – in concreto omessa – avrebbe prodotto laddove fosse stata correttamente ammessa*". Cons. Stato, VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

13 L'obbligo di consultazione previsto dalla normativa di settore non è che l'effetto "*della canonizzazione degli strumenti partecipativi introdotta con la legge 7 agosto 1990, n. 241*"; inoltre, "*il ricorso ad un tale* modus procedendi *costituisce per il soggetto pubblico non una facoltà ma un vero e proprio obbligo, ex art. 97 Cost., connaturale ad una nuova e diversa visione del rapporto tra pubblica amministrazione e amministrati, meno marcata dall'aspetto autoritativo del provvedere*". Anche il buon andamento della P.A. è favorito dalla partecipazione procedimentale: "*Sotto il profilo funzionale, gli strumenti partecipativi hanno rilevanti effetti, concorrendo il contraddittorio che essi si propongono di sortire a massimizzare l'acquisizione al procedimento di dati e di elementi utili ai fini dell'adozione della determinazione finale*". TAR Lazio, Roma, I, sentenza 3 novembre 2010, n. 33133, resistente l'Ivass. Sul rapporto fra partecipazione ed acquisizione di informazioni da parte dell'Autorità, si era già pronunciato il Consiglio di Stato nella sentenza n. 2007/2006: "*Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva*".

1b. L'asimmetria nella regolazione fra AAI e Ministeri

Si può individuare un punto di partenza. In virtù delle discipline di settore, rielaborate dalla giurisprudenza, le Autorità indipendenti devono motivare ogni atto di regolazione, nonché acquisire le osservazioni dei privati interessati prima di emanarlo.

È evidente che ciò non esaurisce il tema della partecipazione all'attività regolatoria.

In primo luogo, nonostante il ruolo rilevante attribuito alle Autorità, il principale attore della regolazione non può che essere il Governo, al quale la legge n. 400/1988 conferisce il potere di disciplinare tutte le materie che non sono oggetto di disposizioni di atti aventi valore di legge, e che non sono coperte da riserva di legge [14]. Tuttavia, le ipotesi in cui il Governo deve assicurare il contraddittorio prima di adottare un atto normativo sono estremamente limitate [15]. Attualmente, si possono menzionare soltanto l'attività di consultazione relativa all'analisi di impatto della regolazione – la cui disciplina non risulta ancora completamente attuata [16] – e il Tavolo permanente per la semplificazione [17]. In entrambi i casi, il diritto a partecipare al procedimento non è riconosciuto ai singoli destinatari dell'atto normativo, ma alle loro rappresentanze organizzate; il loro coinvolgimento sembra finalizzato non tanto a garantire la partecipazione degli interessati, quanto a promuovere la concertazione fra enti pubblici e associazioni di categoria [18].

Ciò premesso, il Governo è tuttora titolare di poteri di *rulemaking* in materie – più esattamente, in settori di mercato – che sono, contemporaneamente, ambito di competenza di alcune Autorità indipendenti, nel quadro di un regime "dualistico" della regolazione [19].

In Cons. Stato, III, 31 agosto 2012 n. 4661 – ha confermato la sentenza che aveva annullato, in primo grado, il Piano di numerazione automatica adottato dall'Agcom, per mancato rispetto del termine dilatorio necessario alla consultazione degli interessati. Il collegio giudicante sostiene che "*le garanzie procedimentali hanno una propria valenza, in quanto sono poste a tutela del corretto modus operandi della P.A.*".

14 Art. 17, comma 1, lett. *c)*, legge n. 400/1988.

15 Si rinvia a M.C. GRISOLIA, *Il ravvicinamento formale/procedurale delle fonti comunitarie e nazionali: la valorizzazione dei meccanismi di partecipazione/consultazione nell'attività normativa del Governo*, in *Osservatorio delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2007, n. 2, pp. 49-79.

16 Art. 14 legge n. 246/2005. L'analisi d'impatto della regolazione (AIR) consiste nella valutazione preventiva degli effetti degli interventi normativi. Vi sono sottoposti tutti gli schemi di atti normativi del Governo. Il comma 5 dell'art. 14 menziona, nel quadro della procedura di AIR, una "fase di consultazione"; la stessa disposizione rinvia ad un successivo d.P.C.M. per definire i criteri generali e le procedure della fase di consultazione. L'art. 5 del d.P.C.M. n. 170/2008 determina alcuni dei criteri generali, limitando la partecipazione alle "*categorie di soggetti pubblici e privati destinatari* (…) *dell'attività di regolazione*", ma rinvia la disciplina delle procedure ad un ulteriore d.P.C.M., il quale non è stato ancora adottato. A parere dell'OCSE, la normativa italiana sull'AIR è inefficace e non è idonea a stabilire linee guida vincolanti: *cfr*. *Better regulation in Europe*: *Italy 2012*, OECD Publishing 2012.

17 Il Tavolo permanente per la semplificazione è stato istituito dal d.P.C.M. 12 settembre 2006, ed è convocato dal Comitato interministeriale per la semplificazione. Il Comitato ha la funzione di predisporre gli obiettivi del Governo in tema di semplificazione e di qualità dell'attività di regolazione. Il Tavolo è composto da rappresentanti del Governo, degli enti locali, delle categorie produttive e delle associazioni di consumatori e utenti.

18 *V*. M.C. GRISOLIA, *Il ravvicinamento*, cit., p. 68, a proposito del Tavolo per la semplificazione.

19 Nonostante la legge n. 481/1995 preponga le AAI "*alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza*", successivi interventi del legislatore hanno attribuito parte di questi

Del resto, il mercato non è un ordine spontaneo [20], ma il frutto di un insieme di scelte – anche – di natura giuridica e politica; ne deriva l'esigenza di affiancare alla mera regolazione tecnica del mercato una regolazione di tipo politico. Quindi, non stupisce che l'Amministrazione intervenga in un settore economico, con lo scopo di redistribuire risorse, o di garantire il rispetto dei diritti civili o sociali.

È del tutto logico che un simile potere di intervento sia attribuito al Governo e non alle AAI, per due ragioni. Innanzitutto, l'indipendenza delle Autorità è finalizzata proprio all'assunzione di decisioni di carattere tecnico ed obiettivo, nel rispetto del principio di imparzialità. La seconda ragione è logica conseguenza della prima: qualora si attribuisse il potere di compiere valutazioni politiche ad un'Autorità di natura tecnica – e politicamente irresponsabile – la democrazia si trasformerebbe in tecnocrazia [21].

Sono meno logici, semmai, i criteri utilizzati dal legislatore per ripartire le competenze tra Ministeri e AAI: del resto, sorge un'incertezza a monte, al momento di determinare sul piano teorico i confini tra decisioni tecniche e decisioni politiche [22]. Inoltre, in ogni attività della P.A. è difficile distinguere in concreto tra la discrezionalità tecnica e quella amministrativa.

Proprio in questa zona grigia, costituita dai settori in cui Autorità e Governo concorrono all'attività di regolazione, emerge una vistosa asimmetria.

Infatti, dati due soggetti titolari di analoghi poteri, solo uno di essi – l'Autorità – è tenuto a motivare i propri atti e a garantire la partecipazione degli interessati al procedimento.

Per contro, manca una decisione della giurisprudenza che ponga gli stessi obblighi a carico dei Ministeri. Anzi, il Consiglio di Stato, nel 2006, ha riconosciuto la sussistenza di determinati oneri per le AAI, proprio in quanto queste sono "sganciate" dal circuito della rappresentanza democratica. Argomentando a contrario, si potrebbe persino giungere a conclusioni opposte per quanto concerne il Governo, che del circuito democratico fa parte, essendo direttamente responsabile nei confronti del Parlamento.

---

compiti anche ai Ministeri competenti. Manca uno studio che dia conto, nel dettaglio, degli interventi legislativi in questione. Con riguardo al settore dell'energia, si rinvia a E. Bruti Liberati, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 436-479.

20 Per F. Von Hayek (*La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, 1968, in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando, Roma, 1988, pp. 100-101) "*la struttura ordinata prodotta dal mercato è non un'organizzazione, ma un ordine spontaneo o* cosmos". In antitesi, N. Irti sostiene che "*il mercato, in quanto ordine degli scambi, ha bisogno di* norme ordinatrici; (…) *ogni mercato è quale viene disegnato dal suo proprio statuto giuridico* (…) *l'immagine einaudiana della legge, che "influisce sul mercato", non ritrae con precisione il nesso tra i due termini, i quali non sono separabili, quasi che il mercato possa stare senza la legge* (…) *Il mercato* è *la legge, che lo governa e costituisce*; *e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative*. *Cadono così i caratteri di* naturalità *ed* a-politicità *che si sogliono invocare a protezione di un dato mercato*": *v*. *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, pp. 11-12. In ogni caso, l'art. 41 Cost. conferisce al legislatore il potere di coordinare e di indirizzare l'iniziativa economica privata, la quale "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale".

21 Su quest'ultimo punto, *v*. anche M. Clarich, *Autorità indipendenti – Bilancio e prospettiva di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 33-34.

22 *V*. M. Clarich, *Autorità indipendenti – Bilancio e prospettiva di un modello*, cit., p. 34. L'autore sottolinea che talune decisioni possono richiedere un "*tasso elevato di tecnicismo*" e, al contempo, "*elementi di politicità ineliminabili*". Inoltre, afferma che "*talvolta si ha l'impressione che le competenze siano state ripartite a caso*" tra Autorità e Ministeri.

In realtà, si registra almeno un caso – assai significativo – in cui il legislatore ha provveduto a tutelare il diritto al contraddittorio anche davanti a un Ministero. Infatti, l'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche stabilisce inequivocabilmente che i privati interessati hanno il diritto di presentare osservazioni sia al Ministero, sia all'Autorità, a seconda dell'organo di volta in volta competente a procedere.

Anche per i Ministeri, dunque, vige almeno una "eccezione all'eccezione" rispetto alla legge n. 241/1990. Dopodiché, manca una fonte – legislativa o giurisprudenziale – che assicuri le garanzie procedimentali a prescindere dalla singola disposizione di legge speciale. Il risultato – quantomeno bizzarro – è che lo stesso Ministero dello Sviluppo Economico è titolare di un dovere al momento di regolare il settore delle comunicazioni, ma non lo è quando si tratta di disciplinare quello dell'energia elettrica e del gas.

Riassumendo: Governo e Autorità sono contemporaneamente titolari di poteri regolatori nella stessa materia; non è chiaro il metodo adottato per la distribuzione delle competenze tra i due organi; per giunta, solo uno di essi garantisce sempre il contraddittorio, ed è l'Autorità.

Se si vuole attribuire un valore positivo alla partecipazione amministrativa, e se questa è assicurata solo davanti alle Autorità, allora solo due sono le necessarie conseguenze: ampliare i poteri di regolazione delle Autorità; rafforzare le garanzie procedimentali nei confronti dei Ministeri [23]. Se non si vogliono conferire alle AAI poteri decisionali di carattere politico, non resta che intraprendere la seconda strada.

Sennonché, l'ipotesi di vincolare il Governo agli stessi doveri cui sono assoggettate le Autorità deve tenere conto della lettera degli artt. 3 e 13 della legge n. 241/1990.

A questo proposito, bisogna procedere ad una duplice verifica: da un lato, il rapporto tra il disposto della legge n. 241/1990 e le conclusioni tratte dalla giurisprudenza; dall'altro, la possibilità che queste conclusioni, valide per le Autorità, siano estese ai Ministeri.

2. Legge sul procedimento, partecipazione e motivazione

Come anticipato, l'art. 13 della legge n. 241/1990 mantiene "ferme" le norme di settore che, eventualmente, prevedono forme di partecipazione ai procedimenti di regolazione.

A monte dei lavori preparatori, il Governo aveva conferito ad una Commissione di studio l'incarico di redigere uno schema di disegno di legge, il quale, poi, è stato sottoposto al parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato; l'Adunanza generale ha giustificato la limitazione delle garanzie partecipative [24] con ragioni di ordine pratico: veniva riconosciuta la necessità di limitare

23 Lo sostiene E. Bruti Liberati, *Governo e Autorità per l'energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, in G. Napolitano-A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2013*, Il Mulino, Bologna, p. 48.

24 Ma questa limitazione incontrò sin dall'inizio le critiche di M. Nigro, che aveva presieduto la commissione di studio. "*Le ipotesi escluse dal precetto sono quelle in cui più tipicamente e decisivamente si manifesta l'attività di regolazione di interessi* (…) *la formazione di questi atti è così quella che più pressantemente richiede l'identificazione di tutti gli interessi coinvolti, la loro*

l'influenza di un alto numero di interessati in atti di "*vasta portata*", ma "*al di là delle garanzie predisposte dalle singole leggi di settore*".

In sé, nemmeno l'art. 3, comma 2, esclude che la *lex specialis* stabilisca l'obbligo della motivazione per gli atti generali e normativi: infatti, non mancano norme speciali in deroga [25]. Ciononostante, la mancanza di un espresso riferimento alle leggi di settore non consente un'interpretazione univoca della disposizione. La differente formulazione dell'art. 3, comma 2, rispetto all'art. 13 potrebbe essere indicativa di un differente contenuto: la legge n. 241/1990 potrebbe effettivamente escludere l'obbligo di motivazione per taluni atti. Ne deriverebbe un contrasto con le disposizioni di settore che, eventualmente, dovessero affermare il contrario.

In definitiva, l'art. 13 non osta all'estensione delle garanzie partecipative, a condizione che questa avvenga nell'ambito delle leggi speciali. Anche l'art. 3 può essere inteso in questo senso, seppure sia possibile attribuirvi un diverso significato. *Ergo*, la giurisprudenza, nell'affermare la necessità di tale estensione, non contrasta con le intenzioni del legislatore.

La vera difficoltà interpretativa sorge nel momento in cui il giudice amministrativo riconosce taluni obblighi in virtù di un principio generale: dunque, anche quando non sono previsti dalla normativa di settore.

3. Partecipazione: fondamenti teorici

A sostegno della partecipazione ai procedimenti delle AAI, la giurisprudenza ha fatto ricorso a due ordini di argomentazioni.

Da un lato, il rafforzamento del contraddittorio serve a compensare la mancanza di legittimazione democratica delle Autorità: esse, infatti, non sono elette dai cittadini, e sono per loro natura "indipendenti" dal Governo, il quale è responsabile di fronte al Parlamento.

Dall'altro, l'obbligo di consultazione dei cittadini – nonché l'obbligo di motivazione degli atti – è la conseguenza dei princípi generali dell'amministrazione, in base all'art. 97 della Costituzione e all'art. 1 della legge n. 241/1990.

A partire da queste premesse, è possibile formulare due ipotesi.

– I due ordini di argomentazione sviluppati dalla giurisprudenza sono in contraddizione fra loro. Non c'è alcun legame fra la partecipazione procedimentale e i princípi fondamentali dell'amministrazione. In linea di principio, le norme di riferimento restano gli artt. 3 e 13 della legge n. 241/1990, i quali non tutelano la partecipazione ai procedimenti di regolazione, sebbene non vietino

---

ponderazione e la loro comparazione. *Proprio in questi casi, quindi, l'istruttoria più completa – per partecipazione di soggetti, emersione di fatti e di interessi, incontro e scontro di soggetti pubblici e privati – sembra necessaria*. (…) *A mio giudizio, il precetto andrebbe soppresso o fortemente limitato*". Relazione introduttiva a *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione*, atti del convegno in Messina-Taormina 25/26-II-1988, Giuffrè, Milano, 1990, p. 24. *Ibidem*, è riportato per intero il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato sullo schema di d.d.l.; per le considerazioni in tema di limitazione alla partecipazione procedimentale: *v*. p. 202.

25 All'art. 13, comma 9, il Codice delle comunicazioni elettroniche dispone che "*Ogni atto di regolamentazione dell'Autorità deve*" recare un'analisi d'impatto ed *"*(…) *essere conseguentemente motivato*". Si noti: l'obbligo vale solo per gli atti dell'Autorità, e non (anche) per quelli del Ministero.

Un obbligo di motivazione è previsto anche dall'art. 23, comma 1, della legge sul risparmio, per gli atti regolamentari e a contenuto generale adottati da Banca d'Italia, Consob e Isvap.

che essa sia tutelata dalle normative di settore. Queste disposizioni conoscono un'eccezione con riguardo alle Autorità, ma soltanto in virtù delle particolari caratteristiche delle Autorità stesse, svincolate dal controllo democratico; di conseguenza, trovano piena applicazione per gli atti ministeriali di regolazione, salvo quanto disposto da eventuali leggi speciali.

– I due ordini di argomentazione possono logicamente coesistere. I princípi fondamentali dell'amministrazione richiedono che in tutti i procedimenti sia assicurato il contraddittorio e che tutti gli atti siano motivati. Se questo assunto vale per tutti i procedimenti, vale anche per tutti i procedimenti di regolazione: tanto per quelli davanti alle Autorità, quanto per quelli di pertinenza dei Ministeri. Non si nega che la carenza di democraticità delle AAI debba indurre a rafforzare le garanzie procedimentali: semplicemente, questo *deficit* non è né l'unica, né la principale ragione giustificativa del contraddittorio. Gli artt. 3 e 13 della legge n. 241/1990 devono essere interpretati alla luce di questi presupposti.

La prima delle due ipotesi poggia su due presupposti: il ruolo peculiare delle Autorità indipendenti nel sistema democratico; l'estraneità dei princípi fondamentali dell'amministrazione rispetto alla partecipazione procedimentale.

3a. Il "particolare" caso delle AAI. Partecipazione e legittimazione democratica

La dottrina, prima ancora della giurisprudenza, ha sempre sostenuto la necessità di rafforzare le garanzie procedimentali, in virtù della loro carenza di legittimazione democratica [26]. Tuttavia, sono necessarie alcune precisazioni.

È appena il caso di rilevare che le AAI, sebbene "indipendenti" dal Governo, non sono sottratte al principio di legalità: dunque, sono vincolate da disposizioni di legge, cioè dal volere del Parlamento eletto dai cittadini [27]. Ciò premesso, è inevitabile che l'indipendenza dal Governo porti con sé una carenza di legittimazione democratica. Nondimeno, suscita dubbi l'idoneità delle garanzie procedimentali a colmare tale carenza. È ragionevole ammettere che, poiché le AAI non rispondono alla generalità dei cittadini, queste debbano quantomeno rispondere ai cittadini e alle imprese coinvolti nell'adozione dei loro atti di regolazione. Ciò non implica automaticamente che la partecipazione [28] sia un possibile strumento per "rimediare" ad un *deficit* di democrazia [29].

---

26 *V*., *ex plurimis*, M. CLARICH, *Le garanzie del contraddittorio*, in *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 68.

27 Sulla distinzione fra indipendenza dal Governo e indipendenza dal potere politico, *cfr*. la sintetica esposizione di V. CERULLI IRELLI in *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, contenuto in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, Bologna, p. 161 ss.

28 Una teoria non diversa viene avanzata con riguardo alla motivazione degli atti. Poiché la motivazione di un atto consente al cittadino di conoscerne il contenuto, ed eventualmente di sindacarlo, A. ROMANO-TASSONE ritiene che la motivazione abbia una funzione "democratica", e che gli organi politici e amministrativi trovino la loro legittimazione proprio nel momento in cui motivano gli atti che adottano: *v. Sulla c.d. "funzione democratica" della motivazione*, in A. RUGGERI (a cura di), *Le motivazioni degli atti della Corte costituzionale*. *Atti del seminario di Messina 7/8 maggio 1993*, Giappichelli, Torino, p. 33 ss. Secondo ROMANO-TASSONE, la motivazione si rende necessaria proprio perché la legittimazione delle istituzioni democratiche sta venendo meno, in virtù di un mutamento del contesto politico-sociale.

A giudizio di S. BOCCALATTE, l'effettivo esercizio del potere politico avviene nel quadro dei

In questa sede, non saranno considerati i punti di forza o di debolezza degli istituti di democrazia partecipativa. Né si vuole negare l'intrinseca connessione fra questi e l'esercizio della sovranità popolare, affermata dall'art. 1 Cost. [30]; tanto più che la Costituzione stessa, all'art. 3, comma 2, garantisce l'effettiva "*partecipazione*" dei lavoratori alla "*vita politica*" del Paese, mettendo in relazione partecipazione ed effettiva uguaglianza dei cittadini [31].

Semplicemente, si vuole escludere che un istituto partecipativo possa essere intercambiabile con il circuito democratico della democrazia rappresentativa. Può aggiungersi ad essa, ma non sostituirla. Né può farlo la partecipazione procedimentale, neanche nel caso dei procedimenti davanti alle AAI [32].

La Costituzione italiana, al momento di stabilire le forme ed i limiti nell'esercizio della sovranità popolare, affida al Parlamento la rappresentanza dei cittadini, ad un Governo –responsabile di fronte al Parlamento – l'esercizio del potere esecutivo, ai partiti politici il compito di determinare la politica nazionale. Questo è l'ordinamento in cui viene accolta ed eseguita la volontà popolare, questi sono gli strumenti previsti a tal fine, e nessun altro strumento li può

---

meccanismi di concertazione fra istituzioni pubbliche: così, il vero potere sfugge alle scelte dei cittadini, in quanto consiste in entità e procedure esterne al circuito democratico; la motivazione delle decisioni pubbliche assume una ragion d'essere politica e non giuridica, dal momento che può essere utile a rafforzare il controllo popolare, o almeno a dare una parvenza in tal senso. *V. La motivazione delle leggi*: *profili teorici sulla sua (in)opportunità e sulla sua (in)utilità*, in *Quaderni regionali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2009, n. 2, p. 681 ss.

A sua volta, la dottrina nordamericana attribuisce una funzione democratica alla motivazione degli atti adottati dalle agenzie di regolazione. In questo caso, però, la motivazione compensa la non elettività dei funzionari solo in quanto consente l'intervento dei giudici, i quali sono visti come figure "*portatrici di una forte investitura comunitaria*": *v.* L. BARRA CARACCIOLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Quaderni del Consiglio di Stato, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 89-90.

29 Ad es., M. PASSARO ritiene che il procedimento operi come uno strumento di legittimazione democratica *alternativo* rispetto a quello politico-elettorale. *V. Le amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 245 ss.

30 In proposito, *v.*, *ex plurimis*, U. ALLEGRETTI, alla voce *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 295 ss.: la democrazia partecipativa definisce l'insieme dei procedimenti, non solo amministrativi, in cui "*intervengono sia direttamente i cittadini comuni che istanze istituzionali*, *con l'intento di pervenire al risultato unitario di una decisione pubblica*".

31 *Cfr.* sul tema V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione di concetto di partecipazione nell'art. 3 della Costituzione*, in AA.VV., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, ESI, Napoli, 1975.

32 *V.* sul punto: M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 427-434; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 80 ss.

M. MANETTI osserva che le regole procedimentali non potrebbero comunque "*mettere in discussione, se non parzialmente le competenze degli organi rappresentativi, ovvero il principio di derivazione e di riconduzione di tutti i poteri pubblici alle loro forme*": *v.* alla voce *Autorità indipendenti (Dir. cost.),* in *Enciclopedia giuridica* (agg.), Treccani, Roma, 1997. Per L. CARLASSARE, gli strumenti di partecipazione "*possono svolgere utilmente una funzione* ausiliaria *ma non* sostitutiva *del controllo politico*": *v. Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova, 1974, p. 155. L. BOBBIO scrive che "(…) *la politica non può essere sostituita dalla partecipazione* (…) *la soluzione non può essere quella di attribuire per legge un valore vincolante alle decisioni dei forum partecipativi. La loro forza deve risiedere nell'*influenza *che riescono a esercitare, non nei* poteri legali *che sono loro attribuiti* (…) *La democrazia partecipativa non è una replica – con altri protagonisti – della democrazia rappresentativa*. *È una cosa diversa*", *v. Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, Franco Angeli, Milano, 2006, n. 4, pp. 13 e 22-23. U. ALLEGRETTI ritiene che la democrazia partecipativa manifesti la sua novità rispetto alle altre forme di democrazia, compresa la democrazia rappresentativa, "*senza per questo che si debba pensare a una sostituzione* (…) *ma piuttosto a un complemento, a un'integrazione, a un arricchimento*": *v. Democrazia partecipativa*, *op. cit.*

sostituire, almeno finché non si procede a revisione costituzionale.

Ne consegue che le garanzie procedimentali, se pure ne attenuano gli effetti, non possono certo apporre un rimedio alla carenza di legittimazione delle AAI, la quale continua a sussistere, indifferentemente dalla partecipazione dei privati al procedimento [33].

In virtù di ciò, il cittadino può vantare un diritto al contraddittorio e all'obbligo di motivazione nei confronti delle AAI, ma solo fondandosi su altre, e diverse, ragioni giustificative.

Una di esse può risiedere nel legame fra garanzie procedimentali e princípi dell'amministrazione. Se questa connessione esistesse, allora i Ministeri non potrebbero che essere tenuti agli stessi obblighi delle Autorità: sicché, la particolare natura di queste ultime cesserebbe di essere decisiva, ai fini della necessità di riconoscere le garanzie procedimentali.

3b. Partecipazione, obbligo di motivazione e principi fondamentali dell'amministrazione

In via preliminare, l'esigenza di una trattazione rigorosa richiede di distinguere fra le nozioni di "partecipazione" e "contraddittorio". Più esattamente, il principio di partecipazione non coincide con il principio del "giusto procedimento" (*due process of law*), di cui la garanzia del contraddittorio è logica conseguenza. La legge n. 241/1990 delinea, al capo III, un procedimento fondato sul contraddittorio, ma lo fa sotto il *nomen iuris* della "partecipazione", evidentemente considerando quest'ultima come un *genus* più ampio, comprendente tutti gli istituti che prevedono la presenza di situazioni private nel procedimento [34].

Quello partecipativo è un principio generale, sancito dall'art. 3 comma 2 della Costituzione, che si estende all'intera vita "politica, economica e sociale" del Paese; il giusto procedimento riguarda i soli procedimenti che limitano la sfera giuridica dei cittadini [35]. Infatti, la partecipazione, in sé, prescinde dall'esistenza di un conflitto giuridico fra P.A. e cittadino; il giusto procedimento, al contrario, la presuppone [36]. Il giusto procedimento ha la funzione precipua di garantire il diritto del cittadino a difendersi di fronte all'autorità, nonché – eventualmente – ad incidere nella decisione finale; diversamente, la parteci-

---

33 Anche la dottrina nordamericana dubita che la partecipazione procedimentale possa sostituire il processo democratico: una simile tesi è definita come "*weak*", poiché la partecipazione non vale a mutare una situazione in cui "*agency officials are not responsible, at the polls, as are elected representatives*": così A.C. AMAN-W.T. MAYTON, *Administrative Law*, West Group, St. Paul, 2001, p. 41, nota 7).

34 *Cfr.* F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, ESI, Napoli, 1996, p. 187. *Ibidem*, p. 195, il contraddittorio è inteso come "*concreta specificazione della nozione generica di partecipazione*".

35 "*Quando le leggi conferiscono dei poteri all'autorità amministrativa agli effetti della limitazione dei diritti, le leggi stesse, di regola, stabiliscono che l'interessato sia messo in grado di esporre le proprie ragioni davanti alla stessa od altra autorità amministrativa, specialmente prima che gli sia inflitta una sanzione*". Corte Cost., 2 marzo 1962, n. 13. Ad ogni modo, la stessa sentenza non eleva il "giusto procedimento" a elevarsi a rango di principio costituzionale; in questo senso, *conformi*: Corte Cost., 20 marzo 1978, n. 23 e 25 ottobre 1985, n. 284; Cons. Stato, VI, 14 luglio 1981, n. 422.

36 Si rimanda alle considerazioni di G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione,* in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, pp. 800-802.

pazione assolve alla doppia finalità della garanzia e della collaborazione [37], dal momento che consente di fornire dati ed elementi utili alla prosecuzione del procedimento e, pertanto, all'adozione di un provvedimento che meglio soddisfi il pubblico interesse [38]. Con ciò non deve intendersi che il contraddittorio non consenta al cittadino di collaborare con l'amministrazione, tutt'altro: il contraddittorio è funzionale in questo senso, come lo sono tutte le forme di partecipazione amministrativa, proprio perché consiste nella presentazione di osservazioni [39]. Semplicemente, tali osservazioni servono in primo luogo al cittadino, perché questo possa prendere attivamente parte al procedimento e, così, difendere la propria posizione; è solo incidentalmente che l'amministrazione ne trae beneficio, grazie all'acquisizione di informazioni da parte dei privati coinvolti.

Queste premesse, oltre a definire un corretto quadro terminologico, dimostrano che la dottrina offre una solida base alle conclusioni cui giunge la giurisprudenza [40]: poiché la partecipazione e il contraddittorio hanno una funzione collaborativa, allora consentono di allargare la base conoscitiva dell'autorità amministrativa. Soprattutto, la dottrina estende queste conclusioni all'intera P.A., non solo all'attività di regolazione, e non solo alle AAI.

Infatti, rispetto ai privati, è l'intera amministrazione a soffrire di una strutturale "asimmetria informativa", i cui effetti sono ancora più evidenti nell'ambito dell'attività di regolazione. Chi opera professionalmente in un settore che deve essere regolato, non può che conoscerne le dinamiche meglio del regolatore: l'amministrazione procedente ha delle lacune; il contraddittorio è il mezzo per acquisire le conoscenze necessarie a colmarle [41].

La c.d. *capture theory* sostiene che, in virtù dell'asimmetria informativa, i regolatori rischino di subire l'influenza e la volontà dei regolati [42]. Secondo una

---

37 A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 966. Le diverse interpretazioni sulle conseguenze della partecipazione – generalmente intesa – nel rapporto fra cittadini e P.A. sono esposte da M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 371.

38 F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, cit., p. 185.

39 M. RAMAJOLI riconosce che il contraddittorio nel procedimento *antitrust* ha (anche) il ruolo di garanzia-collaborazione "*per tutti coloro che, diversi dai destinatari del provvedimento finale, hanno titolo a partecipare al procedimento*". *V*. *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, n. 3, pp. 667-668.

40 *V*. nota 12.

41 (Il contraddittorio assolve) "*allo scopo di colmare il gap e l'asimmetria informativa che caratterizzano il processo decisionale e di formazione del convincimento del decisore collettivo pubblico*". R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo, Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Laterza, Bari, 2002, p. 144.

42 Secondo quanto riporta – la *capture theory* è stata formulata per la prima volta da G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, RAND Corporation, 1971, p. 3 ss. La stessa teoria è stata descritta da A. OGUS; tuttavia, egli si chiede per quale ragione i regolatori dovrebbero necessariamente "soccombere" al volere dei regolati, i quali – peraltro – non hanno alcuna ragione per limitarsi a fare pressione sulle Autorità, potendo puntare ad influenzare direttamente il legislatore: *v*. *Regulation – Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 57-58. Comunque, sulla correlazione fra asimmetria informativa e "cattura" dei regolati, si rimanda a P. J. QUIRK, *Industry Influence in Federal Regulatory Agencies*, Princeton University Press, 1994, pp. 16-19. Si rinvia altresì a M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, quaderno Cesifin n. 44, Giappichelli, Torino, 2009.

diversa tesi [43], oltre all'asimmetria informativa fra regolatori e regolati, esiste un'asimmetria fra regolati: ad esempio fra chi è appena entrato nel mercato, e chi si trova in posizione dominante [44]; ne consegue che la regolazione è un "gioco multiplo", in cui regolatori e regolati si influenzano a vicenda: dunque, la differenza fra le condizioni dei regolati consente alle Autorità di massimizzare la propria conoscenza della situazione complessiva, nonché – particolare non secondario – il proprio potere nei confronti dei privati. In quest'ultimo schema, il contraddittorio diventa necessario allo stesso svolgimento dell'attività di regolazione, prima ancora che al suo buon andamento; le "regole" del mercato non possono essere predisposte, in modo predeterminato, dal regolatore, ma sono il risultato del contraddittorio, dello scambio di informazioni e dichiarazioni che avviene al suo interno [45].

In assenza di contraddittorio, non si possono definire le regole; in assenza di regole, non si può soddisfare l'interesse pubblico alla regolazione del mercato. In questo senso, il contraddittorio assicura il buon andamento dell'attività di regolazione. Ma poiché l'azione dell'amministrazione è sempre connotata dall'asimmetria informativa, anche quando non tende all'adozione di un provvedimento di regolazione, allora non è illogico individuare nel contraddittorio il luogo in cui si determina – o, quantomeno, si contribuisce a determinare – lo stesso significato di "interesse pubblico", in ogni singolo caso concreto [46].

Se a tutto ciò si aggiunge che l'intervento dei privati consente di ridurre il rischio che il provvedimento finale sia impugnato in sede giurisdizionale, nonché di restringere la libertà di azione delle *lobby* imponendo modalità trasparenti e uguali per tutti [47], deve necessariamente concludersi che la partecipa-

---

43 S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Merc. conc. reg.*, Il Mulino, Bologna, 2002, n. 2, pp. 265-275.

44 Sempre S. CASSESE rileva che persino fra i regolatori esiste un'asimmetria, alludendo al rapporto fra AAI italiane ed europee: *v*. *Dalle regole del gioco*, *op*. *cit*. A questo proposito, G. NAPOLITANO nota che la differenziazione fra i soggetti di regolazione rende più difficile la partecipazione dei privati; inoltre, alla diversità fra regolatori dovrebbe corrispondere una diversità dei modelli di partecipazione. Cfr. *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 122-126.

45 La dottrina ha particolarmente evidenziato questi aspetti con riguardo alle AAI. *V*. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, cit., pp. 39-40; *La trasformazione dei servizi pubblici*, in *Economia pubblica*, Milano, Franco Angeli, 1995, n. 5, p. 5 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, ne *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 200 e 213-219; *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 13-14 e 23. *V*. altresì F. MERUSI, alla voce *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 143 ss., scritta insieme a M. PASSARO. Nel corso dell'*Indagine conoscitiva della Camera dei Deputati sulle Autorità indipendenti*, svoltasi durante la XIII legislatura, E. CHELI qualificò le regole sancite dalle AAI come "normazione giudiziaria" adottata in contraddittorio.

46 L'interesse pubblico diventa "*un'ipotesi di lavoro iniziale di una ricerca che dovrà trovare* ex post *la sua qualificazione nell'istruttoria e nel procedimento*": G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, Giuffrè, Milano, 1987, n. 2, p. 3178. "*Ci si rende conto che la funzione del procedimento*" è anche e soprattutto quella "*della individuazione, caso per caso, del concreto interesse che, come sintesi, o compensazione, di diversi interessi* (…) *si ritiene debba trovare nell'azione del potere pubblico* (…) *lo strumento della sua realizzazione*": G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 313-314.

47 S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 40. Ciò è chiaro alla giurisprudenza e alla dottrina nordamericana. "*Charting changes in policy direction with the aid of those who will be affected by the shift in course helps dispel suspicions of agency predisposition, unfairness, arrogance, improper influence, and ulte-*

zione procedimentale ha un effetto positivo sul buon andamento dell'azione amministrativa [48].

Del resto, la Commissione europea è giunta ad analoghe conclusioni nelle sue Comunicazioni relative alla qualità della regolazione, a dimostrare che la consultazione pubblica è strutturalmente funzionale all'efficace svolgimento dell'attività amministrativa. Nel c.d. Libro bianco sulla *Governance* europea, si afferma che l'Unione deve porsi l'obiettivo di "reagire più rapidamente alle mutate condizioni del mercato" e, subito dopo, che "una tensione fra una decisione più rapida e una migliore consultazione – ancorché dispendiosa in termini di tempo – non è necessariamente un problema: un investimento in una buona consultazione potrebbe produrre una migliore legislazione, adottata più rapidamente, più semplice da applicare e da rinforzare". Lo stesso Libro bianco elenca sette fattori che possono consentire il miglioramento degli atti di regolazione: fra questi, compare la c.d. *co-regulation*, consistente nel combinare l'azione vincolante del legislatore e del regolatore con l'azione degli attori maggiormente coinvolti, profittando dell'esperienza pratica di questi ultimi [49]. Successivamente, il c.d. Rapporto Mandelkern – presentato al Consiglio europeo di Laeken nel 2001, e finalizzato a formulare proposte in tema di *better regulation* – ribadirà la posizione assunta nel Libro Bianco: ivi si legge testualmente che la consultazione può evitare l'insorgere di controversie tali da provocare ritardi nell'assunzione delle scelte politiche [50].

D'altro canto, questo beneficio deve essere valutato tenendo conto dei possibili costi che derivano dalla consultazione degli interessati. Il principale rischio è la c.d. "ossificazione" [51], in altre parole: la complicazione e il rallentamento del processo decisionale. Il rallentamento si deve al tempo impiegato per la stessa acquisizione materiale di tutti gli elementi utili; la complicazione, alla presenza delle formalità procedurali che sono necessarie in un procedimento fondato sul contraddittorio [52].

---

rior motivation. *Public participation in a legislative rule's formulation decreases the likelihood that opponents will attempt to sabotage the rule's implementation and enforcement*": U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, *Chamber of Commerce of U.S. v. O.S.H.A.*, 1980. La partecipazione dei privati "*in the rulemaking process is essential in order to permit administrative agencies to* (…) *afford adequate safeguards to private interests*": così il *Final report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, 1941, p. 103.

48 "*L'ampia partecipazione, il complesso intrecciarsi degli interessi e dei fatti, l'attività istruttoria che arricchiscono e vitalizzano il procedimento servono non solo a garantire la più scrupolosa imparzialità, ma a rendere possibile la scelta più adeguata*". M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo*, *op. cit*.

49 Da *European Governance: A White Paper*, comunicazione 2001/428/COM, in *Official Journal of the European Communities* 12 ottobre 2001, pp. 17-18.

50 "*Correctly done, consultation can avoid delays in policy development due to late-breaking controversy and need not unduly hinder progress*". In *Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*, 13 ottobre 2001, p. II.

51 In materia, si rimanda a M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, cit., pp. 210-213.

52 Negli Stati Uniti d'America, il legislatore lascia all'Autorità di regolazione diverse possibilità di scelta, in ordine al metodo utilizzato per consultare gli interessati; in compenso, l'Autorità è soggetta, *ex post*, ad un severo sindacato giurisdizionale (*hard look*) sul rispetto delle garanzie procedurali. Ne deriva che le Autorità tendono all'eccesso di zelo, giungendo persino ad acquisire informazioni inutili, con conseguenti effetti dannosi. Sul rapporto fra sindacato giurisdizionale e ossificazione, *cfr*. il dibattito fra M. SEIDENFELD, *Demystifying Deossification*, e T.O. MCGARITY, *The Courts and the Ossification of Rulemaking*, in *Texas Law Review*, University of Texas, Austin, 1997, n. 75, pp. 483-524 e 525-558. D'altronde, si tratta di un rischio non eliminabile: come scrive lo stesso M. SEIDENFELD, *op. cit*., p. 488, "*so long as the administrative state re-*

Si è dunque dimostrato che la funzione "collaborativa" della partecipazione agevola – con alcune controindicazioni – il buon andamento nell'operato dei pubblici uffici. Ora, si dimostrerà che la funzione "garantistica" della partecipazione può soddisfare l'esigenza di imparzialità dell'azione amministrativa, almeno in astratto, e tenendo conto di alcuni limiti.

In generale, il contraddittorio fra le parti di un procedimento o di un processo è espressione del principio di imparzialità e, perciò, del principio di uguaglianza. L'autorità procedente può giungere ad una decisione imparziale, solo se tutte le parti interessate hanno la possibilità di difendere la propria posizione [53].

Nel caso del procedimento amministrativo, il contraddittorio assume un ulteriore, e diverso, significato. La P.A., in quanto "imparziale", rappresenta tutti i cittadini, intesi sia nel loro insieme sia come singoli; quindi, la collettività e i singoli devono poter partecipare alla formazione delle sue decisioni [54]. Il Parlamento, ossia l'organo rappresentativo dei cittadini, vincola l'amministrazione soltanto nei limiti stabiliti con le leggi che, di volta in volta, le attribuiscono un potere. Oltre tali limiti, il contraddittorio è l'unico strumento che consente ai cittadini di influenzare i singoli atti, compresi quelli di contenuto generale.

Ciò comporta che l'autorità pubblica non è l'unico soggetto in grado di determinare il contenuto del provvedimento finale [55]. Se lo fosse, avrebbe una posizione di "monopolio" nel procedimento; il che non sarebbe giustificato, se non in un ordinamento in cui l'amministrazione è sovrana in nome di se stessa, e non in nome del popolo [56].

---

mains such a pervasive and coercive force in society, one should think very hard before eliminating legal doctrines that provide checks on the arbitrariness of agency action". Ad ogni buon conto, il giudice non può imporre il rispetto di ulteriori vincoli procedurali rispetto a quelli stabiliti dalla legge: così la Corte Suprema, nella decisione *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council.*

53 "*Il contraddittorio esprime la posizione di eguaglianza che è fatta alle parti nel processo in ordine alla possibilità astratta di elaborazione del contenuto della sentenza*"; inoltre "*è espressione di un principio giuridico generale di carattere costituzionale*" che "*si manifesta ogni qual volta la funzione svolta sia retta dalla ragione di imparzialità. Invero la imparzialità, se dal lato negativo indica il disinteresse di chi esercita la funzione, dal lato positivo significa uguale interesse di chi è chiamato ad essere destinatario del suo esercizio*". F. BENVENUTI, alla voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, n. 4, 1961, pp.738-739.

C. ESPOSITO vede nel contraddittorio uno strumento per *verificare* l'imparzialità dell'amministrazione. "*In ossequio al principio di imparzialità si dovrebbe stabilire in generale che l'attività dell'amministrazione deve svolgersi sempre in ideale contraddittorio con tutti gli interessati* (…) *Le mura degli uffici dovrebbero essere di vetro, mentre oggi, troppo spesso, sono del tutto simili a quelle degli uffici privati entro le quali si trattano in segreto questioni private*; *e le parole*" dovrebbero essere "*pronunciate e scritte in modo che ogni interessato (ogni cittadino) possa avere cognizione degli elementi influenti sulla decisione ed abbia modo di contrapporre in tempo utile argomento ad argomento*". *V. Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *Saggi sulla Costituzione*, Cedam, Padova, p. 257.

54 Si rinvia alla lucida esposizione di F. SATTA, alla voce *Imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, n. 15, 1989, pp. 5-6. Poiché la P.A. rappresenta solo l'interesse pubblico, essa non può sostituirsi al privato interessato, nel ricercare e far valere in prima persona gli elementi utili a rafforzarne la posizione del privato coinvolto: così G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 72-73.

55 "*Con l'introduzione del procedimento, il cittadino entra* (…) *in un rapporto attivo con l'amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di co-determinazione: esso quindi è parte attiva del rapporto giuridico pubblico e non più soltanto parte passiva*". F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana: linee positive e prospettive*, Cedam, Padova, 1996, pp. 233-234.

56 Esattamente in questi termini si esprime F. SATTA, *op. cit.*, pp. 5-6.

Sicché, in questo senso, il rispetto del principio di imparzialità – garantito per mezzo del contraddittorio – non è che l'effetto di un sistema giuridico fondato sulla sovranità popolare.

Alle somme, la dottrina riconosce il legame fra contraddittorio e imparzialità amministrativa.

Nondimeno, bisogna ribadire che le forme di partecipazione non possono sostituire le procedure della democrazia rappresentativa. Lo impone il principio di legalità, sia formale sia sostanziale, nonché lo stesso principio di imparzialità: talune decisioni devono essere assunte nell'interesse pubblico; come già anticipato, questo potere spetta solo all'amministrazione, e non ai privati, perché così dispone la Costituzione; del resto, non potrebbe spettare ai cittadini, dal momento che essi, per definizione, sono "parti" [57]. In aggiunta, lo si evince dalla prassi: non è infrequente che la possibilità di partecipare ai processi di decisione sia riservata solo ad alcuni privati, generalmente coloro che detengono una posizione di forza, con il risultato che la "imparzialità" dell'amministrazione non è garantita che in linea teorica [58].

Se il potere decisionale rimane esclusiva dell'amministrazione, e se la consultazione dei privati nel procedimento è fonte di effetti collaterali, resta comunque fermo che, laddove sia assicurata la partecipazione procedimentale, è maggiormente garantito il rispetto degli obiettivi e dei limiti che la Costituzione stabilisce in ordine all'azione dei pubblici uffici.

Il contraddittorio è conseguenza dei princípi generali dell'amministrazione. A sua volta, l'obbligo di motivazione è conseguenza dell'obbligo di garantire il contraddittorio: infatti, ha lo scopo di evitare che le osservazioni dei privati siano ignorate, limitandosi a una mera funzione collaborativa [59].

Al contempo, la motivazione assolve anche ad altre, essenziali, finalità.

Com'è noto, la motivazione dell'atto – intesa, in senso lato, come indicazione dei suoi presupposti di fatto e dei suoi fini, e non soltanto delle ragioni giuridiche che hanno portato ad adottare il dispositivo[60] – serve a facilitarne l'interpretazione, consentendone il controllo in sede giurisdizionale[61] e amministrativa.

---

57 Cfr. S. CASSESE: la P.A. "*deve rimanere libera di valutare in modo neutrale gli interessi in gioco in ogni decisione relativa alla collettività*". Da *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 2007, n. 1, p. 15. Il rischio è che "*interessi privati adeguatamente rappresentati* (…) *finiscano con l'essere pedissequamente trasfusi nei dispositivi provvedimentali e dunque elevati al grado di 'pubblici'. Il pericolo, insomma, è di assistere a degenerazioni particolaristiche che* (...) *possono determinarsi allorché* (…) *si dia eccessivo spazio a forme concertate di esercizio del potere*": così M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche*, cit., p. 374.

58 "*Solo alcuni privati possono partecipare ai processi di decisione* (…) *Per tale motivo, la democrazia procedurale* (…) *non può sostituire la democrazia rappresentativa, e neppure integrarla, considerata la sua limitata portata*": così S. CASSESE, *La partecipazione dei privati*, cit., p. 41. Sono "*soprattutto coloro che praticano una partecipazione di tipo 'professionale' a marchiare a fuoco il procedimento, imprimendovi in modo indelebile il segno del loro passaggio*": così R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 134.

59 Come ritiene il Consiglio di Stato nella sentenza "Dynameeting": *v.* nota 11). Cfr. M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 740: "*l'obbligo di motivazione* (…) *può risultare decisivo al fine di accrescere l'effettività delle istanze partecipative*".

60 Cfr. M.S. GIANNINI, alla voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1977, n. 17, pp. 257-262. *Contra*, R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 282, nota 3): "giustificazione" e "motivazione" sono definizioni che presentano ampie concordanze, tanto da poter essere usate come sinonimi.

61 Così, *ex plurimis*, Cons. Stato, IV, 4 aprile 1978, n. 260: "*Il controllo della sufficienza della motivazione degli atti amministrativi va svolto* (…) *verificando se e quando la motivazione,*

Pertanto, l'obbligo di motivazione non è che la manifestazione dei princípi di pubblicità e trasparenza, ispirati dal diritto europeo, e ricompresi, anche nell'ordinamento italiano, fra i princípi generali dell'amministrazione, secondo l'art. 1 della legge n. 241/1990 [62].

I princípi in questione, a loro volta, sono essenziali ai fini del controllo sul contenuto dell'atto. Di conseguenza, un atto adottato in condizioni di pubblicità e trasparenza non consente solo di tutelare i diritti e gli interessi dei cittadini *ex* art. 24 Cost., anche qualora questi scelgano di non partecipare al procedimento. Se l'atto è motivato, è possibile verificare in concreto che sia stato adottato nell'osservanza dei princípi generali dell'amministrazione [63].

Non da ultimo, nel momento in cui la motivazione consente il controllo dell'atto, il suo significato travalica le esigenze dell'agire amministrativo. La giurisprudenza nordamericana ritiene che l'azione delle agenzie di regolazione debba tendere ad una *reasoned decision* [64]; per dimostrarlo, è necessario che la decisione sia motivata: così, innanzitutto, la motivazione assicura che l'amministrazione scelga secondo canoni di ragionevolezza.

Se la presenza attiva dei cittadini interessati al procedimento corrisponde ai dettami del principio di sovranità popolare, allora non c'è ragione di escludere che ciò avvenga per l'adozione di atti generali o normativi. A meno che non si ammetta che l'attività di *rulemaking* possa essere compiuta da un'amministrazione autoritaria, la cui azione sia contraddistinta dall'unilateralità.

In più, dal momento che anche l'attività ministeriale di regolazione, specie con riguardo ai mercati, si svolge in condizione di asimmetria informativa, non c'è ragione per imporre il rispetto del contraddittorio alle sole AAI. A meno che non si ammetta che il Governo possa fare a meno di perseguire il principio del buon andamento e di attivarsi per acquisire informazioni utili dalle parti.

Infine, se la motivazione è funzionale alla verifica dell'attuazione dei princípi generali dell'amministrazione, allora gli atti di regolazione del Governo devono essere motivati. A meno che non si ammetta che le AAI debbano essere le uniche amministrazioni soggette al controllo giurisdizionale o amministrativo.

---

nella concretezza delle circostanze, sia idonea a fare comprendere le ragioni che hanno condotto alla emanazione del procedimento". Cfr. G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Giappichelli, Torino, 190, pp. 70-79.

62 "*La pubblicità dell'azione amministrativa ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241* (…)*, il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)* (…) *Infine, la pubblicità del procedimento amministrativo è un principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei; principio stabilito, tra l'altro, dall'art. 253 del Trattato istitutivo delle Comunità europee, che impone l'obbligo di motivazione degli atti comunitari*". Corte Cost., 17 marzo 2006, n. 104.

63 "*L'esistenza di una preventiva fase valutativa si presenta essenziale anche per assicurare* (…) *il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che* (…) *consenta comunque un controllo giurisdizionale. Ciò anche al fine di garantire – attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico – scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa*". Corte Cost., 23 marzo 2007, n. 103. E. CANNADA BARTOLI ravvisa un legame fra motivazione dell'atto e buon andamento della P.A.: *v. In tema di motivazione di atti a contenuto generale*, in *Foro amm.*, Giuffrè, Milano, 1994, n. 1, pp. 1090-1091.

64 "*Reasoned decision promotes results in the public interest by requiring the agency to focus on the values served by its decision*": U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, *Greater Boston Television Corp v. F.C.C.*, 1970.

Parte della dottrina obietta che, nel caso degli atti generali e normativi, la funzione di garanzia del contraddittorio – così come quella della motivazione obbligatoria – si affievolisce [65]. Questa tesi muove da un assunto in tema di sindacato giurisdizionale degli atti a contenuto generale ed astratto: essi non sono lesivi di una situazione soggettiva in particolare; dunque, possono essere impugnati solo unitamente ai successivi, eventuali, atti applicativi [66]. Sostanzialmente, la premessa è pacifica; è importante notare che è valida esclusivamente per gli atti generali a contenuto astratto [67], e sempreché non ledano direttamente una situazione protetta. Tuttavia, la conclusione che se ne trae non è del tutto convincente. Infatti, l'inidoneità degli atti generali ed astratti a ledere una situazione soggettiva influisce soltanto sull'interesse a ricorrere contro di essi in sede giurisdizionale. Ma la necessità di garantire il privato nel corso del procedimento non si limita alla tutela giurisdizionale della sua posizione: come si è visto, un ordinamento democratico esige che il cittadino possa influenzare la decisione finale dell'amministrazione, pur non determinandola; in aggiunta, si ribadisce che la funzione della partecipazione e dell'obbligo di motivazione non si limita a garantire la posizione soggettiva del privato.

4. Regolazione ministeriale e partecipazione: possibili conclusioni

I princípi di imparzialità e buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., nonché i princípi di pubblicità e trasparenza, richiedono il contraddittorio nei procedimenti amministrativi e l'obbligo della motivazione degli atti [68]. Secondo la Co-

---

65 "(…) *L'ambito di operatività delle dispense stabilite dagli articoli 3 e 13 è il medesimo* (…) *La* ratio *sottostante, d'altronde, è la medesima. Si tratta di assicurare che agli interessati sia consentito influire sul procedimento dal quale derivino decisioni idonee ad arrecare pregiudizio alle situazioni protette che essi vantino in ordine ai vari beni della vita, cioè alle decisioni individuali* (…) *Posto che sia corretto concepire in modo univoco la motivazione come strumento di garanzia delle situazioni soggettive* (…) *ciò conduce logicamente a ritenerla non indispensabile allorché le decisioni adottate non abbiano attitudine a ledere specifiche situazioni soggettive* (…) *Di conseguenza* (…) *se è principio generale che il destinatario di una decisione abbia la possibilità di intervenire nel procedimento di formazione della decisione, il carattere cogente del principio si attenua man mano che la decisione perde valenza individuale*". G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., pp. 275-276.

66 *V.* G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000, p. 290. E. CANNADA BARTOLI teme che la peculiarità degli atti normativi e generali possa comportare, se non una violazione dell'art. 113 Cost., almeno uno svuotamento del sindacato sull'atto, permettendo che "*criteri o requisiti sostanziali dell'agire amministrativo legittimo non valgano per alcuni atti amministrativi*"; per questo, suggerisce di distinguere fra la motivazione del provvedere e quella riferita alla forma dell'atto, affermando che solo la seconda possa essere facoltativa: *v. In tema di motivazione di atti a contenuto generale*, cit., pp. 1090-1091.

67 "*Gli atti amministrativi generali, laddove non contengano delle disposizioni astratte, sono sempre idonei a ledere immediatamente le situazioni giuridiche soggettive dei destinatari, a prescindere da un eventuale atto applicativo*". M.C. ROMANO, alla voce *Atti amministrativi generali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, n. 1, p. 495. Per disposizioni "astratte" si intendono quelle "*volte ad indirizzare la futura azione dell'amministrazione*". "(…) *L'impugnabilità degli atti generali è ammissibile ogni qual volta essi consentano l'immediata individuazione dei soggetti interessati*: *il che si verifica tutte le volte che l'atto generale è, in realtà, la somma di tanti atti concreti e cioè a destinatario direttamente, personalmente e attualmente individuabile*": F. BENVENUTI, *L'impugnazione dei regolamenti*, in *Foro amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1982, n. 1, p. 538.

68 Va aggiunto che la legge sul risparmio, all'art. 23, comma 2, mette espressamente in relazione la consultazione degli interessati con il principio di proporzionalità, affermato dalla giuri-

stituzione, questi princípi devono caratterizzare tutti i procedimenti amministrativi. Ne deriva l'irragionevolezza di una disposizione che non preveda il contraddittorio nell'adozione di atti normativi e generali.

Tanto più che gli atti di regolazione si riferiscono a situazioni particolarmente complesse, coinvolgendo un elevato numero di interessi. Del resto, nel corso degli anni, l'operato dell'amministrazione è stato caratterizzato dal potere di costituire rapporti giuridici, più che dalla mera attività di esecuzione [69].

È sulla base di queste premesse che bisogna interpretare gli artt. 3 e 13.

Se il contraddittorio e la motivazione obbligatoria sono la conseguenza di princípi generali, enunciati da norme di rango costituzionale e dal diritto europeo, allora la legge dello Stato non può che prevedere espressamente queste garanzie.

Di converso, la legge n. 241/1990 si limita a non escluderlo.

Pertanto, bisogna verificare l'eventuale sussistenza di un'antinomia fra gli artt. 3 e 13 e il dettato costituzionale.

L'art. 13, che rinvia alle leggi speciali, può essere interpretato in senso conforme a Costituzione. La partecipazione procedimentale deve essere assicurata dalla legge: da qualsiasi legge, non necessariamente dalla legge sul procedimento amministrativo. A condizione, ovviamente, che sia assicurata da disposizioni di legge in tutti i settori soggetti alla regolazione amministrativa. Si ribadisce che non è più sufficiente "non escludere" la partecipazione: occorre che il legislatore disponga chiaramente in tal senso. La partecipazione non è un principio astratto: è, innanzitutto, un insieme di procedure, volte a renderla effettiva; è inevitabile che queste procedure siano determinate dalla legge.

Sul piano della politica legislativa, è lecito domandarsi se sia più opportuno garantire la partecipazione approvando una miriade di leggi speciali, o limitarsi ad adeguare la disciplina generale della legge n. 241/1990. D'altra parte, ogni singolo settore interessato dalla regolazione presenta delle specificità; tenuto conto di ciò, non è irragionevole adottare modelli partecipativi diversi, in luogo di una procedura rigidamente stabilita per ogni situazione.

Viceversa, è più difficile giungere alla stessa conclusione per l'art. 3, comma 2.

In precedenza, si è fatto riferimento all'ambiguità della disposizione, nel suo tenore letterale. Qualora vi si leggesse, *tout court*, un'esclusione dell'obbligo di motivazione, ne risulterebbe una contraddizione con i princípi generali che impongono quest'obbligo. Vero che, in linea di principio, il divieto posto dalla legge n. 241/1990 potrebbe essere svuotato, adottando una normativa di settore in senso contrario, tale da prevalere sulla legge generale, in virtù del criterio di specialità. Nondimeno, resterebbe una falla nel sistema, rappresentata da una disposizione di legge il cui contenuto è chiaramente in contraddizione con i fondamenti costituzionali dell'agire amministrativo.

Se ne deve logicamente concludere che l'art. 3, comma 2, può essere conforme a Costituzione solo se vi si attribuisce lo stesso significato dell'art. 13: la legge n. 241/1990 non può disporre in modo da escludere l'obbligo di motiva-

---

sprudenza europea e, dunque, compreso fra i princípi dell'ordinamento comunitario: le Autorità che regolano i mercati finanziari e assicurativi "*tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio dei destinatari*", e *"a tal fine*" attivano procedure di partecipazione.

69 *V*. citazione di M. NIGRO in nota 23. *Ibidem*, a p. 14: "*L'amministrazione* (…) *è diventata sempre più* (…) *una pluralità di centri di regolazione d'interessi o, se si vuole, di determinazione di assetti d'interesse*".

zione per gli atti generali e normativi; può soltanto rinviare alle leggi speciali ogni disciplina in materia.

Per questi motivi, è da ritenersi che la legge sul procedimento amministrativo non possa essere invocata allo scopo di sottrarre gli atti ministeriali di regolazione alle garanzie del contraddittorio e all'obbligo della motivazione.

Liberalizzazioni, regolazione e ora anche ‘ri-regolazione’

di Camilla Buzzacchi *

Corte costituzionale sentenza 15 maggio 2014, n. 125

*La giurisprudenza costituzionale è costante nell’affermare che la nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera e), dell’art. 117 Cost. riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche (*ex multis*, sentenze n. 270 e n. 45 del 2010, n. 160 del 2009, n. 430 e n. 401 del 2007).*
In questa seconda accezione, attraverso la «tutela della concorrenza», vengono perseguite finalità di ampliamento dell’area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi (sentenza n. 401 del 2007).
Come questa Corte ha più volte osservato, «si tratta dell’aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che costituisce una delle leve della politica economica statale e, pertanto, non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» (sentenze n. 299 del 2012, n. 80 del 2006, n. 242 e n. 175 del 2005, n. 272 e n. 14 del 2004). In particolare, con riferimento alle misure di liberalizzazione, questa Corte ha avuto modo di affermare che «la liberalizzazione da intendersi come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di “ri-regolazione” tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D’altra parte, l’efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l’agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009) – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L’eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle

* Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Milano Bicocca (*camilla.buzzacchi@unimib.it*).

competenze del legislatore statale» (sentenze n. 299 e n. 200 del 2012).
Infine, si deve precisare che la materia «tutela della concorrenza», dato il suo carattere «finalistico», non è una «materia di estensione certa» o delimitata, ma è configurabile come «trasversale», corrispondente ai mercati di riferimento delle attività economiche incise dall'intervento e in grado di influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle Regioni (sentenze n. 80 del 2006, n. 175 del 2005, n. 272 e n. 14 del 2004).

Corte costituzionale sentenza 18 giugno 2014, n. 178

Questa Corte, in più occasioni, ha ricondotto le misure legislative di liberalizzazione di attività economiche alla materia «tutela della concorrenza» che l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. In particolare si è detto che: «la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di "ri-regolazione" tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009) – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale» (sentenza n. 200 del 2012).

Sommario: 1. Regolazione, concorrenza e liberalizzazioni: nodi sempre attuali per il giudice delle leggi. – 2. La regolazione del commercio nella sent. n. 125/2014. – 3. La regolazione delle professioni nella sent. n. 178/2014. – 4. La giurisprudenza costituzionale in tema di liberalizzazioni/regolazione: la qualificazione della materia. – 5. La giurisprudenza costituzionale in tema di liberalizzazioni/regolazione: la qualificazione delle competenze. – 6. La razionalizzazione della regolazione. – 7. La regolazione tra Stato e autonomie. – Conclusioni.

1. Regolazione, concorrenza e liberalizzazioni: nodi sempre attuali per il giudice delle leggi

Un paio di decisioni della Corte costituzionale dello scorso anno – le sentenze 15 maggio 2014, n. 125 in materia di commercio e 18 giugno 2014, n. 178 in tema di professioni – pongono all'attenzione una tematica che a dieci anni esatti dalla sentenza 13 gennaio 2004, n. 14 [1] il giudice delle leggi si è ri-

1 La portata di questa decisione è stata veramente decisiva per definire sul piano dei principi costituzionali il sistema di rapporti economici su cui si fonda l'ordinamento italiano: quello dell'economia di mercato. Ciò è confermato dalla molteplicità di commenti che l'hanno accompagnata e che qui si richiamano: M. Barbero, *Materie trasversali e federalismo fiscale: il caso della tutela della concorrenza, brevi considerazioni critiche a margine di Corte cost. 14/2204*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2004; C. Buzzacchi, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 1/2004; R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione,*

petutamente trovato ad affrontare ed a risolvere: quella della partecipazione delle autonomie regionali a funzioni di regolazione in ambito di regime concorrenziale delle attività economiche.

In entrambi i casi, che scaturiscono da impugnazioni di normative regionali concernenti settori economici del tutto differenti, la Corte costituzionale individua una risposta che fa riferimento ad un modello dei rapporti tra Stato ed autonomie che merita un'apposita riflessione: tale modello parte dalla materia della tutela della concorrenza, passando attraverso le politiche di liberalizzazione e focalizzandosi sullo strumento della regolazione, che è appunto quello conteso tra livello centrale e livello dotato di autonomia. L'ambito nel quale si muove il giudice costituzionale appare pertanto particolarmente delicato e complesso, perché opera su due versanti sui quali da anni egli sta fornendo soluzioni interpretative, che a quanto pare continuano a sollevare interrogativi rilevanti, ai quali la giurisprudenza costituzionale riesce a fornire risposte ampiamente, ma non totalmente, uniformi: il versante della ripartizione delle competenze da un lato; e quello del rapporto tra liberalizzazione/concorrenza e regolazione dall'altro. I suddetti versanti continuano a riproporsi al giudizio della Corte costituzionale, che da alcuni anni ha reso più contorta la propria interpretazione integrandola con la categoria della 'ri-regolazione', che da un lato va compresa nei suoi tratti distintivi rispetto alla regolazione; e dall'altro va valutata per accertarne la sua possibile estensione all'ambito di spettanza della potestà legislativa regionale.

Sul piano metodologico il presente contributo parte anzitutto dalla ricostruzione delle controversie che hanno dato luogo alle decisioni del giudice costituzionale; analizza poi il quadro che tale giudice considera legittimo per l'esercizio delle competenze contese, in particolare alla luce dell'inquadramento della materia della tutela della concorrenza come effetto della libertà costituzionale di iniziativa economica; e riflette sulla compatibilità della soluzione individuata dal giudice rispetto al quadro dei principi e delle regole costituzionali, nonché sulla funzionalità della stessa con riguardo ai rapporti economici tipici di un'economia di mercato; dedicando poi una particolare attenzione alla categoria della 'ri-regolazione', e valutando se la medesima appare portatrice di una valenza innovativa.

Come si intuisce, le decisioni permettono infatti di spaziare su un ambito piuttosto vasto e composito, che va oltre il problema dell'intervento regolatorio delle Regioni in tema di commercio e in tema di professioni. Le pronunce si collocano in un ambito rispetto al quale, almeno dal 2004 con riferimento alla

---

in *Regioni*, 4/2004; L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 5/2004; G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale* sub specie *di tutela della concorrenza?*, e A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1/2004; F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in *Le Regioni*, 4/2004; F. SACCO, *Competenze statali trasversali e potestà legislativa regionale: un tentativo di razionalizzazione (a proposito della «tutela della concorrenza») della Corte costituzionale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2004; V. TALIENTI, *Nota sulle politiche statali di sostegno del mercato alla luce del diritto comunitario e delle competenze legislative regionali nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione, con particolare riferimento alla «tutela della concorrenza»*, in *Giur. it.*, 2/2004; P. GIARDA, *Concorrenza, competenze regionali e politica economica nella sentenza n. 14/2004 della Corte costituzionale*, in *Riv. it. economisti*, 1/2005.

Il n. 4-5/2008 della Rivista *Regioni* è stato interamente dedicato a questa e all'altra sentenza di cui è stato redattore il giudice Carlo Mezzanotte, Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303: si richiamano i contributi di V. ONIDA-A. ANZON-R. BIFULCO-R. BIN-P. CARETTI-A. D'ATENA-G. FALCON-S. MANGIAMELI-E. ROSSI-I. RUGGIU-R. TOSI-L. VANDELLI.

giurisprudenza post-revisione costituzionale, la Corte ha avuto modo di fornire una complessa interpretazione del principio della concorrenza, che ormai discende da una duplicità di previsioni – l'art. 41 e l'art. 117, comma 2, lett. e) – e che in più si intreccia con alcuni concetti limitrofi: quello delle liberalizzazioni e quello della regolazione. Per effetto di tali circostanze le decisioni qui scelte perdono il connotato collegato alla questione specifica da cui sono scaturite e consentono una riflessione più ampia e generale, che appunto ruota intorno alla terna concorrenza/liberalizzazione/regolazione, passando attraverso la questione non semplice della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni.

Come si è accennato, va evidenziato che le due pronunce riguardano aree di produzione della ricchezza del tutto differenti: la prima, la sent. n. 125/2014, riguarda l'ambito del commercio, che negli ultimi anni è stato contraddistinto da una molteplicità di decisioni; la seconda, la sent. n. 178 del medesimo anno, si occupa invece della materia delle professioni, che anch'essa continua ad essere oggetto di un contenzioso tra Stato e Regioni rispetto al quale la Corte ha già provveduto a fornire una significativa cornice di riferimento. È pertanto piuttosto singolare che per due settori economici così eterogenei – in un caso le attività da regolamentare attengono lo scambio dei beni, nell'altro lo scambio di servizi – la risposta della giurisprudenza costituzionale rispetto ad una sovrapposizione di regolazioni sia così omogenea: ma la singolarità in fondo non è poi tale se si considera che i parametri a cui i giudici costituzionali si richiamano sono da un lato quelli del diritto europeo, la cui impostazione in tema di concorrenza è in larga misura unitaria, a prescindere dagli specifici mercati; e dall'altro i principi generali del quadro costituzionale, che sembrano condurre ad una visione unificata della questione.

Rispetto ad entrambe le prospettive pare di potere introdurre già alcune osservazioni, che poi nel corso delle riflessioni verranno meglio sviluppate.

In merito alla matrice sovranazionale del diritto pro-concorrenziale, ci si può interrogare se essa debba necessariamente condurre ad una sistemazione univoca dei rapporti tra Stato e Regioni: la soluzione non è poi così pacifica neanche nel ragionamento della Corte, come la complessa giurisprudenza costituzionale, che si affronterà, ha dimostrato da quando si è trovata ad interpretare il nuovo Titolo V Cost. Una parte del ragionamento che si intende impostare è allora quella di valutare quali spazi siano effettivamente accessibili per una regolazione differenziata delle attività economiche che, complessivamente, non concorra a comprimere la salvaguardia del regime di concorrenza delle medesime; ragionamento che può partire da due settori produttivi del tutto distinti, a fronte dei quali si può ponderare quanto lo spazio di coinvolgimento delle autonomie possa dipendere dalle peculiarità dei singoli ambiti economici, o quanto invece essa discenda da un orizzonte di principi costituzionali che orientano verso una prospettiva unitaria di ripartizione della materia concorrenza/regolazione tra le istituzioni centrali e quelle dotate di autonomia territoriale.

Ma le due decisioni qui proposte si rivelano interessanti anche per il tema che ripropongono, quello di una regolazione che diventa 'ri-regolazione': tale categoria, che ricorre ormai nel linguaggio dell'interprete della Costituzione per effetto di diverse sentenze anche antecedenti, merita un apposito approfondimento che, come si è già cominciato ad evidenziare, ruota intorno al triplice intreccio di concorrenza, regolazione e liberalizzazione.

Per giungere a tali riflessioni è necessario ora presentare le questioni da cui esse muovono.

2. La regolazione del commercio nella sent. n. 125/2014

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato gli artt. 9, 43 e 44 della legge della Regione Umbria 6 maggio 2013, n. 10 recante disposizioni in materia di commercio per l'attuazione del d.l. n. 201/2011 e del d.l. n. 1/2012. La violazione riguarda gli artt. 41 e 117, commi 1 e 2, lett. e), Cost.

In particolare l'art. 9, che rientra nella disciplina dei 'poli commerciali' che già una legge regionale del 1999 aveva regolamentato, introdurrebbe regole discriminatorie e restrittive della concorrenza rendendo più difficoltosa l'apertura di nuovi esercizi commerciali; e si porrebbe in contrasto con i principi di liberalizzazione della disciplina statale attrattiva della competenza in materia di tutela della concorrenza.

La disposizione impugnata aggiunge un insieme di criteri a quelli che la disciplina umbra del 1999 già prevedeva per l'apertura di poli commerciali: e dunque indica i soggetti a cui l'autorizzazione di polo commerciale possa essere rilasciata; disciplina le procedure di autorizzazione per le superfici di vendita degli esercizi commerciali presenti in un polo commerciale; individua le modalità di classificazione degli esercizi commerciali come 'polo commerciale' (edifici contigui i cui perimetri si tocchino; edifici nei quali sono inseriti più esercizi commerciali in piani sovrastanti; edifici adiacenti i cui perimetri si trovino ad una distanza lineare inferiore a 40 metri; edifici adiacenti i cui perimetri si trovino ad una distanza lineare superiore a 40 metri, qualora vi siano collegamenti strutturali di qualsiasi tipo tra detti edifici; un unico edificio dotato di più ingressi autonomi e indipendenti e servizi non gestiti unitariamente); precisa il perimetro dell'edificio e le modalità di calcolo delle distanze tra gli edifici, anche alla luce del codice della strada; infine prescrive i calcoli da effettuare per ciascun edificio ai fini della valutazione delle dotazioni territoriali minime e degli standard urbanistici degli esercizi presenti in un polo commerciale.

Il giudice costituzionale reputa fondata la questione sollevata dallo Stato, poiché rileva come la norma impugnata vada effettivamente ad introdurre vincoli all'apertura degli esercizi commerciali che nel 1999 non erano stati contemplati; e così facendo viola principi di liberalizzazione posti dalla disciplina nazionale ed europea. Nello specifico, tali principi di liberalizzazione discendono dall'art. 31, comma 2, d.l. n. 201/2011 secondo cui: «costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali»; e dall'art. 1 del d.l. n. 1/2012 che ha stabilito, in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, che sono abrogate tanto le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione per l'avvio di un'attività economica, se non sono giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; quanto le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite. Tale disposizione del 2012 dichiara superate le disposizioni «di pianificazione e programmazione territoriale (…) che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità

pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti». Rispetto a questa impostazione liberalizzatrice le prescrizioni regionali appaiono vincoli inaccettabili.

Una seconda questione sollevata dallo Stato riguarda la previsione dell'art. 43 della legge umbra che prescrive che i nuovi impianti eroghino, oltre a benzina e gasolio, almeno un prodotto a scelta tra alimentazione elettrica, metano, GPL, biodiesel per autotrazione, idrogeno o relative miscele. Ora, l'art. 83-*bis*, comma 17, d.l. n. 112/2008, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività, dispone che l'installazione e l'esercizio di un impianto di distribuzione di carburanti non possono essere subordinati al rispetto di vincoli, con finalità commerciali, relativi a contingentamenti numerici, distanze minime tra impianti e tra impianti ed esercizi o superfici minime commerciali o che pongono restrizioni od obblighi circa la possibilità di offrire, nel medesimo impianto o nella stessa area, attività e servizi integrativi o che prevedano obbligatoriamente la presenza contestuale di più tipologie di carburanti. Il giudizio della Corte è che la norma regionale introduce vincoli più restrittivi all'apertura di nuovi impianti di distribuzione di carburanti, e introduce dunque barriere all'ingresso nei mercati che appaiono significative e sproporzionate, e soprattutto non giustificate dal perseguimento di specifici interessi pubblici.

L'ultima doglianza cade sull'art. 44 della legge regionale, che al comma 1 prevede che possano essere installati nuovi impianti dotati di apparecchiature self-service pre-pagamento funzionanti senza la presenza del gestore, se questi rispondono alla qualificazione di pubblica utilità in termini di unico impianto del Comune, o di impianto posto ad almeno dieci chilometri dal punto di distribuzione più vicino. Ciò significa che il legislatore regionale si pone in contrasto con il d.l. n. 1/2012, il cui art. 18 dispone che per gli impianti stradali di distribuzione carburanti posti al di fuori dei centri abitati non possano essere posti vincoli o limitazioni all'utilizzo continuativo delle apparecchiature. E pertanto, anche la terza norma impugnata introduce una misura restrittiva della concorrenza che non può che condizionare e ritardare l'avvio di nuove attività economiche e l'ingresso di nuovi operatori.

Vi è da osservare che le ultime due questioni riguardano uno specifico settore, quella della distribuzione dei carburanti, il quale è stato interessato da pronunce tanto della giurisprudenza europea – la sentenza della Corte di giustizia UE, 11 marzo 2010, causa 384/08 [2] – quanto del giudice amministrativo italiano: il Consiglio di Stato, con sentenza 27 aprile 2012, n. 2456, si è richiamato allo stesso quadro normativo utilizzato ora dalla Corte – che invece omette totalmente il rinvio alla giurisprudenza europea – con il quale il legislatore, conformemente ai rilievi formulati dal giudice europeo, ha introdotto una

2 In relazione a questa pronuncia si vedano le riflessioni di M. SALERNO-P. SANTONE, *Liberalizzazioni nella distribuzione dei carburanti e mercato unico: la Corte annulla ... le distanze*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2010. Gli AA. riportano un'interessante analisi comparativa del mercato del carburante in Europa.

completa liberalizzazione in materia, con effetto abrogativo delle previsioni precedenti e quindi anche delle distanze minime previste dai regolamenti regionali [3]. La sent. n. 125, sotto questo profilo, interviene rispetto ad un quadro normativo di riferimento chiaro e definito.

La decisione di per sé, per i riflessi che ha sulla materia del commercio, non è sicuramente di portata fondamentale: d'altra parte si pone all'interno di un filone di pronunce che si è caratterizzato, soprattutto nei più recenti giudizi, per le soluzioni di segno costante che ha fornito rispetto alle scelte dei legislatori, sollecitando un dibattito dottrinario piuttosto animato. Come è stato osservato la normativa italiana a partire dalla fine del 2011 – per impulso del Governo Monti – ha qualificato la libertà di apertura dei nuovi esercizi commerciali come principio fondamentale dell'ordinamento italiano: il legislatore ha optato per una presunzione di libertà delle attività commerciali, in coerenza con i principi stabiliti in materia dall'Unione europea [4]. E la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale – si richiamano alcune delle principali decisioni in materia di orari di apertura degli esercizi di vendita, quali le sentenze n. 1/2004; n. 64, n. 165 e n. 430/2007; n. 350/2008; n. 247 e n. 288/2010; n. 150/2011, fino alla n. 299/2012; e in materia di apertura al mercato e di eliminazione di barriere e vincoli al libero esplicarsi dell'attività economica, quali ancora la sent. n. 150/2011, e le successive sentt. n. 18 e n. 200/2012 [5] – sul terreno della regolazione del commercio sembra destinata a produrre un'invariabile e sempre meno comprimibile legittimazione della politica statale in materia di concorrenza. Un primo effetto di tale giurisprudenza pare voler essere quello di sostenere l'indirizzo statale di razionalizzazione degli oneri e dei limiti burocratici per chi fa impresa; un secondo quello di ricondurre la regolazione dei mercati, anche negli aspetti più attinenti alla realtà locale, nell'ambito legislativo statale per il tramite della tutela della concorrenza, sottraendo il commercio alla manifesta tendenza, a livello regionale, alla pianificazione commerciale [6]. A fronte di tale evoluzione giurisprudenziale, oc-

---

3 V. GUGLIELMI, *Il giudice "liberalizzatore": l'abolizione delle distanze minime nella distribuzione dei carburanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2012, p. 1219. L'A. segnala, p. 1222, come l'abolizione delle distanze minime, quale barriera all'ingresso del mercato ora trova conferma nella previsione del decreto ''cresci Italia'' n. 179/2012, che all'art. 1 abroga le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, divieti e restrizioni alle attività economiche in generale. Tale disciplina ha inoltre consentito agli impianti di distribuzione carburanti l'esercizio delle attività di somministrazione di alimenti e bevande, di vendita non esclusiva di quotidiani e periodici e di rivendita di tabacchi, nonché la vendita di ogni bene e servizio, nel rispetto delle condizioni di sicurezza stradale (art. 17, comma 4). "Pertanto, la liberalizzazione compiuta dal legislatore è totale nel settore c.d. non oil (vendita di giornali, generi alimentari). Rimane invece parziale per il rifornimento non in esclusiva che resta limitato agli impianti dei quali i gestori siano anche proprietari (art. 17, comma 1)".

4 A. CASSATELLA, *La liberalizzazione del commercio e i suoi attuali limiti*, in *Giur. it.*, 4/2014, p. 933. L'A. riporta in nota 5 il complesso di interventi normativi adottati tra il 2010 e il 2012, osservando come il progressivo rafforzamento della libertà di iniziativa economica abbia condotto ad una marcata restrizione delle limitazioni che si possono apporre al processo di liberalizzazione: quest'ultimo culminato con le previsioni del noto art. 3 del d.l. n. 138/2011, poi richiamato dal d.l. n. 1/2012.

La ricostruzione degli 'schizofrenici' interventi legislativi dello Stato è anche compiuta da V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *Rivista AIC*, 1/2013, p. 3.

5 Per l'analitica ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, ma anche amministrativa, si rinvia all'ampio saggio di S. SILEONI, *La liberalizzazione del commercio tra concorrenza statale e reazioni regionali*, in *Regioni*, 5-6/2012.

6 *Ivi*, p. 956. Ampia è letteratura che, a tale riguardo, si può richiamare. Si rinvia a M. CLARICH-A. PISANESCHI, *La legge costituzionale n. 3/2001, la competenza esclusiva delle regioni in*

corre effettivamente constatare che di fatto la differenziazione tra territori non ha oggi un aspetto rassicurante, perché a fronte di normative regionali più tempestive, che hanno recepito il dettato nazionale e che pertanto appaiono ampiamente liberalizzate, altre continuano ad applicare limitazioni poco ragionevoli [7]. La questione conserva elementi di complessità e di contraddizione che è immaginabile che condurranno a nuovi interventi di definizione degli ambiti e delle attribuzioni.

3. La regolazione delle professioni nella sent. n. 178/2014

Oggetto della seconda decisione in esame è ancora una disciplina della Regione Umbria, la legge regionale 23 luglio 2013, n. 13 in materia di turismo: il Governo impugna gli artt. 62, comma 1; 63, comma 1, lett. b), e 2; 68 e 73.

La prima disposizione impugnata – l'art. 62, comma 1 – prescrive i requisiti professionali che i titolari o i legali rappresentanti di agenzie di viaggio e turismo devono possedere per la gestione tecnica delle medesime: la prescrizione fa riferimento al d.lgs. n. 206/2007, che ha attuato la direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

La violazione dell'art. 117, comma 3, Cost., che la Corte costituzionale riconosce sussistente, sorge nella misura in cui la norma contestata, che concerne la materia concorrente delle professioni, non rispetta il principio secondo il quale l'individuazione delle figure professionali con i relativi profili e titoli abilitanti è riservata alla competenza legislativa statale di principio. La disciplina di quadro del legislatore statale è rappresentata dall'art. 20, comma 1, dell'Allegato 1 del d.lgs. n. 79/2011 (Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio), che rinvia a regolamenti governativi la determinazione dei requisiti professionali a livello nazionale dei direttori tecnici delle agenzie di viaggio e turismo. L'errore della normativa regionale consiste nel differenziare i requisiti professionali che devono possedere i titolari o i legali rappresentanti delle agenzie di viaggio da quelli previsti per il co-

materia di commercio e il limite «delle grandi riforme economico-sociali», in *Disciplina comm.*, 2/2002; P. BILANCIA, *La disciplina del commercio tra legislazione e attività pianificatoria*, in *Regioni*, 5/2005; C. CARDONI, *I profili della recente legislazione regionale in materia di commercio*, in *Giornale dir. amm.*, 4/2008; L. CASSETTI, *La Corte Costituzionale "salva" le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 9/2008; M. DEODATI-O. ZAPPI, *Attuazione delle liberalizzazioni nelle Regioni: a che punto siamo?*, in *Disciplina comm.*, 2/2009; O. ROSELLI, *Commercio (profili amministrativi)*, in *Enc. dir.,* Annali III, 2010; P. LOTITO-O. ROSELLI, *Il commercio tra regolazione giuridica e rilancio economico*, Giappichelli, Torino, 2012, ed in particolare i capitoli di C. CARDONI, *Il ruolo delle Regioni in materia di commercio;* F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*; L. DEGRASSI, *Attività commerciali e tutela dei centri storici. Le scelte strategiche negli ordinamenti regionali*, e di D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*; S. LA PORTA, *Il commercio: una materia al vaglio del "custode della tutela della concorrenza"*, in *Rivista AIC*, 2/2012.

7 Si vedano le riflessioni di A. CESCHI, *Le liberalizzazioni a confronto con le normative regionali: abolizione dei limiti all'insediamento di attività commerciali. Commento a sentenza n. 1987 del 3 agosto 2012, TAR Sicilia Catania, sezione II*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 4/2012, p. 1059, che arriva ad auspicare che l'intervento regolamentare governativo intervenga al più presto al fine di dare chiarezza agli operatori.

siddetto 'direttore tecnico' di agenzia di viaggio, che la legge regionale 23 luglio 2003, n. 13 prevede nel successivo art. 63, comma 1, perché così facendo individua figure professionali nuove che la legislazione statale di riferimento non contempla. La norma impugnata è manchevole nel riferirsi solo al d.lgs. n. 206/2007, senza richiamarsi anche all'Allegato 1 del d.lgs. n. 79/2011: alla Regione, secondo la giurisprudenza della Corte in materia di professioni, è fatto obbligo di «rispettare il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato» potendo essa invece disciplinare «quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale» (sentt. n. 424/2005, n. 40/2006, n. 300/2007, n. 93/2008, n. 138/2009 e n. 98/2013).

La legge regionale umbra ha invece fatto correttamente riferimento nell'art. 63, comma 1, lett. b) – in tema di requisiti per la professione di direttore tecnico di agenzia di viaggio – al già citato art. 20 dell'Allegato 1, d.lgs. n. 79/2011, nonché al d.lgs. n. 206/2007: tale rimando esaustivo alla legislazione statale porta il giudice costituzionale a respingere la questione a lui sottoposta. Mentre nuovamente viene dichiarata l'illegittimità con riferimento all'art. 63, comma 2, nella parte in cui dispone che per il titolare dell'agenzia di viaggio e turismo e per i dipendenti della stessa, il periodo di formazione professionale previsto dal d.lgs. n. 206/2007 possa essere sostituito da un equivalente numero di anni di attività lavorativa presso un'agenzia di viaggio e turismo. Infatti il legislatore regionale supera i limiti della legislazione concorrente nel momento in cui equipara lo svolgimento dell'attività lavorativa presso un'agenzia di viaggi e turismo con il periodo di formazione professionale, posto che invece la disciplina statale cumula la pregressa esperienza lavorativa con il periodo di formazione professionale.

Una quarta questione è stata sollevata dalla Stato e ha ad oggetto l'art. 68 della legge regionale che, nel disciplinare la forma dell''impresa professionale di congressi', la qualifica come «attività di organizzazione, produzione e gestione di manifestazioni congressuali, simposi, conferenze e convegni», rimandando ad un regolamento regionale la disciplina dei requisiti e delle modalità per l'esercizio dell'attività di organizzazione professionale di congressi ed istituendo gli elenchi provinciali delle imprese, da tenere secondo criteri e modalità stabiliti dalla Giunta regionale. In questo caso, oltre alla violazione della competenza concorrente in materia di professioni, si prospetta anche il contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. sotto il profilo del rispetto della libera concorrenza. Effettivamente, secondo il giudizio del giudice di costituzionalità, la norma regionale introduce una nuova figura professionale non prevista espressamente dalla legislazione statale – quella di organizzazione, produzione e gestione di manifestazioni congressuali, simposi, conferenze e convegni – e nel rimandare ad un regolamento regionale la disciplina dei requisiti e delle modalità per l'esercizio di tale attività, nonché nell'istituire elenchi provinciali delle imprese professionali esercenti tale attività, compie una duplice negazione del dettato costituzionale.

La decisione completa un indirizzo giurisprudenziale del tutto netto, che risale al 2005 – si vedano le sentt. n. 353 e 355 di quell'anno – e afferma che la potestà legislativa regionale nella materia concorrente delle professioni deve rispettare il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato, rientrando nella competenza delle Regioni la di-

sciplina di quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale. Tale principio si configura quale limite di ordine generale, invalicabile dalla legge regionale: da ciò deriva che non è nei poteri delle Regioni dar vita a nuove figure professionali. Sono poi seguite ulteriori decisioni dello stesso tenore: le sentt. nn. 153 e 424/2006, le nn. 57 e 300/2007, nonché le successive sentt. nn. 300/2010, 230/2011 e 108/2012, e pertanto la posizione non pare più suscettibile di modifiche. Fin dal 2005 è stato in particolare segnalato che tra gli indici sintomatici dell'istituzione di una nuova professione vi è quello della previsione di appositi elenchi, disciplinati dalla Regione, connessi allo svolgimento della attività che la legge regolamenta: ora, «l'istituzione di un registro professionale e la previsione delle condizioni per la iscrizione in esso hanno, già di per sé, una funzione individuatrice della professione, preclusa alla competenza regionale, prescindendosi dalla circostanza che tale iscrizione si caratterizzi o meno per essere necessaria ai fini dello svolgimento della attività cui l'elenco fa riferimento» [8]. La sent. n. 178 richiama così la sent. n. 98/2013, non lasciando alcun margine di ammissibilità della disciplina regionale.

Per finire, l'art. 73, comma 4, della legge umbra prevede che le guide turistiche che, avendo conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione presso altre Regioni, intendono ora svolgere la propria attività nella Regione Umbria, siano soggette all'accertamento, da parte della Provincia, della loro conoscenza del territorio. Il Governo ritiene che tale verifica rappresenti un ostacolo ingiustificato all'accesso ed all'esercizio della professione di guida turistica, e dunque determini una restrizione ai principi di libera circolazione delle persone e dei servizi; e che risulti violato anche l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., in quanto la disposizione contrasterebbe con la piena liberalizzazione della materia introdotta dall'art. 3 della legge 6 agosto 2013, n. 97, legge europea 2013, che prevede la validità dell'abilitazione all'esercizio dell'attività di guida turistica su tutto il territorio nazionale e demanda ad un decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, sentita la Conferenza unificata, l'individuazione dei siti di particolare interesse storico, artistico o archeologico per i quali occorre una specifica abilitazione.

Il giudice costituzionale accoglie i rilievi proprio in virtù di tale ultima disposizione, che rappresenta una misura legislativa di liberalizzazione di attività economiche. La Corte richiama la propria linea giurisprudenziale in materia – e su questo occorre già soffermarsi nel prossimo paragrafo – per effetto della quale «la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di "ri-regolazione" tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze». Il giudice ripropone qui una riflessione sull'efficienza e la competitività del sistema economico, collegando il raggiungimento di tali obiettivi alla qualità della regolazione: essa «condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità

8 Corte cost., 18 giugno 2014, n. 178, p.to 4.1 del *Considerato in diritto.*

sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale» [9]. I richiami sono alle sentt. n. 167/2009, n. 247 e n. 152/2010, ma soprattutto alla più recente sent. n. 200/2012.

Come si è visto per l'ambito del commercio, anche per quello delle professioni [10] si può osservare che la materia risulta ormai profondamente segnata da una giurisprudenza costituzionale, che si allinea al quadro del diritto europeo per costruire uno spazio nel quale l'esercizio delle attività non deve incontrare restrizioni che non siano giustificate dal perseguimento di beni costituzionali.

4. La giurisprudenza costituzionale in tema di liberalizzazioni/regolazione: la qualificazione della materia

Così esposte le questioni su cui la Corte ha dovuto esprimersi, è ora opportuno collocarle nel più ampio filone giurisprudenziale riguardante la materia-funzione della tutela della concorrenza [11], all'interno del quale è gradualmente emersa l'attenzione per il binomio liberalizzazioni/regolazione. Una volta ricostruita la rilevanza che a queste due ultime categorie viene assegnata nell'interpretazione della materia trasversale della concorrenza diventa poi possibile

9 *Ivi*, p.to 5 del *Considerato in diritto.*

10 Si richiama qua la letteratura che più in generale si è occupata della materia delle professioni dopo la revisione costituzionale del 2001, perché evidentemente i tanti profili problematici della tematica hanno stimolato una dottrina ben più ampia. Si rinvia a M. Luciani, *Leggi regionali e professioni*, in *Prev. forense*, 2/2002; G. Della Cananea, *L'ordinamento delle professioni dopo la riforma costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 1/2003; Id. (a cura di), *Professioni e concorrenza*, Ipsoa, Milano, 2003; Id., *L'ordinamento delle professioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2003; A. Gentilini, *La materia concorrente delle "professioni" e il rebus dell'individuazione delle singole figure professionali, Giur. cost.*, 6/2003; A. Giannotti, *Le «professioni» tra legislazione statale e regionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 1/2004; G. Colavitti, *Gli interessi pubblici connessi all'ordinamento delle professioni libere: la Corte conferma l'assetto consolidato dei principi fondamentali in materia di professioni*, in *Giur. cost.*, 6/2005; L. Cuocolo, *Le professioni tra materia e antimateria*, in *Giur. cost.*, 6/2005; G. D'Alessandro, *Competenza legislativa statale e istituzione di nuovi albi professionali*, in *Rivista AIC*, 2005; A. Mari, *I principi fondamentali in materia di professioni*, in *Giornale dir. amm.*, 8/2006; E. Bindi, M. Mancini, *La Corte alla ricerca di una precisa delineazione dei confini della materia 'professioni' (nota a margine delle sentt. nn. 319, 355, 405 e 424 del 2005 della Corte costituzionale)*, in *www.federalismi.it*, 2006; A. Poggi, *Disciplina "necessariamente unitaria" per le professioni: ma l'interesse nazionale è davvero scomparso?*, in *Regioni*, 2-3/2006; A. Poggi, *La riforma delle professioni in Italia: sollecitazioni europee e resistenze interne*, in *Regioni*, 2/2009; M. Consito, *L'immigrazione intellettuale. Verso un mercato unico dei servizi professionali*, Jovene, Napoli, 2012; F. Di Porto, *Le «professioni non regolamentate»: un modello per la riforma di quelle ordinistiche?*, e N. Rangone, *Riforma delle professioni intellettuali: contenuti, limiti e prospettive*, in B.G. Mattarella-A. Natalini (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Passigli Editori, Bagno a Ripoli, 2013; A. Candido, *I servizi professionali tra esigenze di liberalizzazione ed effetti distorsivi del mercato*, in C. Buzzacchi (a cura di), *Il mercato dei servizi in Europa. Tra misure pro-competitive e vincoli interni*, Giuffrè, Milano, 2014.

11 Si rinvia all'ampia opera di ricognizione di tale giurisprudenza di M. Bellocci, *La giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della concorrenza nel Titolo V della Costituzione*, *Astrid*, Roma, 2015. Si rinvia inoltre a M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. economisti*, Supplemento a 1/2005, p. 112, per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale volta a inquadrare il significato della nozione elaborata dalla Corte rispetto al dettato costituzionale.

evidenziare un'ulteriore e particolare categoria concettuale che tale giurisprudenza ha enucleato: quella della 'ri-regolazione'.

Proprio la prima delle due decisioni analizzate, la sent. n. 125, riporta la costante giurisprudenza costituzionale volta ad affermare una nozione di concorrenza che rispecchia quella operante in ambito comunitario e che si articola in due accezioni: essa da un lato comprende «gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione»; e dall'altro si fonda su «misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche».

Fin dalla sent. n. 14/2004 è stata indicata l'interpretazione da dare alla nozione di concorrenza a seguito della revisione costituzionale del 2001: essa «comprende interventi regolativi, la disciplina *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza». Più in particolare «la tutela della concorrenza costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» [12]. Le due direttrici della concorrenza – quella statica e quella dinamica – vedono pertanto da una parte interventi di regolazione finalizzati a ripristinare equilibri che siano andati persi; e dall'altra, invece, misure pubbliche tese a ridurre squilibri, sviluppare il mercato e garantire assetti concorrenziali.

Definendo la tutela della concorrenza come «una delle leve della politica economica statale» [13] destinata, in accezione dinamica, a promuovere «misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» la Corte è passata a qualificare tale competenza non in termini di ambito materiale specifico e oggettivamente delimitato, bensì come un'attribuzione trasversale dello Stato, come del resto la dottrina e la giurisprudenza costituzionale già avevano pacificamente riconosciuto [14]. La Corte ha consolidato infatti l'orientamento affer-

12 Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, p.to 4 del *Considerato in diritto.*

13 Su questa lettura della tutela della concorrenza si veda principalmente P. GIARDA, *Concorrenza, competenze regionali e politica economica*, cit.

14 I passaggi più significativi della giurisprudenza costituzionale in tal senso sono rappresentati dalle sentenze 26 giugno 2002, n. 282 e 26 luglio 2002, n. 407; in dottrina, oltre a A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003; G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, *Editoriale*, in *Regioni*, 5/2001; L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*", in *Istituzioni Fed.*, 2/2003; e soprattutto G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 3/2002. Questo ultimo A. osserva, p. 982, come la competenza esclusiva dello Stato, quando viene definita in relazione a certi *fini* da promuovere (o *valori* da tutelare) "tenderà a debordare dai confini statali per invadere ambiti che sono assegnati alle Regioni a titolo di competenza legislativa concorrente o anche esclusiva". Tale è proprio il caso della "tutela della concorrenza" che è "una relazione tra una pluralità di soggetti" e dunque, "essenzialmente, un *fine* pubblico, il fine di conservare e promuovere tale relazione", esattamen-

mato in precedenti pronunce, ed in particolar modo nella sent. n. 241/1990, che a sua volta si era richiamata alla sent. n. 223/1982 [15].

Ma ciò che qui si vuole evidenziare è l'individuazione da parte della Corte di una dimensione di 'benessere sociale' coesistente con quella dell''efficienza economica', perché è la prima che costituisce il presupposto per la legittimazione degli interventi di carattere regolativo.

Proprio nella decisione del 1990 si era cominciato a sostenere che l'utilità ed i fini sociali vanno anteposti alla libertà di concorrenza, che pure è «valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori», affinché non rischino di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che «sono parte essenziale» di quei fini sociali; e ancora, si era prospettato il pericolo di ostacolo al «programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie» [16].

La lettura della concorrenza introdotta dalla sent. n. 14/2004 è stata ribadita dalla successiva n. 401/2007 [17], che ha affermato che la nozione di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per l'instaurazione di assetti concorrenziali. Rientrano, pertanto, nell'ambito materiale in esame le misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi.

Nella sent. n. 270/2010 [18] è apparso un approccio più articolato, che con più precisione è arrivato al nocciolo della questione del rapporto tra concorrenza e regolazione: e lo ha fatto recuperando quella dimensione 'sociale' di cui si è detto. La Corte ha richiamato la clausola dell'utilità sociale, e in merito ad essa ha individuato un ruolo per la regolazione: partendo dall'esigenza del bilanciamento tra utilità sociale e concorrenza si è riconosciuto che la giurisprudenza costituzionale ha affrontato solo indirettamente «il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle

---

te come fini evidentemente ritenuti di pertinenza statale, quali la sicurezza, la difesa, l'ordine pubblico.

15 In tale decisione il giudice costituzionale si esprime in termini di «protezione dell'interesse collettivo» e di tutela del «mercato nelle sue oggettive strutture», e afferma che «la libertà di concorrenza tra imprese ha, com'è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi»: cfr. Corte cost. n. 223/1982, p.to 2 del *Considerato in diritto*.

16 Corte cost.15 maggio 1990, n. 241, p.to 4 del *Considerato in diritto*.

17 Si veda il commento di L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza?*», in *Giur. cost.*, 6/2007: l'A. ha commentato anche la successiva sent. n. 430/2007 ancora in tema di liberalizzazione, ID., *La Corte costituzionale "salva" le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 9/2008.

18 La decisione è stata commentata da M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. cost.,* 4/2010; e da R. NANIA, *Ulteriori sviluppi nell'assetto della costituzione economica (aggiornamenti sulle libertà economiche)*, in ID. (a cura di), *L'evoluzione delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Giappichelli, Torino, 2011.

condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, commi 2 e 3, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza». I limiti individuati dall'art. 41 per l'iniziativa economica privata – l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, nonché i fini sociali a cui l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata – possono giustificare una regolazione che sia appunto strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito. Lo strumento della regolazione emerge quindi in funzione di tali interessi, e presenta carattere derogatorio, e dunque eccezionale, nella misura in cui «siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi» [19].

Il passaggio successivo è segnato da decisioni nelle quali si è illustrata ulteriormente la funzione della regolazione a partire dall'art. 41 Cost.: la sent. n. 167/2009, poi richiamata dalle sentt. n. 152 e 247/2010, ha negato che rispetto all'art. 41 Cost. si possa configurare «una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale. Ciò che conta è che, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e che, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue» [20].

Ma è con le decisioni del 2012 – la n. 200 e la n. 299 – che la regolazione è stata più precisamente inquadrata: e con essa, anche la 'ri-regolazione'. La prima ha enucleato addirittura un autonomo «principio della liberalizzazione delle attività economiche», che ha ricondotto al tema della tutela della concorrenza, intesa in linea con la lettura datane dalla pronuncia del 2004. Questo autonomo principio della liberalizzazione è stato tradotto ed esplicitato dalla Corte costituzionale in termini di «razionalizzazione della regolazione» [21]: e rappresenta «uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico». La liberalizzazione, nella lettura che ne ha fatto il giudice supremo, è dunque «una politica di "ri-regolazione" che tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze». Affermato tale principio, si è aggiunto però che «l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato»: da ciò è disceso che «una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – genera inutili ostacoli alle dinamiche eco-

19 Corte cost., 22 luglio 2010, n. 270, p.to 8.2 del *Considerato in diritto.*

20 Corte cost., 29 maggio 2009, n. 167, p.to 2 del *Considerato in diritto*.

21 A commento della decisione cfr. F. SAITTO, *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e Regioni*, in *Rivista AIC*, 4/2012. L'A., p. 2, osserva come la pronuncia sia intervenuta in relazione ad una legge che aveva considerato opportuno dare avvio a un processo di de-regolazione delle discipline dei Comuni, delle Province, delle Regioni e dello Stato, confidando in un effetto di maggiore concorrenza: "la Corte, però, sembra stigmatizzare questo approccio, sottolineando piuttosto la necessità di una «razionalizzazione della regolazione» e di una «ri-regolazione» (…). La Corte appare voler proteggere e valorizzare la regolazione come strumento capace di portare maggiore concorrenza, dimostrando sfiducia verso un'impostazione che ritiene sufficiente de-regolare" e dimostrando altresì che "il mercato non è un ordinamento a sé, neutrale e naturale".

nomiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale» [22]. Sono dunque «inutili oneri regolamentari» quelli che ostacolano le dinamiche economiche, mentre sono oneri regolamentari necessari quelli che tutelano superiori beni costituzionali, qualificabili in termini di utilità sociale, come si è visto dalla giurisprudenza sull'art. 41 Cost.

Può essere utile ricordare che tale pronuncia doveva esprimersi, tra le varie questioni, su quella principale relativa a una disciplina – l'art. 3, comma 1, d.l. n. 138/2011 – nella quale il legislatore ha espresso alcuni principi in materia economica orientati allo sviluppo della concorrenza: in particolare il principio secondo cui in ambito economico «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge»; e l'indicazione che il legislatore statale o regionale può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica volte a garantire, tra l'altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana «a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica, come l'art. 41 Cost. richiede». È qui che il giudice costituzionale ha chiarito il rapporto tra liberalizzazione e regolazione: il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche può incontrare eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica, che devono trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale o in ulteriori interessi. La Corte di per sé non ha ravvisato illegittimità nel principio dell'art. 3 della disciplina del 2011, e ha affermato piuttosto – ed è quanto qui interessa – che tale «principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale» [23]: e ciò è quanto ha qualificato 'ri-regolazione'. È stato osservato come la Corte abbia sconfessato l'idea che l'assenza di regolazione sia ammissibile, e come ciò si deduca anche dall'unica declaratoria di incostituzionalità emessa in questa pronuncia: l'assenza di regolazione nella lettura del giudice diventa anzi qualcosa che determinerebbe confusione e renderebbe più difficile la competizione tra operatori. L'art. 41 Cost. si dimostra così capace di adattarsi al contesto in cui opera, e la regolazione risulta "presupposto stesso della liberalizzazione in quanto condizione del fatto che all'interno di un mercato vi sia effettiva libertà di concorrere" [24].

Con la sent. n. 299 la Corte ha ripercorso tutto il cammino giurisprudenziale fin qui ricostruito, ed è quindi parsa confermare il suo costante indirizzo; e tuttavia, come è stato segnalato da attenta dottrina, ha finito per approdare ad un orientamento praticamente opposto che risulta "schiacciato sull'idea di una deregolamentazione che, palesemente, non consente di armonizzare i diversi interessi in gioco" [25]. Infatti, nello specifico, la Corte ha aperto incondizionatamente a norme volte all'eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura

22 Corte cost., 20 luglio 2012, n. 200, p.to 7.4 del *Considerato in diritto*.

23 *Ivi*, p.to 7.3 del *Considerato in diritto*.

24 Cfr. F. SAITTO, *La Corte costituzionale*, cit., p. 8.

25 V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, cit., p. 2. L'A. osserva piuttosto che la decisione risponde "all'unico interesse, simboleggiato significativamente, lo scorso giorno di Natale, dall'apertura di alcuni grandi magazzini, della grande distribuzione ad essere sciolta da ogni vincolo di orari o di chiusura".

al pubblico degli esercizi commerciali; e ha argomentato tale orientamento asserendo che l'eliminazione di questi limiti «favorisce, a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all'ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore». In tale prospettiva le misure in esame appaiono «coerenti con l'obiettivo di promuovere la concorrenza, risultando proporzionate allo scopo di garantire l'assetto concorrenziale nel mercato di riferimento relativo alla distribuzione commerciale» [26].

E si arriva così alle ultime decisioni che precedono le sentenze qui commentate: le sentt. n. 8 e 27/2013. Con la prima la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in merito all'art. 1 del d.l. n. 1/2012 che «in vista di una progressiva e ordinata liberalizzazione delle attività economiche (…) prevede un procedimento di riregolazione delle attività economiche a livello statale, da realizzarsi attraverso strumenti di delegificazione, che mira all'abrogazione delle norme che, a vario titolo e in diverso modo, prevedono limitazioni o pongono condizioni o divieti che ostacolano l'iniziativa economica o frenano l'ingresso nei mercati di nuovi operatori». Il giudice costituzionale ha effettuato prima una valutazione di insieme delle disposizioni impugnate, poiché esse in parte prevedevano settori e interessi da assoggettare a tale delegificazione, in parte ne individuavano altri da escludere. Per esempio, dalle norme destinate alla delegificazione risultavano escluse quelle regolamentazioni giustificate da «un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario» (art. 1, comma 1, lett. a), e che fossero adeguate e proporzionate alle finalità pubbliche perseguite (art. 1, comma 1, lett. b); ma più specificamente l'art. 1, comma 2, richiedeva che le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche fossero interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato al perseguimento di finalità di interesse pubblico generale. Venivano individuati però anche una serie di interessi pubblici, in parte di rango costituzionale, che al contrario possono giustificare limiti e controlli: erano quelli idonei ad «evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica». E ancora, la successiva disposizione, il comma 3, demandava a regolamenti di delegificazione l'individuazione delle attività per le quali potevano permanere limiti, regolamentazioni e controlli e l'identificazione, invece, delle disposizioni legislative e regolamentari che dovevano risultare abrogate. Il giudizio complessivo che il giudice supremo esprime è stato quello che la disciplina su concorrenza, sviluppo delle infrastrutture e competitività del decreto del 2012 si colloca nel solco di un'evoluzione normativa diretta ad attuare quanto già evidenziato dalla sent. n. 200, ovvero che «il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale»: configurandosi come intervento normativo che «prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale e con gli altri principi costituzionali» [27].

La decisione di poco successiva, la n. 27, ha ripreso invece l'indirizzo della

26 Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 299, p.to 6.1 del *Considerato in diritto*.

27 Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 8, p.to 4.1 del *Considerato in diritto*.

sent. n. 299/2012: quello maggiormente aperto ad una logica di generalizzata eliminazione delle regolazioni.

Riassumendo le linee portanti di questa giurisprudenza focalizzata sugli artt. 41 e 117 Cost., si può concludere che essa è partita dall'ambito della libertà in materia economica, che dà luogo ad un modello di relazioni fondato sulla concorrenza, per approdare all'individuazione da un lato di settori ed interessi rispetto ai quali limitazioni, vincoli e restrizioni devono cadere, realizzandosi così l'inveramento di quello che il giudice è arrivato a qualificare come il principio della liberalizzazione; e dall'altro di settori ed interessi che impongono invece la permanenza di limitazioni, vincoli e restrizioni, in nome della cura e della salvaguardia di beni che arrivano ad essere di rango costituzionale. È dunque con riferimento a questi ultimi che si apre la sfera della regolazione: ed è rispetto ad essa che occorre fare qualche considerazione aggiuntiva, per comprendere come da tale categoria si passi a quella ulteriore, e forse differente, della 'ri-regolazione'.

Ma prima di dedicarsi a tali riflessioni, è opportuno ancora occuparsi della collocazione della tutela della concorrenza, ed in particolare del profilo liberalizzazioni/regolazione, tra Stato e livelli territoriali.

5. La giurisprudenza costituzionale in tema di liberalizzazioni/regolazione: la qualificazione delle competenze

L'aver posto, nel 2001, la materia della tutela della concorrenza nella disposizione della Carta fondamentale – l'art. 117 – che presiede al meccanismo di riparto delle competenze tra Stato e Regioni ha fatto sì che le questioni attinenti tale rilevante bene costituzionale sarebbero poi sorte proprio a seguito di contese tra livelli di governo in merito all'esercizio di una competenza che, stando alla lettera della norma, è riservata in via esclusiva allo Stato. E infatti proprio da una controversia di tale natura è scaturita la prima delle decisioni che ha affrontato la complessa problematica della possibilità delle Regioni di intervenire in via legislativa nel sistema dei rapporti economici.

Tutte le impugnazioni che hanno condotto alla sent. n. 14/2004 hanno posto «sia pure senza evocarla espressamente, la questione cruciale del rapporto tra le politiche statali di sostegno del mercato e le competenze legislative delle Regioni nel nuovo Titolo V, p. II, della Costituzione». Il giudice costituzionale ha riformulato la questione in maniera tale da domandarsi «se lo Stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, disponga ancora di strumenti di intervento diretto sul mercato, o se, al contrario, le sue funzioni in materia si esauriscano nel promuovere e assecondare l'attività delle autonomie»; ciò ha spinto la Corte a volgersi al tema più generale degli interventi pubblici qualificati nel diritto comunitario come aiuti di Stato, i quali coinvolgono i rapporti con l'Unione europea e incidono sulla concorrenza e la cui disciplina si articola "nell'attuale fase di integrazione sovranazionale, su due livelli: comunitario e statale" [28]. Il giudice delle leggi ha dunque prestato relativa considerazione alle argomentazioni delle Regioni, spostando immediatamente la riflessione dal piano delle modalità di distribuzione delle competenze a quello della cosiddetta «politica della concorrenza», che è stata individuata anzitutto

28 Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, p.to 2 del *Considerato in diritto*.

come settore di intervento comunitario, e successivamente come specifico campo di intervento del diritto interno, dove innegabilmente si incrociano le competenze di più livelli di governo – Stato e Regioni – secondo criteri che la pronuncia stessa ha provveduto a definire. Con questa diversa prospettiva di lettura il giudice ha potuto comporre la controversia andando oltre il dato costituzionale rappresentato dal Titolo V, con le sue norme specificamente dedicate ad attribuire ai diversi enti i rispettivi campi di intervento: utilizzando il parametro più ampio della ragionevolezza, egli ha dilatato la competenza statale di cui all'art. 117, comma 1, lett. e), Cost., interpretandola come «funzione di stabilizzazione macroeconomica» [29], e ha trasposto la questione dal quadro del diritto costituzionale interno a quello del diritto comunitario, operazione che gli ha consentito di accantonare parzialmente i parametri costituzionali, o meglio di adottarne altri diversi da quelli invocati dalle Regioni remittenti.

Pur definendo, come si è già detto, la tutela della concorrenza come «una delle leve della politica economica statale» [30], la Corte è riuscita però ad individuare interventi regionali sullo sviluppo economico che si legittimano per la loro riconducibilità a competenze concorrenti o residuali, sforzandosi di dare soluzione al problema di «tracciare la linea di confine tra il principio autonomistico e quello della riserva allo Stato della tutela della concorrenza» e dunque di salvare, in capo alle Regioni, significativi poteri di intervento di politica economica [31]. A fianco degli interventi – evidentemente di spettanza statale – «che attengono allo sviluppo dell'intero Paese» e dunque esprimono un carattere unitario e «risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie» ve ne possono essere altri privi di carattere unitario, che il giudice ha anche provato a delineare, definendoli «sintonizzati sulla realtà produttiva regionale» e configurandoli in negativo: si deve trattare di interventi che non ostino alla libera circolazione delle persone e delle cose e all'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale, secondo il dettato dell'art. 120 Cost. Il tentativo del giudice di delineare uno spazio di politica economica regionale si è esaurito purtroppo a questo livello, perché dominante è risultato invece il parametro che serve a configurare la natura e l'estensione della politica economica statale: è il parametro della «rilevanza macroeconomica» – contrapposto al carattere «localistico e microsettoriale» degli interventi regionali – in virtù del quale l'altro parametro, quello del riparto costituzionale delle competenze, è suscettibile di arretramento [32]; e, soprattutto, si tratta di un parametro fondato sul criterio della ragionevolezza [33]. Vi è chi ha configurato una tale espansione della competenza statale come un recupero di quella nozione dell'interesse nazionale [34] che il nuovo Titolo V Cost. non ha

29 *Ivi*, p.to 5.1 del *Considerato in diritto*.

30 *Ivi*, p.to 4 del *Considerato in diritto*.

31 Per la parte che segue sia consentito il rinvio a C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato*, cit., p. 286 ss.

32 Afferma infatti il giudice che «quando venga in considerazione il titolo di competenza funzionale» della tutela della concorrenza «è la stessa conformità dell'intervento statale al riparto costituzionale delle competenze a dipendere strettamente dalla ragionevolezza della previsione legislativa», Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, p.to 4.1 del *Considerato in diritto*.

33 Proprio in relazione alla libertà di iniziativa economica e ai "concetti generali" suscettibili di limitarla cfr. il commento alla sent. n. 190/2001 ad opera di A. MORRONE, *Libertà di impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 3/2001, p. 1477.

34 Cfr. le considerazioni di L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica*, cit., e F. SACCO, *Competenze statali trasversali e potestà legislativa regionale: un tentativo di razionaliz-*

ritenuto di conservare; effettivamente si può ritenere che il richiamo al giudizio di ragionevolezza inevitabilmente espanda la discrezionalità del legislatore statale e restringa la sfera di intervento del legislatore regionale, perché il primo non trova più, come limite, il sistema di riparto delle competenze, ma esclusivamente il parametro della razionalità e della proporzionalità degli interventi rispetto agli obiettivi attesi.

Nel medesimo anno la Corte si è pronunciata con la sent. n. 272, nella quale anzitutto ha respinto la possibilità, prospettata dalla parte regionale ricorrente, di distinguere le competenze legislative dello Stato da quelle delle Regioni «in ordine rispettivamente a misure di "tutela" o a misure di "promozione" della concorrenza, dal momento che la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato». Utilizzando la categoria della c.d. «materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, 'trasversale'», secondo l'interpretazione avviata dalla sent. n. 407/2002 in materia ambientale, la Corte ha ribadito la spettanza al solo Stato di interventi legislativi, che possono effettivamente andare a toccare «la pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese» con i quali tale materia-funzione si intreccia [35].

Nel 2006, con la sent. n. 80, si è riaffermata la particolare modalità con la quale le materie trasversali, come la concorrenza, operano nell'ordinamento: esse «incidono naturalmente, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse possano ritenersi propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano. Né il legislatore regionale può pretendere di modificare anche solo in parte disposizioni (…) formulat(e) in forma chiaramente inderogabile e che, per di più, preved(ono) al suo interno un ruolo delimitato per lo stesso legislatore regionale» [36]. Ancora una volta gli spazi per l'intervento regolatorio delle Regioni sono apparsi quasi impraticabili.

La successiva sent. n. 401/2007 ha ripreso e riconfermato l'affermazione del carattere trasversale della competenza statale relativa alla tutela della concorrenza, estendendolo anche alla normazione secondaria: riprendendo la sent. n. 303/2003, il giudice delle leggi ha legittimato il condizionamento di disposizioni regolamentari dello Stato nei confronti di leggi regionali incidenti nel

---

zazione (a proposito della "tutela della concorrenza") della Corte costituzionale, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2004.

35 Corte cost., n. 27 luglio 2004, n. 272, p.to 2 del *Considerato in diritto*.

36 Corte cost., 3 marzo 2006, n. 80, p.to 10 del *Considerato in diritto*. Si aggiunge, in tema di modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, che «ciò non avviene a caso, poiché vi si prevede che le Regioni siano eccezionalmente legittimate, rispetto alla nuova legislazione di liberalizzazione del settore, a ritardarne in parte l'immediata applicazione a certe condizioni ed entro un periodo massimo». Sia consentito rinviare al commento di questa e della sent. n. 29/2006 di C. BUZZACCHI, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nelle recente giurisprudenza costituzionale*, in *Regioni,* 3/2006, p. 805, laddove si constata che la risposta del giudice costituzionale, a fronte delle obiezioni delle Regioni in merito al fatto che le rispettive normative possano essere considerate come incidenti in vari altri ambiti materiali, riconducibili a competenze di natura residuale, sia assai netta: essa utilizza in maniera perentoria il titolo della competenza statale di tutela della concorrenza, che è capace di operare su vari e differenti ambiti materiali, e di imporre un unico criterio di carattere finalistico, quello del superamento di assetti monopolistici e dell'introduzione di regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale.

settore del mercato. Ad essa si è aggiunta la sent. n. 443/2007, che ha ritenuto che «una illegittima invasione della sfera di competenza legislativa costituzionalmente garantita alle Regioni, frutto di eventuale dilatazione oltre misura dell'interpretazione delle materie trasversali, può essere evitata non – come prospettato dalle ricorrenti – tramite la distinzione tra norme di principio e norme di dettaglio, ma con la rigorosa verifica della effettiva funzionalità delle norme statali alla tutela della concorrenza. Quest'ultima infatti, per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia» [37]. Come è evidente, è sembrato qui raggiunto il livello massimo di sfavore verso il coinvolgimento delle istituzioni territoriali.

Un'indiretta apertura rilevante nei confronti dell'intervento regolatorio delle Regioni sul terreno della concorrenza si è avuta con la sent. n. 200/2012: vi si è affermato che «l'intervento del legislatore, statale e regionale, di attuazione del principio della liberalizzazione è tanto più necessario alla luce della considerazione che tale principio non è stato affermato in termini assoluti, né avrebbe potuto esserlo in virtù dei vincoli costituzionali, ma richiede di essere modulato per perseguire gli altri principi indicati dallo stesso legislatore, in attuazione delle previsioni costituzionali». Il riferimento all'intervento del legislatore "anche" regionale di attuazione del principio della liberalizzazione è assolutamente significativo, tanto più che si sono indicate specifiche misure la cui fissazione spetta al regolatore regionale: tra esse le discipline della vendita al pubblico di farmaci da banco o automedicazione, l'apertura di strutture di media e grande distribuzione, l'organizzazione sanitaria, che «non vengono assorbite nella competenza legislativa dello Stato relativa alla concorrenza, ma richiedono di essere regolate dal legislatore regionale» [38].

Particolare è stato il contributo della sent. n. 299/2012: perché oggetto della stessa è stata la materia del commercio, ma il giudice ha ammesso in che preponderante misura essa si intrecci con la tutela della concorrenza. La Corte ha ricostruito precedenti occasioni nelle quali è stata chiamata a giudicare normative regionali che disciplinavano la materia degli orari degli esercizi commerciali e dell'obbligo di chiusura domenicale e festiva: con riferimento al quadro normativo della legislazione statale del 1998, e quindi precedente alla revisione del Titolo V, essa ha ritenuto legittimo l'esercizio della competenza in materia di commercio da parte del legislatore regionale solo nel caso in cui le norme introdotte non determinassero un vulnus alla tutela della concorrenza. Significative, in tal senso, le decisioni n. 288/2010 e n. 150/2011: la prima per aver dichiarato legittime normative regionali che avevano introdotto una disciplina più favorevole rispetto a quella statale del 1998, nel senso della liberalizzazione degli orari e delle giornate di chiusura obbligatoria; la seconda per aver annullato discipline di segno contrario.

Riconfermando la propria pronuncia n. 443/2007, il giudice nel 2012 ha ritenuto di escludere che una dilatazione oltre misura dell'interpretazione delle materie trasversali – quale la concorrenza – si potesse valutare sulla base della distinzione tra norme di principio e norme di dettaglio: ha indicato invece la verifica dell'effettiva funzionalità delle norme statali alla tutela della concorrenza come criterio per valutare la legittimità della disciplina statale e per preclu-

37 Corte cost., 21 dicembre 2007, n. 443, p.to 6.3 del *Considerato in diritto*.

38 Corte cost., 20 luglio 2012, n. 200, p.to 7.5 del *Considerato in diritto*.

dere normative regionali produttive di una differenziazione [39] che potrebbe essere poco funzionale.

Un'apertura importante per le autonomie regionali agli spazi della regolazione è stata infine offerta dalla sent. n. 8/2013, che «estende all'intero sistema delle autonomie il compito di attuare i principi di liberalizzazione». Nell'analisi della Corte l'obiettivo perseguito dal legislatore è che «l'azione di tutte le pubbliche amministrazioni – centrali, regionali e locali – sia improntata ai medesimi principi, per evitare che le riforme introdotte ad un determinato livello di governo siano, nei fatti, vanificate dal diverso orientamento dell'uno o dell'altro degli ulteriori enti che compongono l'articolato sistema delle autonomie». Per queste ragioni «il principio di liberalizzazione delle attività economiche – adeguatamente temperato dalle esigenze di tutela di altri beni di valore costituzionale – si rivolge tanto al governo centrale, quanto a Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni, perché solo con la convergenza dell'azione di tutti i soggetti pubblici esso può conseguire risultati apprezzabili» [40]. Il giudice ha aggiunto che «l'ampiezza dei principi di razionalizzazione della regolazione delle attività economiche non comporta l'assorbimento delle competenze legislative regionali in quella spettante allo Stato nell'ambito della tutela della concorrenza, *ex* art. 117, comma 2, lett. e), Cost., che pure costituisce il titolo competenziale sulla base del quale l'atto normativo statale impugnato è stato adottato. Al contrario: grazie alla tecnica normativa prescelta, *i principi di liberalizzazione presuppongono che le Regioni seguitino ad esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche, essendo anzi richiesto che tutti gli enti territoriali diano attuazione ai principi dettati dal legislatore statale. Le Regioni, dunque, non risultano menomate nelle, né tanto meno private delle, competenze legislative e amministrative loro spettanti, ma sono orientate ad esercitarle in base ai principi indicati dal legislatore statale, che ha agito nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di concorrenza*» [41]. La conclusione, riprendendo la sent. n. 200/2012, è stata che si possono concepire interventi del legislatore nazionale che non occupano gli spazi riservati a quello regionale, ma presuppongono invece «che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale». Si è trattato di un'apertura di notevole portata, che le due sentenze del 2014 dalle quali muovono le presenti considerazioni sembrano in larga misura già contraddire: in particolare la sent. n. 125, infatti, riprende il filone del carattere 'finalistico' della materia della tutela della concorrenza, evidenziando la sua estensione non certa perché corrispondente ai mercati di riferimento delle attività economiche incise dai singoli interventi del legislatore statale; e dunque evidenziando la sua idoneità a influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle Regioni.

---

39 Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 299, p.to 8.1 del *Considerato in diritto*.

40 Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 8, p.to 4.2 del *Considerato in diritto*. La Corte specifica che il sistema delle autonomie «risponde ad una logica che esige il concorso di tutti gli enti territoriali all'attuazione dei principi di simili riforme. A titolo esemplificativo, si può rammentare che persino gli statuti di autonomia speciale prevedono che le norme fondamentali delle riforme economico-sociali costituiscono vincoli ai rispettivi legislatori regionali e provinciali, che sono tenuti ad osservarle nell'esercizio di ogni tipo di competenza ad essi attribuita».

41 *Ivi*, p.to 4.3 del *Considerato in diritto*. Il corsivo è di chi scrive.

6. La razionalizzazione della regolazione

Il quadro fin qui tracciato permette ora di aprire una riflessione che da un lato si pone l'obiettivo di comprendere il significato e la portata della nozione della 'ri-regolazione', che nella logica della giurisprudenza della Corte costituzionale è stata assimilata al principio della liberalizzazione; e dall'altro si vuole interrogare sull'opportunità del coinvolgimento, o dell'esclusione, delle autonomie territoriali sul terreno della regolazione.

Occorre qui, necessariamente, riprendere gli approdi ormai ampiamente consolidati della letteratura in tema di liberalizzazioni, di regolazione, di libertà economica e di tutela della concorrenza: questo è infatti il contesto di riferimento, sia che si parli di commercio sia che si parli di professioni, sia che si parli di altri ulteriori ambiti che, benché distinti dalla materia-funzione della tutela della concorrenza, finiscono per essere da questa attraversati e condizionati. Cosicché il ragionamento, se si muove nella prospettiva della creazione di mercati aperti e senza vincoli, è di natura unitaria e discende dall'art. 41 Cost., tanto con riguardo alla finalità delle liberalizzazioni, che attestano il manifestarsi della libertà di iniziativa economica; quanto con riferimento alla regolazione, che interviene laddove si voglia salvaguardare l'utilità sociale ed altri beni costituzionalmente rilevanti.

È chiaramente impossibile dare conto, in questa sede, della consistente produzione scientifica che si è occupata della libertà di iniziativa economica, della sua valorizzazione attraverso le politiche europee e nazionali di liberalizzazione, della funzione pubblica della regolazione associata strettamente al processo delle liberalizzazioni, e infine dei fini sociali che impongono l'esercizio di tale funzione. Si procede a ricostruire i punti irrinunciabili di tale quadro concettuale, perché a partire da quelli pare possibile riflettere poi sulla categoria della 'ri-regolazione' e sulla possibilità che la funzione regolativa – o ri-regolativa – venga condivisa dallo Stato con le autonomie regionali.

Partendo dalla nozione delle liberalizzazioni, di cui si è affermato che è "riassuntiva di fenomeni eterogenei" [42], essa si riferisce a quel complesso di azioni di ripristino nel settore economico della libera iniziativa privata: e ciò attraverso l'eliminazione o la riduzione dei condizionamenti pubblici su essa incidenti quali le regole derogatorie alla disciplina comune a cui sono sottoposte determinate attività e le normative che pongono regole speciali e attribuiscono poteri di intervento e controllo preventivo ad un'autorità pubblica [43]. Il fenomeno così descritto è quanto si definisce correntemente liberalizzazione amministrativa, che presenterebbe natura diversa rispetto alla c.d. liberalizzazione economica, perché mentre la prima si fonda sul superamento e la soppressione di vincoli propriamente pubblici, la seconda implica più ampiamente l'eliminazione di barriere all'entrata in settori economici [44]. L'approccio scientifico alle liberalizzazioni sconta infatti, come altre questioni del sistema economico e produttivo italiano,

---

42 W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *Giust. amm.*, 2012.

43 *Ibidem*.

44 Si rinvia alla distinzione introdotta da S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2000, p. 389 ss.

Si veda inoltre la definizione di G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, e di A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998.

la tendenza delle diverse discipline a ignorarsi reciprocamente, cosicché lo studio dei vincoli amministrativi alle attività economiche viene effettuato dalla scienza giuridica come se si trattasse di questione a se stante da quella delle più generali barriere all'entrata, di cui pare che si occupi più specificamente la scienza economica. In attesa che si adotti un approccio più multidisciplinare [45], si può aggiungere che la liberalizzazione è considerata quindi una manifestazione di politica economica [46], tesa a creare un contesto di rapporti di produzione e scambio di beni e di servizi dove da un lato la libertà economica privata possa liberamente dispiegarsi, e dall'altro i destinatari dei beni e dei servizi – i consumatori/utenti – siano adeguatamente tutelati da molteplici punti di vista [47].

È dunque la libertà riconosciuta e tutelata dall'art. 41 Cost. che è oggetto di perseguimento ad opera del processo di liberalizzazione delle attività economiche: disposizione e fattispecie rispetto alla quale la riflessione della letteratura è stata ampia e sostanziosa, evidenziando l'ambiguità della norma dalla sua genesi in Assemblea costituente alla sua applicazione assai dibattuta nel corso dei decenni. Tale riflessione scientifica, a cui si rinvia, è giunta a qualificare il nostro sistema economico come un modello misto ed a valorizzare il primato ed il riconoscimento della libertà di impresa come fondamentale diritto individuale di livello costituzionale, rafforzato dal dato giuridico e dall'influsso culturale del diritto europeo [48].

Se il processo di liberalizzazione delle attività economiche è volto a dare piena attuazione all'art. 41 Cost., tale applicazione è però da modulare rispetto alla portata complessiva di questa disposizione, che impone di salvaguardare alcuni beni nel valorizzare appieno la libertà individuale. Questi beni sono quelli che si riconducono complessivamente alla clausola dell'utilità sociale, con la quale indiscutibilmente la politica delle liberalizzazioni deve fare i conti: clausola quanto mai difficile da specificare e da ricondurre a interessi concreti che, di volta in volta, possano portare a discipline legislative che in qualche misura vincolano la libertà dei singoli [49]. Infatti ampio è ormai il ricorso a motivi di utilità sociale da parte della giurisprudenza costituzionale, accertati in occa-

---

45 Si vedano le riflessioni di G. BELLANTUONO, *Liberalizzazioni e regolazione: appunti per un approccio interdisciplinare*, in *Pol. dir.*, 4/2007. In particolare l'A. osserva, p. 570, che la convergenza di interessi sul tema delle liberalizzazioni da parte di discipline diverse ha prodotto finora un limitato scambio di conoscenze, con effetti non ottimali nel modo in cui si procede a realizzare concretamente il processo di liberalizzazione: "se ciascuna disciplina è portatrice di visioni diverse, non consapevoli di quanto accade in discipline contigue, la costruzione dei nuovi mercati sarà influenzata solo dalla cultura di coloro che, all'interno di una particolare istituzione, sono investiti di potere decisionale".

46 M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 3/2012, p. 507. L'A. rinvia poi alla nota voce di M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2010, a cui non si può fare a meno di riferirsi.

47 Ancora M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., p. 510, sottolinea come questo doppio fine sia il vero obiettivo delle politiche di liberalizzazione, la cui realizzazione di mercati in libera concorrenza è solo un obiettivo intermedio e strumentale.

48 Cfr. F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Dir. soc.*, 3-4/2009, p. 376. Nella nota 3, p. 375, l'A. ricostruisce buona parte della letteratura che più recentemente si è occupata della portata dell'art. 41 Cost.

In merito all'influsso del diritto europeo si rinvia anche a A. NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 3-4/2013, che osserva, p. 680, come il sistema europeo basato sul principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza sia permeato dallo schema regola-libertà/eccezione-limite.

49 L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2/2014, p. 356 ss. Si veda la rassegna giurisprudenziale ivi proposta.

sione di decisioni che vanno oltre l'ambito della concorrenza: valori come la salute, l'ambiente, il lavoro si prestano a dare consistenza a quell'utilità sociale che può legittimamente comprimere situazioni quali l'autonomia contrattuale e la proprietà privata, oltre che la libertà *ex* art. 41 Cost. Ma in questa sede il limite dell'utilità sociale interessa, evidentemente, nella misura in cui si riverbera sulla concorrenza e costituisce un limite per quella politica che aspira a trasformare il sistema dei rapporti economici in un contesto competitivo, in altri termini un contesto di mercato: è l'incidenza sulla politica delle liberalizzazioni che risulta qui rilevante, e appunto di questo difficile rapporto tra liberalizzazioni e utilità sociale [50] si è occupata la giurisprudenza costituzionale recente – con particolare enfasi nella sent. n. 200/2012 – e, tra le varie decisioni, anche le due sentenze che forniscono lo spunto per queste riflessioni.

Ed è in relazione a questo passaggio logico che si impone la riflessione sulla regolazione: non prima però di avere segnalato una significativa evoluzione che ha caratterizzato la nozione di concorrenza, e che si riflette sullo strumento della regolazione. Il sistema della concorrenza compare oggi nel quadro costituzionale, e di conseguenza nella giurisprudenza della Corte, con una valenza dualistica: da un lato è il risultato dell'esercizio e del pieno manifestarsi della libertà economica dei privati, in conformità alla disciplina *ex* art. 41; dall'altro esso è il modello di rapporti economici che l'art. 117, comma 2, lett. e) include tra le materie che lo Stato deve, in via legislativa, disciplinare. La dimensione soggettivistica è stata affiancata da una concezione oggettiva [51], con la conseguenza rilevante che il ragionamento del legislatore e anche della Corte costituzionale si muove sempre più in un ambito vasto, nel quale non solo si tutela la libertà dei singoli ma si considera come bene costituzionale a se stante un particolare assetto di rapporti economici, dotati di oggettivo valore, indipendente dalle situazioni soggettive dei privati. Come si è avuto modo di osservare, cresce nelle istituzioni politiche – l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma anche la Corte costituzionale – la consapevolezza del valore, al contempo strutturale-costituzionale e strategico, del bene concorrenza, riguardato sia sotto il profilo economico che sotto un profilo ordinamentale. La concorrenza è sempre più avvertita come elemento costitutivo di una retta organizzazione sociale, come se le teorie economiche più accreditate avessero ormai fatto breccia nel sistema dei principi costituzionali [52].

Rispetto a questo quadro diventa rilevante la regolazione, della quale tanta letteratura ha offerto la definizione, che pare di potere sintetizzare così: essa è rappresentata da un insieme di disposizioni di diritto pubblico, che insieme concorrono a perseguire gli obiettivi ultimi della liberalizzazione. Tra questi rientrano primariamente quello di tutelare i soggetti nell'esercizio della loro libertà economica e quello di garantire il benessere dei consumatori-utenti [53], e

---

50 M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., p. 527, esprime tale inscindibile rapporto affermando che le liberalizzazioni non avanzano se non superando concretamente il confronto con l'utilità sociale.

51 Cfr. le riflessioni di F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione*, cit., p. 382 ss.

52 In questi termini sia consentito rinviare a C. BUZZACCHI-F. PIZZOLATO, *L'oggettivazione della concorrenza nella giurisprudenza 2013 della Corte costituzionale*, in *Dir. econ.*, 3/2013, p. 811. Già in C. BUZZACCHI-F. PIZZOLATO, *Liberalizzazione e semplificazione: la giurisprudenza costituzionale 2012 in tema di concorrenza*, in *Dir. econ.*, 3/2012, p. 720, si era osservato come "il linguaggio stesso della Corte è sottoposto a una sorta di torsione, nella direzione dell'acquisizione di categorie d'analisi e perfino talora del piglio predittivo propri dell'economista".

53 M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., p. 510.

più in generale di assicurare l'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali [54]. La *regulation* rappresenta un controllo duraturo sullo svolgimento di attività economicamente e/o socialmente rilevanti, affidato normativamente ad uno specifico organismo amministrativo tecnicamente competente [55]. Essa è solo uno degli strumenti del cosiddetto Stato regolatore del mercato ed è una componente irrinunciabile del processo di liberalizzazione, che non può in alcun modo intendersi come mera eliminazione di regole o assenza di regole, pretendendo invece che se ne verifichi la loro utilità: occorre infatti trovare il giusto equilibrio tra la libertà di iniziativa economica e la tutela degli interessi che possono essere minacciati dalle attività d'impresa; e mantenere le restrizioni alla concorrenza funzionali all'interesse generale e non a quelli di specifiche categorie [56]. La liberalizzazione è così accompagnata dalla codificazione di principi e di direttive liberali che disegnano i confini entro i quali le libertà individuali possono esercitarsi: confini rappresentati dall'accesso al mercato, dalla qualità dei prodotti e dei servizi, dalla formazione di un giusto prezzo, dalla tutela del consumatore e della sua libera scelta [57].

Per tali complesse e articolate ragioni si è affermato che il mercato concorrenziale è pur sempre "un'istituzione 'regolata', che non esclude, ma semmai implica, l'intervento degli apparati a garanzia della complessiva efficacia delle politiche pubbliche" [58]. È partendo da tale presupposto che occorre interrogarsi sul significato della nozione di 'ri-regolazione' che la giurisprudenza costituzionale ha coniato, e che richiede una collocazione nel quadro finora tratteggiato.

Si è visto che la Corte costituzionale in varie delle ultime decisioni – le due che qui si commentano, che riprendono soprattutto le pronunce del 2012 – qualifica la liberalizzazione come «razionalizzazione della regolazione» e riconduce tale modalità di intervento dei pubblici poteri alla dimensione promozionale della concorrenza: specificando che le misure di liberalizzazione così intese sono idonee a «produrre effetti virtuosi per il circuito economico». La liberalizzazione così intesa viene ribattezzata in termini di 'ri-regolazione', la quale avrebbe la capacità di «aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati» e di permettere «ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze». Tale 'ri-regolazione' apparirebbe quasi come un ritorno dello Stato regolatore sulla scena delle attività economiche, per rivedere quelle misure di regolazione che condizionano l'agire degli operatori sul mercato; che si presentano «ingiustificatamente intrusive» in quanto incoerenti rispetto al principio di proporzione; che generano

---

54 L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale*, cit., p. 381.

55 S. AMOROSINO, *Regolamentazione e deregolamentazione, in Enc. scienze sociali, www.treccani.it*, 1997. Inevitabile, parlando di Stato regolatore, il riferimento a A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, nonché ai saggi *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 3/1991, *e «Deregulation» e privatizzazione: differenze e convergenze,* in *Stato mer.*, 2/1992.

56 Si veda M. CLARICH, B. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi giur. econ.*, 2/2013, p. 365. Gli AA. aggiungono che tale equilibrio va calcolato in base al principio di proporzionalità di derivazione europea: alla luce dello stesso la libertà dei privati si presume e i regimi di controllo amministrativo che incidono su di essa devono trovare una giustificazione in ragioni stringenti di interesse pubblico.

57 F. MACIOCE, *Le liberalizzazioni tra libertà e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 4-5/2012, p. 995. V. anche G. DE VERGOTTINI, *Liberalizzazione dei servizi nell'Unione europea*, in *Enc. Giur. Treccani*, *www.treccani.it*, 2009.

58 A. CASSATELLA, *La liberalizzazione del commercio*, cit., p. 936.

«inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori». Una regolazione di questo tipo potrebbe addirittura recare danno a quel valore che, si è detto, legittima e giustifica la regolazione stessa: il valore dell'utilità sociale. Parrebbe allora che per 'ri-regolazione' vada inteso un processo di valutazione e revisione degli oneri regolamentari, che miri ad individuare quelli inutili per mantenere invece «quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali».

L'operazione logica compiuta dalla Corte dal 2012 ad oggi potrebbe apparire contraddittoria e poco lineare, stando alla lettera delle statuizioni: ma al contrario del tutto comprensibile, e in realtà ampiamente sottoscrivibile, se collocata all'interno del quadro finora fornito. Se si ragiona in termini di liberalizzazione come mera deregolamentazione o, meglio, come "affrancamento o alleggerimento del potere amministrativo di conformazione e di controllo", a cui si associa l'eliminazione o la riduzione di regole pubblicistiche [59], è evidente che le argomentazioni del giudice costituzionale appaiono quasi senza senso: laddove egli fa coincidere 'liberalizzazione' e 'razionalizzazione della regolazione', sembrerebbe quasi poco consapevole della lettura più tradizionale e semplicistica del primo dei due termini. Ma, come ormai soprattutto in sede giurisprudenziale risulta avvertito [60], i veri processi di liberalizzazione si compiono all'insegna di un'oculata regolazione. Se è vero, come è stato osservato, che l'eccesso di regolazione e di controlli amministrativi intralcia l'iniziativa economica e scoraggia gli investimenti, tuttavia non tutto può essere liberalizzato e completamente deregolato, perché da ciò derivano ricadute per la sicurezza e l'incolumità degli individui, per i diritti fondamentali dei cittadini, per gli interessi generali del Paese, per la stessa crescita economica e per la libera concorrenza stessa [61]. E allora il binomio liberalizzazione/regolazione non appare più in alcun modo passibile di disgiunzione, benché poi il problema rilevante sia quello di dosare le opportune e appunto 'utili' – per stare al linguaggio della Corte costituzionale – misure di regolazione. Ma un approccio che veda le due nozioni contrapposte pare ormai del tutto superato, perché la prospettiva per i sistemi di mercato moderni – sia che si parli di servizi a reti piuttosto che di servizi pubblici locali, di attività commerciali piuttosto che produttive, di servizi immateriali piuttosto che di beni tangibili – vuole essere quella di una valorizzazione della libertà economica che si sottometta a meccanismi regolatori funzionali alla promozione di beni collettivi irrinunciabili; e che imposti questi meccanismi regolatori in una dimensione dinamica di costante aggiustamento delle regole stesse, in un processo di 'ri-regolazione' inteso come manutenzione razionalizzatrice funzionale ad un affinamento del modello concorrenziale sfrondato dalle regole che inutilmente lo impacciano, ma al tempo stesso ligio a quelle che preservano valori che il mercato comprimerebbe [62].

---

59 Così M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., p. 518, raffigura la portata corrente e più comune del concetto di liberalizzazione.

60 M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2006, p. 82, evidenzia come il ruolo fondamentale svolto in materia di regolazione sia da assegnare più all'autorità giudiziaria che al legislatore.

61 F. BASSANINI, *Introduzione*, in B.G. MATTARELLA-A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico*, Passigli Editori, Bagno a Ripoli, 2013, p. 13.

62 Per comprendere questa opera di manutenzione, valgono le osservazioni di M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e la Costituzione*, in B.G. MATTARELLA-A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente*, cit., p. 46: "spesso le politiche di liberalizzazione hanno avuto aggiustamenti e ripensamenti, sono state avversate, non sono state comprese e neanche spiegate, molto

D'altra parte è stato osservato come i processi di liberalizzazione abbiano contribuito al significativo aumento delle regolazioni, e come ormai in questo scenario abbia un ruolo rilevante un insieme di strumenti complementari – soprattutto la semplificazione e l'analisi di impatto della regolazione – che si intrecciano e si integrano con l'obiettivo di formulare regolazioni di qualità, che siano necessarie ed adeguate alle esigenze di interesse generale [63]. Anche perché la regolazione è stata a lungo confusa e fraintesa con la nozione di pianificazione [64]: la regolazione va vista come un processo, in cui rileva non solo il momento della formulazione delle regole, ma anche quello della loro concreta applicazione, e quindi per valutare la regolazione occorre esaminare non l'astratta ma la concreta modificazione dei contesti d'azione dei destinatari [65].

Ecco perché se il presupposto del mercato come istituzione regolata può essere ormai acquisito, problema diverso è capire quanto effettivamente le regole siano funzionali alle finalità appena delineate, e quanto vada migliorata la loro qualità. La questione è evidentemente decisiva, posto che non qualsiasi regolazione raggiunge gli obiettivi desiderati: in questa sede non è possibile farsi carico della tematica, sulla quale del resto la letteratura abbondantemente si interroga [66], ma il passaggio che sicuramente rileva è quello di un processo di ridefinizione continua delle regole destinato a rivedere costantemente la regolazione stessa, depurandola da quei vincoli che si sono dimostrati inadeguati. Questa è la 'ri-regolazione' a cui fa riferimento ormai ripetuto il giudice

---

spesso sono state considerate come liberalizzazioni delle semplici ridefinizioni della regolazione in senso pro-competitivo (come nel caso dei taxi o delle farmacie)".

63 N. RANGONE, *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 5061. Nella medesima direzione si vedano pertanto, della medesima A., *Un nuovo modo di regolare: l'Air – Analisi di impatto della regolazione*, in P.G. TORRANI-S. MARIOTTI (a cura di), *Le Autorità indipendenti a 10 anni dalla loro istituzione*, Giuffrè, Milano, 2006; *La valutazione successiva delle regole*, in *Giornale dir. amm.*, 9/2010; *L'Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione nelle autorità indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2010; *La qualità delle regole: molti strumenti, pochi risultati*, in *Studi parl. pol. cost.*, 4/2010; *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, *www.treccani.it*, 2010.

64 M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1/2008, p. 156. Alla regolazione amministrativa è riconducibile ogni misura che presupponga la spontaneità dei processi economici e si proponga di orientarne solo indirettamente e dall'esterno il corso in vista di finalità di interesse generale, mentre si riporta al tipo della pianificazione ogni misura che presupponga un fine di interesse generale da realizzare, prestabilisca le condizioni necessarie affinché quel fine possa dirsi realizzato e si proponga di conformare direttamente i processi economici alle condizioni ipotizzate".

È a S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2/2002, p. 266, che si deve uno dei primi tentativi di distinzione, espresso come segue: "I poteri pubblici disciplinano l'economia in molti modi: determinano programmi, erogano finanziamenti, controllano prezzi, stabiliscono caratteristiche qualitative di beni e servizi, ecc. Ma non ogni volta che sono presenti queste forme di ingerenza pubblica nell'economia si può parlare di regolazione".

65 Cfr. A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 28. Gli AA. osservano ancora, p. 36, come talvolta la *regulation* possa dimostrarsi insoddisfacente perché lo Stato appare invadente, perché gli enti ad essa preposti costituiscono un alto costo, perché in fondo economicamente inefficiente anche dal punto di vista delle attività regolate, compromettendo la dinamica della concorrenza e dell'efficienza produttiva.

66 Si rinvia ancora a M. CLARICH-B. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio*, cit.; a U. MORERA-N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi giur. econ.*, 2/2013; a B. G. MATTARELLA-A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente*, cit., in particolare i saggi di M. DI BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e la Costituzione*, cit.; L. FIORENTINO, *La politica di liberalizzazione in Italia*; F. SILVA, *Liberalizzare è un processo politico e sociale, prim'ancora che economico*.

Interessante anche la valutazione del presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e mercati: Regno Unito e Italia nel contesto europeo*, *The Annual Report of the Italian Competition Authority: major reform challenges*, in *www.agcm.it, 2014*.

delle leggi, consapevole del fatto che le liberalizzazioni – o meglio, il principio della liberalizzazione, come suona la formula a cui la Corte ricorre – nulla hanno a che fare con l'automatica e generalizzata eliminazione delle molteplici regole: ma che esse coincidono piuttosto con un appropriato apparato regolatorio, che si giustifica in funzione della promozione di un bene assai complesso e variegato, quello dell'utilità sociale, che – si potrebbe dire – finisce ormai per rendere inscindibile il legame tra liberalizzazioni e regolazione, conducendo il custode della Costituzione ad affermare che la liberalizzazione è la razionalizzazione della regolazione; e conducendolo altresì ad assegnare a tale nuovo concetto, frutto evidentemente di equilibri delicati, mutevoli e necessitanti di valutazioni ascrivibili a diverse discipline [67], la denominazione di 'ri-regolazione'.

In tale prospettiva, rimane da affrontare l'ultima questione problematica: quella del riconoscimento di spazi di legittimo intervento in materia di regolazione a favore delle autonomie territoriali.

7. La regolazione tra Stato e autonomie

Le riflessioni finora svolte consentono di fissare un primo punto fermo del quadro interpretativo dal quale è possibile valutare la legittimità della regolazione di derivazione regionale [68]: se la competenza trasversale o materia-funzione della tutela della concorrenza, un tempo desunta dalla libertà di iniziativa economica [69] ma ora direttamente protetta dall'art. 117, comma 2, lett. e), incontra nei concetti generali dell'"utilità sociale" e dei "fini sociali" i presupposti legittimanti un intervento di regolazione da parte dei pubblici poteri, la funzione regolativa non è più in alcun modo contrapponibile all'obiettivo del perseguimento di quel contesto dove liberamente possono accedere e confrontarsi una pluralità di operatori economici, che si qualifica come 'mercato'. La revisione costituzionale del 2001, che ha assegnato allo Stato la potestà esclusiva non in materia di concorrenza bensì di "tutela della concorrenza", esige da esso interventi destinati a "una situazione di fatto da conservare (se c'è), o una situazione da promuovere o da instaurare (quando non c'è)" [70]. La regolazione amministrativa rappresenta una prerogativa che non può più essere intesa in senso conformativo, ma di tutela rivolta tanto alle imprese quan-

67 Si fa ancora riferimento alle riflessioni di G. BELLANTUONO, *Liberalizzazioni e regolazione*, cit. L'A. osserva, p. 570 ss., come la transizione alla concorrenza richieda di rendere compatibili con i vincoli tecnologici i comportamenti di un numero elevato di soggetti, e come dunque sia inevitabile il coinvolgimento delle discipline ingegneristiche e informatiche, con tutte le difficoltà dei tecnicismi di questi linguaggi settoriali. La strada da seguire "per diffondere la consapevolezza sul reale impatto delle liberalizzazioni, nonché per scegliere in modo trasparente le modalità con le quali realizzarle" deve essere quello della interdisciplinarietà, tanto più in un Paese come l'Italia "storicamente non favorevole all'affermazione della concorrenza. L'influenza comunitaria è stato il principale fattore che ha messo in moto un processo di cambiamento in numerosi settori". L'A. conclude osservando che "non è chiaro se nel prossimo futuro sarà ancora possibile sfruttare la pressione delle istituzioni comunitarie per superare le resistenze alle riforme".

68 Sia consentito, per le riflessioni che seguono, rinviare ancora a C. BUZZACCHI, *Il concorso del legislatore statale*, cit.

69 Per un quadro complessivo e ricostruttivo di tale dibattito prima della revisione del 2001 si rinvia a M. ANTONIOLI, *Appunti per un nuovo studio sul diritto pubblico della concorrenza*, in *Dir. econ.*, 2/2000, p. 376 ss., e a L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V*, cit., p. 347 ss.

70 In tal senso si veda, autorevolmente, G. CORSO, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 985.

to ai consumatori [71] e destinata ad assicurare la complessiva efficienza del sistema e la corretta allocazione delle risorse, secondo il valore costituzionale dell'utilità sociale. Tutela della concorrenza e regolazione costituiscono pertanto un binomio non più scindibile, e quindi a seconda dell'assegnazione della competenza in tema di concorrenza, risulterà definita anche l'assegnazione dell'attribuzione in tema di regolazione.

Ed esattamente questo della spettanza della competenza è un secondo punto da chiarire.

La portata della tutela della concorrenza come clausola trasversale è quella di investire tutte le materie, anche quelle affidate alla potestà residuale delle Regioni: tenendo in considerazione la necessità di utilizzare regole non schematiche, tecniche e percorsi flessibili [72], la promozione della concorrenza va reputata un bene pubblico, dal cui perseguimento non è possibile escludere le molteplici autorità che nel nostro ordinamento operano, e che tra l'altro per espressa previsione costituzionale incontrano i medesimi limiti nell'esercizio della loro potestà legislativa. La presenza di norme comunitarie rappresenta un elemento unificante [73] che da un lato toglie problematicità ad un coinvolgimento delle istituzioni regionali, e dall'altro rappresenta un argine laddove la tendenza delle Regioni fosse quella di applicare un'eccessiva differenziazione, che diventerebbe poco auspicabile qualora determinasse crescita dei costi sociali e dei costi per gli operatori, nonché difficoltà per i cittadini ad adottare comportamenti uniformi [74].

Il contesto europeo è un riferimento anche sotto un altro profilo. È stato osservato che la tutela multilivello della concorrenza è un fatto, essendo già in-

---

71 M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 115 ss., enuclea nella giurisprudenza costituzionale i casi, non del tutto frequenti, in cui essa interpreta correttamente la tutela della concorrenza in senso promozionale: è vera promozione quando "s'intende ciò che tale espressione ha significato, nel diritto europeo, in ordine alle politiche di liberalizzazione di settori prima regolati con assetti monopolistici (telecomunicazioni, elettricità ecc.); e cioè se per promozione della concorrenza s'intende la politica di superamento di barriere legali all'entrata di nuovi soggetti in certi mercati". L'A. osserva che non è invece promozione quella delle misure statali che attengono, piuttosto, a politiche di sostegno settoriali o territoriali: "la Corte sembra identificare (arbitrariamente) «promozione della concorrenza» e «promozione (sostegno) di imprese o settori economici»".

72 Cfr. in questi termini L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e regolazione pro-concorrenziale (tra Stato e Regioni)*, in L. AMMANNATI-T. GROPPI (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 128.

Di segno opposto l'interpretazione di M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 111 ss., che ritiene che la formulazione costituzionale *ex* art. 117, comma 2, lett. e) abbia un triplice rilievo normativo:

"*a*) la doverosità dell'esercizio della funzione (normativa ed amministrativa) di tutela della concorrenza da parte dello Stato;

b) la sottrazione alle Regioni e agli enti locali di qualsiasi potere (normativo od amministrativo) di intervento positivo in materia, ancorché con finalità integrative o rafforzative degli standard di intervento determinati dalla normativa statale (non sarebbe costituzionalmente legittima, dunque, l'ipotetica istituzione di un'autorità *antitrust* regionale da parte di una Regione);

c) il divieto, in capo alle Regioni e agli enti locali, di contrastare o frustrare le regole e gli obiettivi del diritto generale della concorrenza, stabiliti dalle leggi dello Stato, con misure di regolazione amministrativa incompatibili con i principi sostanziali della materia".

L'A. conclude stigmatizzando "leggi regionali o regolamenti comunali che regolano il funzionamento di mercati locali con norme volte a creare artificiali barriere all'entrata di nuovi operatori, o a limitare la concorrenza di prezzo o il ricorso a determinate modalità di offerta, o a favorire accordi cooperativi fra gli operatori già presenti nel mercato, ovvero ancora a fornire aiuti a determinate imprese, con possibili distorsioni del processo competitivo".

73 L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza*, cit., p. 135, sottolinea che l'estensione dei vincoli comunitari anche alle Regioni "raggiunge una rilevante ampiezza quando siano implicati obiettivi di tutela della concorrenza o di liberalizzazione e regolamentazione di alcuni mercati".

74 *Ivi*, p. 136.

cardinata su più livelli: quello comunitario e quello nazionale. E che così come misure concorrenziali possono essere differenziate nelle diverse parti del mercato unico europeo, così le medesime misure possono differenziarsi, senza ledere la concorrenza, in diverse parti dello stesso territorio nazionale [75].

Partendo da queste due prospettive, indubbiamente va riconosciuto che l'orientamento della Corte è stato prevalentemente quello di una lettura estensiva di competenze statali in vari ambiti, e tra questi anche in quello della concorrenza [76]. Se si vogliono individuare le materie che si possono considerare 'regionali' di rilevanza economica, non basta infatti andare a rintracciare le effettive competenze, ma occorre valutare come le tecniche di riparto utilizzate dalla Corte (trasversalità, prevalenza e sussidiarietà) ne hanno attenuato la decisività [77]. Quindi complessivamente le operazioni di interpretazione a cui è ricorso il giudice delle leggi sembrano veramente chiudere gli spazi alla capacità regolativa delle Regioni, ad eccezione di alcune saltuarie aperture, come quella contenuta nella sent. n. 200/2012 o nella sent. n. 8/2013, già richiamate, per il fatto che si prevede «l'intervento del legislatore, statale e regionale, di attuazione del principio della liberalizzazione» [78].

Ma proprio a partire dai passaggi logici qui evidenziati, si può contestare tale indirizzo giurisprudenziale.

Anzitutto l'argomento del diritto europeo ci riporta proprio alle sentenze qui commentate ed all'interrogativo sollevato in apertura di queste riflessioni, allorché ci si è chiesti se la matrice sovranazionale del diritto pro-concorrenziale debba necessariamente condurre ad una sistemazione univoca dei rapporti tra Stato e Regioni: proprio su un terreno come quello della tutela della concorrenza il giudice costituzionale continua a ritenere di trovare nelle norme dei Trattati un parametro che appare quanto mai congeniale a ricondurre interamente allo Stato le competenze, ma a chi scrive non pare quello l'argomento dirimente. Il vincolo *ex* art. 117, comma 1, Cost. non serve ad escludere le Regioni da politiche ed interventi che proprio il diritto europeo non può in alcun modo assegnare all'uno o all'altro livello di governo [79]: serve piuttosto a pre-

---

75 L'argomento è suggerito da L. BUFFONI, *Riparto di competenze legislative ed ordine giuridico del mercato*, in *Regioni*, 2/2013, p. 329.

76 V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, in *Regioni*, 1/2007, p. 21.

Del medesimo avviso v. A. ANZON, *I poteri delle regioni. Lo sviluppo attuale del secondo regionalismo*, Giappichelli, Torino, 2008, con particolare riferimento alla tutela della concorrenza, p. 115 ss.

77 L. BUFFONI, *Riparto di competenze legislative*, cit., p. 341. Nel ricostruire la giurisprudenza costituzionale, L'A. osserva, p. 331, come "l'ipostatizzazione a valore dell'uniformità statale della disciplina della concorrenza, senza la concreta valutazione della ragionevole funzionalità della legge uniforme all'assetto concorrenziale del mercato, abbia già condotto il giudice costituzionale ad esiti paradossali"; e aggiunge che nessuna delle materie economiche che si possono dire regionali è effettivamente riservata alle Regioni: "si staglia sempre dinnanzi il controinteresse, concorrente o prevalente, della tutela della concorrenza e la possibile attrazione in sussidiarietà".

78 F. SAITTO, *La Corte costituzionale*, cit., p. 5, osserva come "in definitiva, la Corte sembra sostenere che il principio di liberalizzazione si applica per forza propria anche alle Regioni. La legge statale si è infatti limitata a esplicitarlo nell'ambito della sua competenza trasversale, ma tale principio si applica direttamente alle Regioni nelle materie di loro competenza concorrente e residuale in forza dell'art. 41 Cost. e non in virtù della legge statale. Lo Stato, in sintesi, è così – salvo, probabilmente, che non ricorrano i presupposti per un suo intervento in sussidiarietà – autorizzato a porre solo il *principio* ma non necessariamente tutte le *regole* che saranno decise in applicazione del principio stesso".

79 Tale prospettiva è approfondita da M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 4/2004, p. 705.

tendere un corale rispetto dei principi e delle regole sovranazionali, a prescindere dall'istituzione che nell'ordinamento interno è titolare delle varie funzioni.

Soprattutto la trasversalità della materia in questione non pare rappresentare argomento sufficiente a precludere alle Regioni – ma in misura considerevole anche ai Comuni, per effetto dell'art. 118 Cost. – significativi interventi in ambiti materiali che l'art. 117, commi 3 e 4, Cost. chiaramente ad esse assegna: gran parte dell'industria ma anche il commercio interno sono settori di tale rilevanza in campo economico che risulta veramente difficile ritenere ammissibile una concezione della concorrenza come sistema dei rapporti economici su cui il livello regionale non sia in grado di incidere. La "regolazione economica decentrata" [80] non può non riguardare la realtà del commercio, delle professioni, dell'industria, dell'agricoltura, dei servizi, compiendo interventi di regolazione che devono essere attenti al contesto territoriale, alle specificità dell'ambiente da molteplici punti di vista, senza tuttavia introdurre gravami che, benché giustificabili sul piano della differenziazione, finiscono però per diventare impacci per le attività economiche stesse. E allora occorre distinguere tra quell'intervento unitario che solo lo Stato può realizzare, e che si esplica in materia *antitrust* e nella fissazione di soglie di garanzia della concorrenza nei diversi settori economici, e quell'intervento differenziatore delle Regioni, che tali standard del mercato libero deve inderogabilmente rispettare laddove, però, provvede a regolamentare specifici mercati e attività economiche locali [81].

La garanzia della concorrenza e del mercato diventa così un elemento unificante [82] del nostro sistema giuridico che presuppone la realtà da unificare, che altro non è se non la "declinazione territoriale del principio inclusivo applicata alla decisione politica della struttura economica": questo argomento fornisce la base teorica per sostenere il concorso della dimensione locale a costruire la nuova unità politico-economica della Repubblica e per interpretare il testo costituzionale nel rispetto degli spazi materiali che «l'art. 117 riconosce, nelle regolazioni economiche, all'autonomia politica regionale» [83].

Conclusioni

Le considerazioni di chiusura vogliono ricomporre il quadro da cui si è partiti, rispetto al quale ci si è interrogati circa l'opportunità, da parte della giurisprudenza costituzionale, a insistere su una accentuata preclusione alle Regioni ad occuparsi di regolazione delle attività economiche dei rispettivi territori; e circa la collocazione della categoria della 'ri-regolazione' accanto a quelle già utilizzate della concorrenza e della regolazione.

A prescindere dalle decisioni da cui sono scaturite queste osservazioni, che verosimilmente hanno riguardato situazioni nelle quali il legislatore regionale aveva effettivamente introdotto vincoli [84] che male si prestavano a promuovere

80 *Ivi*, p. 711.

81 *Ivi*, p. 716 ss.

82 Di elementi unificanti parla A. PAJNO, *Gli "elementi unificanti" nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Astridonline*, 2004, indicando come presupposto dell'operazione di unificazione il fatto che importanti responsabilità siano affidate anche ai livelli diversi dallo Stato.

83 L. BUFFONI, *Riparto di competenze legislative*, cit., p. 358.

84 Si rinvia alle attente analisi della rivista *Disciplina del commercio e dei servizi* per ottenere un quadro più realistico delle problematiche che spesso la legislazione regionale crea in set-

logiche efficienti di mercato in alcuni particolari settori del commercio e dei servizi professionali, la ricomposizione dei vari interrogativi può essere così realizzata: nessuna liberalizzazione può oggi essere impostata in assenza di regole o anche solo con una logica volta a vedere nelle regole dei gravami, che quindi vanno minimizzati. La nozione di 'ri-regolazione' sembra aprire ormai a una fase matura del processo di liberalizzazione, in cui lo sforzo è quello di valutare efficienza ed efficacia delle regole, perché esse possano produrre al meglio gli effetti a cui sono preposte: effetti che nella maggior parte dei casi riguardano valori che il mercato non salvaguarderebbe adeguatamente, e che invece devono essere garantiti proprio allorché si vuole che il sistema economico si ispiri alla logica della libera concorrenza. La nozione di 'ri-regolazione' appare volta a coniugare in maniera collaborativa il versante della liberalizzazione con quello della formulazione delle regole, affinché la promozione del mercato avvenga all'unisono con la promozione di molteplici e diversi valori costituzionali, siano essi di natura sociale o economica.

Tale 'ri-regolazione' rende però ancora più arduo lo sforzo di concepire in maniera coordinata l'intervento dei vari livelli istituzionali nel settore ampio ed articolato della concorrenza. Se il primo approccio regolatore si è avviato all'insegna della centralizzazione delle competenze, la sfida affinché l'approccio 'ri-regolatore', volto ad individuare ed eliminare regole poco efficienti, non spodesti ulteriormente le Regioni delle loro competenze appare quanto mai difficile. Occorre che veramente le Regioni accolgano la prospettiva compatibile col riparto costituzionale vigente, e quindi effettuino interventi regolatori che non abbassino l'intento, espresso dalla regolazione dello Stato, di realizzare un'equilibrata apertura dei settori economici alla logica del mercato. E qui non può mancare un accenno alla revisione costituzionale in corso, che porterà alla soppressione della competenza di natura concorrente e circoscriverà in maniera rilevante la competenza residuale delle Regioni: a fronte di una tale evoluzione nei rapporti tra istituzioni centrali e autonomie, è francamente poco probabile che avanzi una concezione della materia della concorrenza più aperta alle regolazioni regionali. È facile, ma non del tutto auspicabile, la previsione che la 'ri-regolazione' finisca per essere un potere di sola spettanza statale, che determinerà l'estensione dell'uniformità a tutte le situazioni nelle quali il mercato va coniugato con altri valori, lasciando veramente ai margini le opzioni di differenziazione, anche quelle non in dissonanza con gli standard definiti a livello statale.

tori che andrebbero invece più coraggiosamente liberalizzati, e al tempo stesso per cogliere la conflittualità frequentemente pretestuosa tra Stato e Regioni, che non aiuta lo sviluppo delle attività economiche.

Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. *Robin Hood Tax*

di Marco Sica

Corte costituzionale, 11 febbraio 2015 n. 10

Presidente Criscuolo – Redattore Cartabia

È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 53 Cost., l'art. 81, commi 16, 17 e 18, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133), che introduce un'addizionale (c.d. Robin Tax) all'imposta sul reddito delle società (IRES) del 5,5 per cento (poi innalzata al 6,5 per cento) da applicarsi alle imprese operanti nel settore della commercializzazione degli idrocarburi, che abbiano conseguito ricavi superiori a 25 milioni di euro nel periodo di imposta antecedente, con divieto di traslazione sui prezzi al consumo. L'addizionale impugnata, applicandosi solo ad alcuni soggetti economici operanti nel settore energetico e degli idrocarburi, determina una discriminazione qualitativa dei redditi sottoposti a tassazione non supportata da adeguata giustificazione. Infatti, la base imponibile è costituita dall'intero reddito anziché dai soli sovra-profitti congiunturali, anche di origine speculativa, del settore energetico e petrolifero che il legislatore aveva inteso colpire. Inoltre, la suddetta addizionale, non essendo in alcun modo circoscritta a uno o più periodi di imposta, ha un carattere permanente, anziché contingente, e non risulta ancorata al permanere della situazione congiunturale, che tuttavia è addotta come sua ragione. Infine, nella normativa risultano carenti meccanismi di accertamento idonei a garantire che gli oneri derivanti dall'incremento di imposta non si traducano in aumento dei prezzi al consumo. Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale decorrono, tuttavia, dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale al fine di evitare che l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla pronuncia determini uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venir meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea ed internazionale e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime.

Sommario: 1. Premessa. – 2. I vizi della legge sulla c.d. *Robin Hood Tax*: *ratio* e limiti della dichiarazione di illegittimità costituzionale. – 3. Il principio generale dell'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale e la graduazione degli effetti della sentenza sotto il profilo temporale. – 4. Segue: il fondamento del potere-dovere di modulazione degli effetti temporali della sentenza di accoglimento. – 5. Segue: i presupposti. – 6. Il bilanciamento nella vicenda *de qua*. – 7. Le conseguenze di una sentenza retroattiva in tema di *Robin Hood Tax*. – 8. La graduazione degli effetti delle sentenze di accoglimento e il giudizio *a*

quo. – 9. La decisione del giudice *a quo*. – 10. Gli effetti *pro futuro* della sentenza e la loro esatta delimitazione. – 11. Il principio della domanda ed il potere-dovere di graduare nel tempo gli effetti delle sentenze di accoglimento; il rispetto del principio del contraddittorio. – 12. Considerazioni finali.

1. Premessa

Nei primo semestre del 2015 sono state pubblicate due sentenze della Corte costituzionale (si tratta della sentenza che si annota e di quella del 30 aprile 2015, n. 70, relativa al blocco della rivalutazione delle pensioni) che hanno subito destato l'interesse dei giuristi [1] e, più in generale, della stampa e dell'o-

1 In ordine alla sentenza n. 10 si segnalano i seguenti commenti: A. Anzon Demmig, *La Corte Costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, 2; A. Anzon Demmig, *Elogio della sentenza n. 10 del 2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; F. Auletta, *La Robin Tax, la Corte costituzionale e il processo civile: "omnis actor post iudicium tristis*", in *www.judicium.it*, 2015; C. Bergonzini, *Note a margine di Corte cost. n. 10 del 2015: uno sguardo al merito (e alle fonti)*, in *www.forum costituzionale.it*, 2015; M. Bignami, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte Costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it*, 2015; R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; G. Bizioli, *Eguaglianza tributaria e discriminazione soggettiva del redditi. A margine della sentenza n. 10 del 2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; F. Cocozza, *Un salomonico equilibrio tra "giusta misura" e "decisione" nella sentenza n. 10/2015. La Corte costituzionale "vestale" dei conti pubblici tra i guasti del funambolismo finanziario e il miraggio di politiche pro-concorrenziali*, in *www.forum costituzionale.it*, 2015; M. D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; E. De Mita, *Sulla Robin Tax una bocciatura assai discutibile*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 marzo 2015; R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione" – Nota a Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 10*, in *www.federalismi.it*, 2015, 4; G. Fransoni, *L'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della "Robin Hood Tax*", in *Corr. trib.*, 2015, 13; F. Gabriele-A.M. Nico, *Osservazioni "a prima lettura" sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del "togliere ai ricchi per dare ai poveri" alla legittimità del "chi ha avuto, ha avuto, ha avuto…scordiamoci il passato"*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, 2; S. Giubboni, *Le pensioni nello Stato costituzionale,* in *www.eticaeconomia.it*, 2015, 23; A. Lanzafame, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte Costituzionale, n. 10/2015*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, 2; E. Longo-A. Pin, *An evolution in "Italian Style": the Constitutional Court says it will govern the effects of its judgements (and will use the proportionality test to do it)*, in *www.iconnectblog.com*, 2015; C. Mainardis, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, in *www.forum costituzionale.it*, 2015; A. Marcheselli, *Dalla Robin Tax allo Sceriffo di Nottingham*, in www.questionegiustizia.it, 2015; G.MARINO, *La Robin Tax è incostituzionale*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 4; I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale*, in *www. costituzionalismo.it*, 2015, 1; A. Mastroberti, *"Robin Hood Tax" illegittima, irragionevole e mal strutturata, ma solo a decorrere dal futuro*, in *Il Fisco*, 2015, 9; D. Messineo, *"Accadde domani": l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte Costituzionale sulla "Robin Tax"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; A. Morelli, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il "caso" come occasione della "tutela sistemica" della legalità costituzionale e la "forza politica" del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; F. Pedrini, *Sentenze costituzionali in materia finanziaria ed effetti nel tempo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; A. Pin-E. Longo, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?*, in *www.forum*

pinione pubblica [2]. La particolare attenzione riservata alle due pronunce è giustificata dall'importanza ed attualità delle questioni affrontate che riguardano un elevato numero di cittadini (utenti/consumatori e pensionati). L'acceso dibattito cui hanno dato luogo, tuttavia, sembra dipendere principalmente dall'esigenza, avvertita con sempre maggiore frequenza, di chiarire il ruolo che spetta al giudice delle leggi laddove una decisione di accoglimento possa avere un impatto considerevole sul bilancio dello Stato. Si tratta di un tema che periodicamente alimenta la discussione – non solo tra gli studiosi [3] – che,

---

costituzionale.it, 2015; R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con la clausola di irretroattività*, in *www.giurcost.org*, 2015, 1; M. POLESE, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in *www.osservatorioaic.it*, 2015; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; R. ROMBOLI, *La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia "ex nunc" della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla corte nella motivazione*, in *Foro it.*, 2015, I, 5; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; M. RUOTOLO-M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, 2; S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, in *www.giurcost.org*, 2015, 1; D. STEVANATO, *"Robin Hood Tax" tra incostituzionalità e aperture della Corte a discriminazioni qualitative dei redditi societari*, in *Corr. trib.*, 2015, 13; G. TESAURO, *Incostituzionalità della "Robin Hood Tax": ragioni di bilancio über alles*, in *Foro it.*, 2015, I, 6; P. VERONESI, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015.

Moltissimi sono anche i commenti dedicati alla sentenza n. 70 tra i quali si segnalano alcuni di quelli che, più ampiamente, si soffermano sul rapporto tra le due sentenze: A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *www.rivistaaic.it*, 2015; A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale,* in *www.federalismi.it*, 2015; S. LIETO, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015. Quando il presente lavoro era già in bozze è intervenuta la pubblicazione di un comunicato della Corte costituzionale con il quale è stata data notizia di un'altra sentenza della Corte, la cui motivazione non è stata ancora pubblicata, che è destinata a suscitare nuove discussioni. Si tratta della decisione che ha dichiarato la illegittimità costituzionale della normativa in tema di blocco degli aumenti degli stipendi dei dipendenti pubblici con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza. Il tenore del comunicato non è, e non può essere, decisivo per stabilire se la Corte abbia fatto nuovamente uso del potere di graduazione degli effetti temporali della sentenza (in tal senso v. S. CASSESE, *Una Corte che rispetta i vincoli*, in *Corriere della Sera* del 25 giugno 2015) ovvero abbia ravvisato l'esistenza di una fattispecie di illegittimità costituzionale sopravvenuta (in questi termini si è espresso il Presidente emerito della Corte V. ONIDA nell'intervista rilasciata a *Il Fatto Quotidiano* in data 28 giugno 2015).

2 Basti pensare, ad es., al clamore ed alle discussioni suscitate dalla sentenza n. 70 in merito alla quale il Presidente della Corte costituzionale ha ritenuto opportuno concedere un'intervista dal titolo *La Consulta non fa valutazioni economiche*, in *Corriere della Sera* del 21 maggio 2015, cui è seguita l'intervista del Ministro PADOAN dal titolo *La Consulta non ha valutato il buco creato dalle pensioni*, in *La Repubblica* del 22 maggio 2015.

3 Si ricorda, ad es., il *dossier* su *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità* consultabile sul sito *www.cortecostituzionale.it*. In dottrina si veda M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012".

La discussione in merito alle conseguenze dei provvedimenti del giudice, del resto, non riguarda solo le sentenze del giudice delle leggi: basti pensare alla rinnovata discussione sull'impatto che le sentenze dei giudici comuni possono avere sull'attività delle imprese (si segnalano, in proposito, le riflessioni del Vice Presidente del C.S.M. G. LEGNINI nell'articolo pubblicato sul *Corriere della Sera* del 5 luglio 2015, "*Giustizia e imprese le toghe valutino gli effetti delle scelte*").

comprensibilmente, è particolarmente vivace in un momento che è caratterizzato dal perdurare di una gravissima crisi economica e finanziaria, nonostante tutti gli sforzi e i sacrifici compiuti per superarla, che rende estremamente difficile il rispetto degli impegni assunti con la UE.

Nella sentenza n. 10, per la prima volta in termini generali e con un'ampia motivazione, è stato affermato che il giudice delle leggi dispone di un potere di graduazione degli effetti nel tempo delle proprie sentenze di accoglimento [4]. Tale decisione è stata salutata con favore da coloro che hanno ritenuto di identificare nel potere di graduazione un valido strumento per limitare l'impatto della sentenza (e anche di sentenze future) sull'equilibrio di bilancio, mentre è stata criticata da coloro che la ritengono errata sotto diversi profili ed anche pericolosa per gli effetti negativi che comporterebbe in relazione al diritto alla tutela giurisdizionale tanto da ipotizzare che la Corte potrebbe persino avere violato gli artt. 6 e 13 CEDU [5]. La seconda sentenza – nella quale la Corte ha invece ritenuto di non modulare gli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità, pur in presenza di un possibile "costo" incomparabilmente superiore rispetto a quello che sarebbe derivato da una pronuncia avente carattere retroattivo sulla c.d. *Robin Hood Tax* – ha dato luogo a nuovi contrasti [6] che, ancora una volta, vertono principalmente, anche se non esclusivamente, sul rapporto tra salvaguardia dell'equilibrio di bilancio e tutela dei diritti garantiti dalla Costituzione, generando ulteriore incertezza circa l'orientamento che la Corte potrà seguire in futuro nella decisione delle molte questioni sottoposte al suo giudizio che, astrattamente, potrebbero avere un considerevole impatto sull'equilibrio del bilancio statale [7].

Nonostante il numero molto elevato di commenti che risultano essere stati già pubblicati in pochi mesi, continuano a svolgersi seminari ed incontri di studio e di confronto [8].

In questa sede si concentrerà l'attenzione solo sulla sentenza n. 10.

---

4 Uno dei punti discussi riguarda proprio il carattere innovativo dell'indirizzo della Corte rispetto ad altre decisioni nelle quali la Corte aveva già avuto modo di limitare l'efficacia retroattiva di qualche sentenza di accoglimento.

Il tema della modulazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità è stato ampiamente studiato dalla dottrina: si ricordano in particolare i seguenti contributi: ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale,* in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1987-1989) a cura di ROMBOLI, Torino, 1990, 108 ss.; ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale,* in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1990-1992) a cura di ROMBOLI, Torino, 1993, 116 ss.; M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; PINARDI, *La corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale,* Padova, 1997; RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge,* Padova, 2000; PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, Napoli, 2013, nonché AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere,* Milano, 1989.

5 Sul punto si sono soffermati ampiamente R. ROMBOLI, *L' "obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine*, cit.; ID., *La sentenza n. 10 del 2015*, cit., p. 1518 ss.; AULETTA, *op. cit.*, A. PUGIOTTO, *op cit.* e G. TESAURO, *op. cit.*, p. 1928 ss.

6 Cfr. i commenti ricordati alla nota 1.

7 E. DE MITA, *Perché una Consulta moderna è indispensabile*, *Il Sole 24 Ore* del 19 maggio 2015.

8 Da ultimo si segnala il seminario di studi che si è svolto il 15 giugno 2015 presso l'Università degli Studi di Milano avente ad oggetto *La Corte costituzionale e gli effetti delle sue decisioni. Riflessioni a margine delle sentenze 10 e 70/2015*, con relazioni introduttive di VITTORIO ANGIOLINI, MARILISA D'AMICO e ANDREA MORRONE.

Gli interrogativi che la sentenza pone e le questioni in merito alle quali è stata avviata la discussione in dottrina sono molteplici e tutti di indubbio interesse. Non essendo possibile affrontarli tutti con l'approfondimento che meritano, si ritiene più utile concentrare l'attenzione solo sulla questione – una delle più importanti e discusse – delle possibili conseguenze che l'utilizzo della tecnica della graduazione degli effetti nel tempo della sentenza sulla c.d. *Robin Hood Tax* potrebbe avere sul diritto alla tutela giurisdizionale [9].

L'indagine non sarà condotta in termini generali ma attraverso l'esame della sentenza che verrà dapprima analizzata nel suo complesso, dato che la prima e la seconda parte appaiono strettamente correlate tra loro. Per quanto concerne la prima delle due, pur senza prendere posizione in merito alle specifiche questioni di diritto tributario, si cercherà di valutare distintamente i tre capi della sentenza ivi identificabili. Il giudizio circa la graduazione degli effetti nel tempo della sentenza, infatti, potrebbe variare, tenuto conto che il bene della vita che la Corte ha inteso proteggere e il modo e la misura in cui ciò è avvenuto in ogni singolo capo non sono necessariamente gli stessi.

2. I vizi della legge sulla c.d. *Robin Hood Tax*: *ratio* e limiti della dichiarazione di illegittimità costituzionale

La Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 81, commi 16 e 17, d.l. n. 112/2008, e successive modificazioni, che prevede la maggiorazione dell'aliquota IRES per determinati operatori dei settori energetico, petrolifero e del gas, con ricavi e reddito imponibile superiori a determinate soglie via via previste dal legislatore; è stato colpito dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale anche il comma 18 dell'art. cit. che vieta la traslazione dell'onere fiscale sui prezzi al consumo [10].

I vizi che la Corte ha ritenuto sussistenti sono tre e si possono sintetizzare come segue:

a) l'imposizione, "*al di là della denominazione di "addizionale", (…) costituisce una "maggiorazione d'aliquota" dell'IRES, applicabile ai medesimi presupposto e imponibile di quest'ultima e non, come è avvenuto in altri ordinamenti, come un'imposta sulla redditività*" destinata a colpire soltanto l'eventuale parte di reddito suppletivo "*connessa alla posizione privilegiata dell'attività esercitata dal contribuente al permanere di una data congiuntura*" [11];

b) l'incongruenza dell'imposizione, e si tratta di invalidità ancora più grave di quella di cui alla lett. a), dovuta al fatto che il legislatore non si è limitato a

9 Non si intende, quindi, esaminare in questa sede il tema in termini generali ma solo con riferimento a quanto deciso dalla Corte nella sentenza sulla c.d. *Robin Hood Tax*.

10 La Corte costituzionale ha ritenuto fondata sotto alcuni profili la questione di legittimità costituzionale sollevata da Comm. trib. Prov. Reggio Emilia, ord. 26 marzo 2011 (atto di promovimento n. 215), in *G.U.* 19 ottobre 2011, n. 44, commentata da STEVANATO, *La Robin tax alla prova del giudizio di costituzionalità,* in *Corr. trib.,* 2011, p. 1678, e da COVINO-MAIORANA-STEVANATO-LUPI, *Robin Hood tax: un altro tributo selettivo,* in *Dialoghi trib.,* 2011, p. 402.

In generale sulla normativa in tema di c.d. *Robin Hood Tax* si rinvia a C. PESSINA-A. PESSINA, *La Robin Hood tax per i settori petrolifero ed energetico,* in *Fisco 2,* 2008, p. 5125; PETRANGELI, *L'addizionale Ires dovuta dalle società dei settori petrolifero, del gas, e dell'energia elettrica,* in *Corr. trib.*, 2008, p. 2967; BONTEMPO, *L'Agenzia delle entrate chiarisce le modalità di applicazione dell'addizionale Ires «Robin tax»,* in *Corr. trib.*, 2010, p. 2624.

11 Cfr. il punto 6.5.1. della motivazione.

"*fronteggiare una congiuntura economica eccezionale*" ma ha introdotto un regime fiscale "*senza limiti di tempo*" che, come tale, potrebbe continuare "*(...) ad operare ben oltre l'orizzonte temporale della peculiare congiuntura*" [12];

c) infine, anche se certamente non si tratta di un vizio di minore portata rispetto agli altri due, perché "*Il divieto di traslazione degli oneri sui prezzi al consumo risulta difficilmente assoggettabile a controlli efficaci, atti a garantire che non sia eluso*" con la conseguente "*inidoneità della manovra tributaria in giudizio a conseguire le finalità solidaristiche che intende esplicitamente perseguire*" [13].

Tipo e natura dei vizi riscontrati, la cui esatta portata si cercherà di chiarire ancor meglio in seguito, rendono fin da subito evidente la reale portata della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Il giudice delle leggi, infatti, non ha minimamente censurato lo scopo perseguito dal legislatore perché "*non si può escludere che le peculiarità del settore petrolifero si prestino, in linea teorica, a legittimare uno speciale regime tributario*" ed inoltre "*non è del tutto implausibile ritenere che questo settore di mercato possa essere caratterizzato da una redditività, dovuta a rendite di posizione, sensibilmente maggiore rispetto ad altri settori, così da poter astrattamente giustificare, specie in presenza di esigenze finanziarie eccezionali dello Stato, un trattamento fiscale ad hoc*" [14].

In modo coerente con questa impostazione e a prescindere dal fatto che nelle sentenza sembra emergere una sorta di intensità della gravità dei vizi riscontrati, la Corte non ha mancato di sottolineare anche che l'illegittimità costituzionale deriva essenzialmente dalla "*incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo, in sé e per sé legittimo, perseguito*" [15].

L'esatta natura della dichiarazione di legittimità costituzionale ed anche i suoi limiti risultano ancora più nitidamente se si rivolge l'attenzione alla parte terminale della motivazione della sentenza nella quale, ribadito il giudizio negativo circa l'inidoneità dei mezzi individuati dal legislatore per perseguire le finalità sottese alla normativa in tema di Robin Hood Tax [16], la Corte non manca di evidenziare espressamente che il legislatore ben può "*provvedere tempestivamente al fine di rispettare il vincolo costituzionale dell'equilibrio di bilancio, anche in senso dinamico (...), e gli obblighi comunitari e internazionali connessi (…)*" e di aggiungere, cosa ancora più importante, che ciò potrebbe essere fatto anche

---

12 Cfr. il punto 6.5.2. della motivazione.

13 Cfr. il punto 6.5.3. della motivazione.

14 La Corte ha altresì aggiunto che "*La complessa congiuntura economica così ricostruita dal legislatore che vi ha ravvisato spinte contraddittorie, costituite dall'insostenibilità dei prezzi per gli utenti e dalla eccezionale redditività dell'attività economica per gli operatori del petrolio, ben potrebbe essere considerata in astratto, alla luce della richiamata giurisprudenza di questa Corte, un elemento idoneo a giustificare un prelievo differenziato che colpisca gli eventuali "sovra-profitti" congiunturali, anche di origine speculativa, del settore energetico e petrolifero*".

15 Cfr. il punto 6.5.4. della motivazione, ma anche il punto 6.5.

16 Non basta, secondo la Corte, che lo scopo sia legittimo ma occorre anche che "(…) *i mezzi approntati siano idonei e necessari a conseguirlo. Infatti, affinché il sacrificio recato ai principi di eguaglianza e di capacità contributiva non sia sproporzionato e la differenziazione dell'imposta non degradi in arbitraria discriminazione, la sua struttura deve coerentemente raccordarsi con la relativa ratio giustificatrice. Se, come nel caso in esame, il presupposto economico che il legislatore intende colpire è la eccezionale redditività dell'attività svolta in un settore che presenta caratteristiche privilegiate in un dato momento congiunturale, tale circostanza dovrebbe necessariamente riflettersi sulla struttura dell'imposizione.*" (punto 6.5.).

"(…) rimediando ai rilevati vizi della disciplina tributaria in esame." [17].

Da questo primo esame della sentenza emerge quindi in modo palese che la censura della legislazione in materia è, da una parte, circoscritta ai soli mezzi con cui è stata perseguita una finalità ritenuta legittima e, dall'altra parte, che l'art. 81 ha leso i diritti dei soggetti passivi dell'imposta dell'addizionale IRES (in relazione ai quali la sentenza potrebbe astrattamente far sorgere un diritto alla restituzione di quanto pagato e a non pagare per il futuro) ma anche quelli di altre categorie di soggetti (utenti/consumatori) perché la manovra tributaria si è rivelata inidonea "*(…) a conseguire le finalità solidaristiche che intende esplicitamente perseguire* (…)".

In questo quadro, molto articolato e complesso, il legislatore è stato lasciato libero di individuare il modo migliore di garantire il rispetto del vincolo costituzionale dell'equilibrio di bilancio senza escludere, tuttavia, la possibilità che venga ancora prevista una peculiare tassazione degli operatori economici del settore petrolifero e dell'energia sempre che, in tal caso, la nuova disciplina tributaria sia immune dai vizi riscontrati dalla Corte nella normativa dichiarata incostituzionale [18].

Con riserva di tornare sul punto in seguito, quando si cercherà di indentificare con maggiore precisione quali sono gli effetti della sentenza che si annota, si può fin d'ora rilevare che non può ritenersi corretta una valutazione della sentenza della Corte che trascuri di considerare, ai fini della verifica della salvaguardia del diritto alla tutela giurisdizionale, che i soggetti di imposta non sono gli unici soggetti "beneficiari" della sentenza. Non si deve quindi soltanto chiarire se esista ed in quale misura un diritto in capo ai primi di ottenere la restituzione, in tutto o in parte, delle somme pagate ma anche di garantire il soddisfacimento delle finalità solidaristiche che la legge ha finito per violare invece di tutelare.

3. Il principio generale dell'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale e la graduazione degli effetti della sentenza sotto il profilo temporale

La seconda parte della sentenza è dedicata al tema della retroattività degli effetti e del potere di modulare gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento [19].

Come già si è avuto modo di chiarire, esula dalle finalità del presente lavoro una valutazione in termini generali delle conclusioni cui è pervenuta la Corte. Il tema verrà quindi trattato solo per quanto necessario ai fini della valutazione, sulla base dei vizi riscontrati dalla Corte, degli eventuali effetti pregiudizievoli che l'avvenuta posticipazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale può avere prodotto sul diritto alla tutela giurisdizionale.

Come ha ricordato la Corte, l'esigenza di limitare, in alcuni casi, la retroatti-

17 Cfr. il punto 8 della motivazione in fine.

18 La Corte ha lasciato alla discrezionalità del legislatore la scelta del tipo di disciplina da approvare, ma ha evidenziato chiaramente che, se dovesse essere emanata di nuovo una normativa in tema di *Robin Hood Tax* il legislatore avrebbe l'obbligo di non riproporre i vizi riscontrati nell'art. 81 cit.

19 Cfr. il punto 7 della motivazione.

vità delle sentenze del giudice costituzionale non è certo una novità nel nostro ordinamento ed è stata avvertita anche da altre Corti costituzionali; anche la Corte di Giustizia della UE, del resto, in taluni casi può emanare sentenze non retroattive [20]. Da ultimo si può ricordare che una riflessione è stata avviata anche in ordine alle sentenze di annullamento del giudice amministrativo dopo una recente sentenza del Consiglio di Stato che ha escluso la retroattività dell'annullamento del provvedimento amministrativo impugnato nel dichiarato intento di assicurare una maggiore tutela del ricorrente [21].

Al di là di queste considerazioni, sembra comunque essenziale, per un corretto inquadramento del potere di graduazione, richiamare preliminarmente l'attenzione su un passaggio fondamentale della sentenza il cui valore, senza motivo, appare spesso trascurato. La Corte ha ben chiarito che la questione della graduazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento può essere affrontata solo tenendo conto del fatto che "*l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale è (e non può non essere) principio generale valevole nei giudizi davanti a questa Corte (...)*" [22]. La retroattività ha quindi il rango di principio generale: pertanto, "*di regola*", l'efficacia delle sentenze di accoglimento non può non essere retroattiva.

Non si può considerare irrilevante o scontata tale affermazione. La Corte ha infatti inteso sancire inequivocabilmente che la possibile graduazione degli effetti nel tempo di una sentenza di accoglimento costituisce un'evenienza di carattere eccezionale. Inoltre, e opportunamente, ha inteso evidenziare, quasi allo scopo di prevenire il manifestarsi di velleità riformatrici, che la sentenza n. 10 non può essere travisata ed utilizzata con la finalità di introdurre limitazioni dei poteri del giudice costituzionale che potrebbero comportare lo stravolgimento del ricordato principio generale di retroattività della declaratoria di illegittimità costituzionale [23].

Ma la Corte non si è limitata a fare questo. Infatti, nel chiarire che il potere di graduazione degli effetti ha carattere eccezionale, ha anche evidenziato che il suo esercizio richiede una particolare cautela e che, proprio per questa ragione, non è "*privo di limiti*" [24]. Anche l'uso del plurale non è privo di significato in quanto rende palese non solo che non si tratta di un unico limite, ma di più limiti. Infine la Corte ha chiarito che tali limiti hanno diretto fondamento nella Costituzione.

Il potere di modulazione degli effetti della sentenza ha finalità molto diverse da quelle che, come si ricorda nella sentenza, in passato hanno condotto la Corte ad escludere il carattere retroattivo delle sentenze di accoglimento allo scopo di tutelare la certezza del diritto ad es. nel caso di situazioni giuridiche

---

20 Sul punto, in termini critici, G. TESAURO, *op. cit.*, 1925 ss.

21 Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755. Più in generale non si deve dimenticare che l'art. art. 113, comma 3, Cost. rimette alla legge la regolamentazione degli effetti dell'annullamento degli atti della p.a.

22 Cfr. punto 7 della motivazione.

23 Si segnala che, dopo la pubblicazione della sentenza annotata, è stato presentato il D.D.L. S. 1952 Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87 e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196 in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale iniziativa di Linda Lanzillotta.

24 Cfr. il punto 7 della motivazione, ma si veda anche il punto 8 ove la Corte fa espressamente riferimento al potere di modulazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento ed ai "*relativi limiti*".

soggettive irrevocabili e di rapporti giuridici esauriti [25].

Ciò non vuol dire che non sussista comunque l'esigenza di limitarne l'uso ed evitare che possa venire esercitato senza limiti e in modo arbitrario. Per questo motivo la Corte ha identificato i "*presupposti*" che devono necessariamente ricorrere perché si possa ipotizzare una modulazione degli effetti nel tempo della sentenza ai quali deve quindi riconoscersi il ruolo di vere e proprie condizioni a cui è subordinato l'esercizio di tale potere che, inoltre, come si vedrà, è configurato anche come un dovere.

4. Segue: il fondamento del potere-dovere di modulazione degli effetti temporali della sentenza di accoglimento

Secondo la Corte, la *"(...) regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale*" e ciò *"(...) indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tale potere al giudice delle leggi*." [26].

L'esistenza di tale potere non può essere negata soltanto perché manca una disposizione di legge che lo attribuisca alla Corte in modo espresso. In altre parole, il silenzio della legge non basta ad escluderne la presenza nell'ordinamento, se non è equiparabile ad un divieto.

Non si ignora che, in altre fattispecie, la Corte ha attribuito al silenzio carattere preclusivo, tanto da rendere necessaria la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge nella parte in cui non prevedeva la titolarità di determinati poteri in capo al giudice [27]. Nella specie, tuttavia, non ricorrono le ragioni che, in altri casi, a torto o ragione, hanno indotto ad equiparare il silenzio ad un vero e proprio divieto di esercitare un determinato potere [28]. Il potere di graduare gli effetti della sentenza nel tempo, del resto, costituisce una tecnica decisoria di cui la Corte può fare uso anche quando ciò sia richiesto dalla natura del vizio che inficia la legge per evitare situazioni paradossali come quella che si sarebbe verificata nella specie, come si chiarirà nel prosieguo, in relazione al terzo dei vizi illegittimità riscontrati dalla Corte qualora gli effetti della sentenza fossero retroattivi [29].

Un altro elemento che contribuisce a delineare i caratteri del potere in esame è che la graduazione degli effetti temporali della decisione è doverosa dato che la Corte non può "*non tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali (...)*". La graduazione degli effetti nel tempo della sentenza quindi, da un lato, è eccezionale ma,

---

25 Cfr. il punto n. 7 della motivazione.

26 Cfr. il punto n. 7 della motivazione.

27 Si pensi, ad es., alla sentenza 12 marzo 2007, n. 77, in tema di *translatio iudicii* ove viene precisato che, nella fattispecie esaminata, il silenzio esprime un divieto legislativo tale da richiedere la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 30 legge TAR.

28 Per completezza si deve aggiungere che la Corte sembra avere ricondotto le sentenze che prevedono una graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge alla tipologia delle sentenze c.d. manipolative che sono ammesse da tempo nel sistema di giustizia costituzionale (cfr. punto 8 della motivazione): per chi condivida quest'impostazione non si tratta, dunque, di fare riferimento ad un nuovo potere ma di consentire alla Corte di esercitarlo solo in parte.

29 V. *infra* il punto n. 7.

dall'altro, è anche "*(…) costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco (…)*" [30].

Si tratta quindi di un potere-dovere dal cui esercizio la Corte non può esimersi, sempre, naturalmente, che ne ricorrano i presupposti di cui si parlerà subito dopo. Non si corre in tal modo il rischio che la scelta di esercitare o meno tale potere dipenda da una valutazione discrezionale rimessa alla Corte.

In questo quadro si comprende il motivo per cui l'esatta individuazione dei presupposti, dei quali adesso subito si dirà, riveste carattere essenziale perché sono proprio i presupposti che consentono di accertare concretamente se effettivamente tale potere può essere utilizzato solo in circostanze di carattere eccezionale ed entro limiti tali da non pregiudicare l'effettività della tutela giurisdizionale.

5. Segue: i presupposti

La graduazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento è consentita solamente se sussistono due rigorosi e chiari presupposti che la Corte enuncia espressamente: "(…) *l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco.*" [31].

In più punti della sentenza viene fatto riferimento all'esistenza di uno o più principi costituzionali che, in difetto di una modulazione degli effetti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento. È questo il primo presupposto. La Corte comunque non si limita a ribadirlo in quanto aggiunge che l'esigenza di evitare l'irrimediabile compromissione di uno o più principi deve integrare gli estremi di una vera e propria "*impellente necessità*".

Il secondo presupposto è di altrettanta se non maggiore importanza: la Corte, infatti, chiarisce che non esiste una secca alternativa tra retroattività e non retroattività della sentenza di accoglimento.

Se nel caso della c.d. Robin Hood Tax la Corte ha deciso per "*La cessazione degli effetti delle norme dichiarate incostituzionali dal solo giorno della pubblicazione della presente decisione nella Gazzetta Ufficiale* (…)", questo non significa che tutte le volte in cui la Corte dovesse decidere di esercitare il potere di graduazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento debba avvenire altrettanto. Infatti la sentenza in esame ha inequivocabilmente, e giustamente, esteso la portata del principio di stretta proporzionalità non solo all'individuazione dei casi in cui sia necessaria una graduazione degli effetti nel tempo ma anche all'esatta delimitazione della compressione dell'efficacia retroattiva della sentenza che deve essere obbligatoriamente circoscritta "(…) *a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco*".

A seconda delle diverse fattispecie, quindi, la sentenza, quando non possa avere effetto retroattivo in presenza dei presupposti di cui si è detto, non ne-

30 Cfr. il punto 8 della motivazione.

31 Cfr. il punto 7 della motivazione nella parte finale.

cessariamente deve spiegare i suoi effetti solo per il futuro. È ben possibile, infatti, che spieghi i suoi effetti anche per il passato, anche se solo in parte, ove la Corte ritenga che la compromissione dell'efficacia retroattiva sia necessaria a partire da un momento antecedente a quello della data di pubblicazione della sentenza in G.U. [32]. Ancora si deve aggiungere, anche se, verosimilmente, si tratta di ipotesi più remota, che nei casi di efficacia *pro futuro* non sembrano esservi ragioni per escludere che questa si verifichi in un momento successivo a quello della pubblicazione nel caso che l'impellente esigenza di posticipare gli effetti della sentenza di accoglimento nel tempo lo richieda.

Per concludere sul punto, infine, occorre rilevare che, qualora nella sentenza siano riscontrabili distinti capi del provvedimento, il bilanciamento in relazione ad ognuno di essi ben può avere un esito differente. In relazione ad ogni capo della stessa sentenza possano dunque porsi esigenze di tipo diverso: in tali casi ben possono coesistere la retroattività di un capo della sentenza e la non retroattività di un altro capo. Anche questa è una possibilità per circoscrivere, coerentemente con il principio generale della retroattività delle sentenze, la modulazione degli effetti nel tempo nei soli limiti di quanto assolutamente necessario per garantire il contemperamento dei valori in gioco; anzi in molte situazioni può anche rivelarsi l'unico modo di dare attuazione al principio enunciato dalla Corte.

Il fatto che il bilanciamento possa essere operato dalla Corte in modo errato nei singoli casi non è una valida ragione per negare l'esistenza del potere e la possibilità di esercitarlo nei ristretti confini fissati dalla Corte. Un conto infatti è ritenere che una singola decisione non sia condivisibile perché non ricorrono l'uno o l'altro dei due presupposti o anche perché il bilanciamento non è stato effettuato in modo corretto (quando, ad es., venga disposta la totale irretroattiva della sentenza mentre sarebbe stato possibile distinguere tra un capo e l'altro della decisione). Un altro conto, invece, è ritenere che, per questa ragione, la Corte non disponga del potere di graduazione degli effetti nel tempo.

Gli stringenti limiti delineati dalla Corte appaio idonei ad escludere che, in via di principio, tale tecnica possa comportare una limitazione del diritto alla tutela giurisdizionale. Né vale obiettare che le sentenze della Corte non sono impugnabili, trattandosi di un argomento che, come si suol dire, prova troppo dato che la mancanza di rimedi contro le decisioni riguarda tutte le sentenze del giudice delle leggi e non solo quelle con cui venisse esercitato il potere di graduazione degli effetti.

6. Il bilanciamento nella vicenda *de qua*

Naturalmente, al di là del fatto di avere subordinato l'esercizio del potere a due presupposti, ciò che davvero rileva ed è determinante ai fini di una valutazione, è il bilanciamento che la Corte ha operato in concreto [33].

La prima considerazione che la Corte ha svolto – cosa che non sorprende, trattandosi di una legge tributaria ed essendo ben nota la tradizionale ritrosia,

32 È la logica ed inevitabile conseguenza del principio che la compressione degli effetti retroattivi deve essere limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco.

33 Cfr. il punto 8 della motivazione.

per così dire, del giudice delle leggi a "bocciare" disposizioni in materia fiscale [34] – è che "*l'applicazione retroattiva della (...) declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe (…) una grave violazione dell'equilibro di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.*" per "*l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del D.L. n. 112 del 2008 (…)*".

La preoccupazione della Corte riguarda le possibili conseguenze della declaratoria di incostituzionalità dovuta al primo dei tre vizi di incostituzionalità che ha riscontrato a causa dell'indebita estensione della base imponibile operata dal legislatore. La restituzione dei versamenti tributari viene considerata in termini estremamente generici senza identificare i soggetti che avrebbero diritto a chiederla e l'entità delle somme che lo Stato potrebbe essere tenuto a rimborsare. È chiaro che viene in rilievo, a questo riguardo, il contrasto tra il diritto alla restituzione e l'interesse all'equilibrio del bilancio dello Stato destinato ad una verosimile rilevante alterazione [35] anche se la Corte non ha ritenuto di svolgere un'istruttoria specifica sul punto e si è basata, sembra di capire, sulle risultanze delle relazioni annuali predisposte dalla AEEG a norma del comma 18 dell'art. cit.

Ma non esiste solo un problema di costo. Rileva anche il fatto che, per reperire i fondi necessari per procedere alle restituzioni, sarebbe indispensabile "*una manovra finanziaria aggiuntiva*" e, soprattutto, i fondi necessari per provvedere alle restituzioni sarebbero alcuni miliardi di euro [36].

Se è innegabile che l'ammontare delle somme da restituire sia stato tenuto ben presente e che, anzi, il discorso abbia preso le mosse proprio da questo punto, è dubbio che la Corte abbia deciso di graduare gli effetti nel tempo della sentenza a causa dell'esigenza di salvaguardare l'equilibrio di bilancio. Basta considerare, a questo proposito, che la Corte non ha preso in esame solo il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio ma anche altri principi. Il problema delle conseguenze finanziarie della sentenza non sembra quindi avere avuto un'influenza determinante sulla decisione di comprimere l'efficacia retroattiva della sentenza.

La Corte, in effetti, sembra avere ritenuto di dovere valutare le conseguenze complessive della rimozione con efficacia *ex tunc* della normativa in materia di *Robin Hood Tax* e, in questa prospettiva, ha considerato, anzitutto, che si sarebbe potuta determinare una *"(…) irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole. Si determinerebbe così un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.*" [37]. Nella sentenza inoltre si accenna anche alle conse-

---

34 E. De Mita, "*Diritto tributario e Corte Costituzionale: una giurisprudenza «necessitata»*" Introduzione al volume "*I cinquant'anni della Corte Costituzionale. Diritto Tributario*", Roma 2006 a cura di L. Perrone e C. Berliri.

38 Meno sicuro è che lo squilibrio avrebbe messo a repentaglio il rispetto dei parametri europei.

36 Naturalmente l'ammontare dell'importo da restituire nel giudizio *a quo* non è neppure lontanamente paragonabile come era noto alla Corte. Somme di gran lunga superiori sono quelle che lo Stato avrebbe dovuto pagare se si considera l'ipotesi della restituzione delle somme reclamate in tutte le altre vertenze già pendenti alla data di pubblicazione della decisione della Corte ed eventualmente anche in relazione alle domande di rimborso già presentate a tale data.

37 L'argomento viene poi ripreso anche in un altro passaggio della motivazione ove si precisa che "*la cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime dal solo giorno della pubblicazione della presente decisione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica risulta, quindi, costi-*

guenze nell'ambito dello stesso settore petrolifero a causa di un possibile "*indebito vantaggio che alcuni operatori economici del settore potrebbero conseguire – in ragione dell'applicazione retroattiva della decisione della Corte in una situazione caratterizzata dalla impossibilità di distinguere ed esonerare dalla restituzione coloro che hanno traslato gli oneri*" "*determinerebbe una ulteriore irragionevole disparità di trattamento, questa volta tra i diversi soggetti che operano nell'ambito dello stesso settore petrolifero, con conseguente pregiudizio anche degli artt. 3 e 53 Cost.*". Tale ultimo profilo riguarda essenzialmente questioni relative alla tutela della concorrenza nel settore cui è applicabile l'addizionale IRES.

L'argomento che appare fondamentale nel ragionamento della Corte relativo al tema dei rimborsi è comunque il primo tra i due presi in esame: infatti la Corte – in una linea di continuità con quanto rilevato a proposito del terzo vizio di legittimità da essa stessa riscontrato nel punto 6.5.3. della motivazione – manifesta la contrarietà a consentire la restituzione delle somme versate in una situazione in cui è certo che alcuni operatori, in violazione del divieto legislativo, siano riusciti a traslare l'onere fiscale sui prezzi al consumo ed è molto probabile che la traslazione abbia rappresentato un fenomeno generalizzato tanto che la dottrina non ha mancato di evidenziare che il rialzo dei prezzi debba ormai essere considerato strutturale.

I principi di uguaglianza e solidarietà hanno quindi avuto un rilievo dirimente nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali nel senso che sono stati considerati preminenti, specialmente a fronte di un contrapposto valore di carattere meramente patrimoniale, tanto da integrare il presupposto che giustifica l'esercizio del potere di modulazione degli effetti nel tempo della sentenza.

Questa ultima considerazione costituisce un altro elemento che depone nel senso di escludere che la modulazione degli effetti abbia compromesso il diritto alla tutela giurisdizionale in quanto l'esclusione di un diritto alla restituzione non dipende dal fatto che la Corte disponga di tale potere ma dalla ritenuta preminenza di altri principi costituzionali. Dell'esattezza di tale conclusione si cercherà adesso conferma nel paragrafo successivo in cui si tenterà di chiarire quali sarebbero stati gli effetti della sentenza qualora la Corte avesse emanato una sentenza retroattiva (ad es. nel caso che avesse ritenuto, nel silenzio delle legge, di essere priva di un potere di graduazione degli effetti nel tempo) e quindi di cogliere, con maggiore precisione, l'effettiva differenza tra un tipo di sentenza e l'altra [38].

---

tuzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco, in modo da impedire "alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri ... garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali" (sentenza n. 264/2012).

38 Secondo alcuni Autori la Corte costituzionale, ove non avesse potuto procedere alla graduazione degli effetti della sentenza avrebbe probabilmente emanato una sentenza di rigetto. Non sembra questa, tuttavia, l'indagine da compiere dato che è impossibile riuscire a stabilire con certezza cosa avrebbe fatto in tal caso la Corte. È certamente possibile invece, verificare che effetti avrebbe avuto la sentenza che è stata resa ove la Corte avesse deciso di non modularne gli effetti nel tempo.

7. Le conseguenze di una sentenza retroattiva in tema di *Robin Hood Tax*

La verifica circa gli effetti che la sentenza avrebbe avuto ove la Corte non avesse fatto uso del potere di graduazione degli effetti nel tempo non può evidentemente prescindere dal fatto che la Corte ha ritenuto legittimo lo scopo perseguito dal legislatore. Inoltre non si può fare a meno di valutare gli effetti della sentenza con riferimento ad ognuno dei capi della prima parte della stessa che la Corte ha tenuto distinti e ciò anche se non sono da escludere possibili interrelazioni in considerazione del fatto che si tratta di vizi che, pur distinti, inficiano la stessa disciplina tributaria.

Il primo capo da considerare è quello relativo all'applicazione dell'addizionale IRES all'intero reddito dell'impresa, invece che al solo reddito suppletivo e cioè a quella parte specificamente riferibile alla posizione privilegiata dell'attività esercitata in una congiuntura particolarmente favorevole. La dichiarazione di incostituzionalità comporta di per sé un obbligo di restituzione oltre che, naturalmente, il venire meno del dovere di pagare l'imposta per il futuro [39]. Si tratta indubbiamente di un'illegittimità costituzionale *ab origine* ma il diritto alla restituzione delle somme versate attiene solo all'*an*. La sentenza in esame, infatti, non avrebbe potuto costituire il titolo per chiedere la restituzione di tutte le somme versate, ma solo di quella parte dell'addizionale che non è stata calcolata sugli extraprofitti [40].

Si tratta della naturale conseguenza di una dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale che non manca di riflettersi nel giudizio *a quo* nel quale il giudice non potrebbe mai accogliere la domanda di rimborso di tutte le somme versate. Un tale diritto infatti sussiste solo limitatamente alla parte di tali somme corrispondente all'addizionale calcolata sulla parte di reddito relativamente alla quale non sussiste il presupposto impositivo eccezionale richiesto dalla Corte e sempre che, onde evitare un indebito arricchimento, il contribuente che chiede il rimborso abbia rispettato il divieto di traslazione.

Se si passa a considerare il secondo capo della parte della sentenza in esame, si può agevolmente riscontrare che l'illegittimità costituzionale del carattere strutturale dell'imposta non è di per sé idonea a giustificare un diritto alla restituzione delle somme pagate a titolo di addizionale IRES. La Corte, in effetti, quantomeno per gli anni in cui la disposizione ha trovato applicazione, non ha ritenuto che sussistessero e/o fossero venute meno le ragioni per cui l'addizionale era stata introdotta: in alcuna parte della sentenza in effetti viene affermato che sia ormai stato raggiunto il momento in cui sono venuti meno i presupposti impositivi per il mantenimento dell'addizionale. Al contrario la Corte ha espressamente indicato che il legislatore può decidere di prevedere il mantenimento dell'addizionale purché la nuova disciplina tributaria in materia non sia inficiata dagli stessi vizi che la Corte ha già censurato. Si deve ritenere quindi che, in relazione al vizio in esame, l'effetto utile assicurato dalla sen-

39 Si veda *infra* il par. 9.

40 Probabilmente si tratta di un importo molto più basso rispetto a quello versato per calcolare il quale la Corte non ha fornito alcune indicazione. In difetto di un intervento del legislatore, poiché nessuna censura la Corte ha rivolto ai parametri individuati dal legislatore circa l'ambito di applicazione soggettiva dell'addizionale, il calcolo potrebbe essere fatto escludendo l'applicazione dell'addizionale sulla parte di reddito al di sotto della soglia minima oltre la qual scatta l'obbligo di pagare l'addizionale.

tenza della Corte è quello tipicamente eliminatorio. Il venire meno della disposizione incostituzionale consente di evitare che l'imposta possa continuare ad essere applicata anche dopo il superamento della situazione temporanea che ne ha giustificato l'introduzione ancorché tale momento non si sia ancora verificato. Ad una diversa conclusione, ovviamente, sarebbe dovuta pervenire la Corte nel caso in cui avesse riscontrato che, a partire da un certo momento (data della pubblicazione della sentenza o anno antecedente) l'imposta non poteva essere più richiesta essendo venuta meno la situazione contingente in relazione alla quale si sono generati gli extraprofitti da tassare con l'addizionale IRES. In tal caso, il vizio avrebbe rivestito natura assorbente e quindi l'addizionale IRES, a partire da tale data, non sarebbe stata più dovuta su alcuna parte del reddito d'impresa.

In relazione al capo della sentenza in esame, dunque, può forse parlarsi di illegittimità costituzionale *ab origine* che, comunque, inficia solo parzialmente le disciplina in esame. Il vizio riscontrato dalla Corte è quindi destinato a valere solo per il futuro ed impedisce di ravvisare un diritto alla restituzione, anche solo in parte, di quanto corrisposto all'erario a titolo di addizionale.

Il discorso in ordine al terzo capo della sentenza è più complesso.

Il comma 18 dell'art. 81 cit., nel prevedere il divieto di traslazione, non ha inteso tutelare la posizione del soggetto di imposta ed anzi ha dettato una disciplina ritenuta indispensabile per evitare il verificarsi di un pregiudizio a carico degli utenti/consumatori causato dall'aumento dei prezzi al consumo per effetto della violazione del citato divieto di traslazione la cui inosservanza finirebbe per vanificare le finalità perseguite dal legislatore. La traslazione, infatti, è stata vietata proprio per evitare che l'onere economico dell'addizionale IRES gravi su soggetti diversi da quelli individuati dalla legge come soggetti d'imposta i quali non hanno avuto e non hanno conseguito alcun genere di extraprofitti da tassare quindi non potevano e non dovevano essere in alcun modo gravati da maggiori oneri in violazione delle finalità solidaristiche cui è preordinata la normativa in materia.

La Corte non ha ritenuto viziata la previsione di un divieto di traslazione in sé, quanto piuttosto la sua inadeguata regolamentazione con particolare riguardo all'effettiva possibilità di accertamento e repressione degli illeciti, nonché all'irrogazione di sanzioni adeguate. Al di là del fatto che sono titolari del bene della vita che la Corte ha inteso tutelare, in relazione a tale specifico profilo, soggetti diversi da quelli tenuti al pagamento dell'addizionale, occorre prendere in considerazione gli effetti che avrebbe prodotto una sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale con efficacia retroattiva. L'eliminazione con effetto *ex tunc* del divieto avrebbe rischiato di compromettere l'azione di accertamento e contrasto degli illeciti che la AEEG sta conducendo, tra mille difficoltà causate da un precetto legislativo del tutto lacunoso, nei confronti degli operatori sospettati di avere violato il divieto, azione che evidentemente deve proseguire [41].

Si è quindi in presenza, anche in relazione a questo vizio, di un'illegittimità che non avrebbe mai potuto avere efficacia retroattiva: il divieto può ben man-

41 Il fatto che il comma 18 continui a spiegare i suoi effetti per il periodo antecedente alla pubblicazione della sentenza in G.U. non vuol dire che dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale non derivi un obbligo in capo al legislatore di intervenire per attribuire all'AEEG tutti i poteri necessari per garantire che le violazioni del divieto vengano accertate e che gli oneri traslati sui prezzi al consumo vengano restituiti ai consumatori e le condotte illecite opportunamente sanzionate.

care per il futuro qualora il legislatore ritenga di non reintrodurre il pagamento dell'addizionale IRES, mentre è essenziale, relativamente al passato, per garantire il corretto raggiungimento dello scopo – ritenuto legittimo dalla Corte – perseguito dal legislatore con l'introduzione della *Robin Hood Tax*. Del resto, come si è detto, il comma 18 cit. non è stato censurato perché è incostituzionale introdurre un divieto di traslazione, ma per la ragione opposta e cioè perché, nella specie, il legislatore ha omesso di prevedere tutti i poteri ed i meccanismi atti ad accertare le violazioni di tale divieto e a rendere possibile la reazione dell'ordinamento mediante meccanismi di recupero delle somme traslate sui prezzi al consumo ed anche di irrogazione delle sanzioni conseguenti alla violazione del disposto di legge [42].

8. La graduazione degli effetti delle sentenze di accoglimento e il giudizio *a quo*

Uno dei punti più delicati e discussi della sentenza, sul quale maggiormente si sono incentrate le critiche della dottrina, è quello della compatibilità tra la natura incidentale del giudizio di costituzionalità e l'esercizio del potere di modulazione degli effetti temporali della decisione di accoglimento.

La Corte, prevedendo che la questione avrebbe potuto essere oggetto di discussione, si è premurata di trattare il tema osservando che il potere di graduazione degli effetti "*non risulta inconciliabile con il rispetto del requisito della rilevanza, proprio del giudizio incidentale*" in quanto "*(...) tale requisito opera soltanto nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte ad quem al fine della decisione sulla medesima*". La Corte ha altresì aggiunto che non "*si può dimenticare che, in virtù della declaratoria di illegittimità costituzionale, gli interessi della parte ricorrente trovano comunque una parziale soddisfazione nella rimozione, sia pure solo pro futuro, della disposizione costituzionalmente illegittima*" [43].

Non è questa la sede per affrontare *ex professo* tale delicata questione.

Al di là del fatto che, come si vedrà tra breve, la sentenza è destinata ad avere un indubbio rilievo quanto meno per il futuro e che quindi il giudizio *a quo* non risulta vanificato consentendo al ricorrente di ottenere tutto e solo ciò che la Corte ha ritenuto spettargli, sembra opportuno rilevare in via preliminare che le critiche rivolte, sotto questo profilo, all'orientamento espresso dalla Corte circa la possibilità di modulare gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento non costituisce peraltro un motivo per negare che tale potere esista e possa essere esercitato.

Chi ravvisi tale incompatibilità dovrebbe infatti ragionevolmente anche concludere che tale carattere del sistema di giustizia costituzionale potrebbe al massimo portare ad individuare un ulteriore limite, oltre quelli già ritenuti sussistenti dalla Corte, all'esercizio del potere di graduazione degli effetti nel tem-

42 L'art. 81, comma 18, secondo l'interpretazione prevalente che ad esso ha dato la giurisprudenza amministrativa deve intendersi come un disposizione priva di sanzione non essendo stati attribuiti all'AEEG i necessari poteri (cfr., ad es., TAR Lombardia, Milano, sez. III, 27 luglio 2012, n. 2145) e che potrebbe al massimo comportare la restituzione degli oneri traslati sui consumatori.

43 Cfr. il punto n. 7 della motivazione.

po della sentenza consistente nel riconoscere che questa ha necessariamente carattere retroattivo nell'ambito del giudizio *a quo*. Andare oltre significherebbe, all'evidenza, travisare l'argomento. È infatti evidente che, se anche tali rilievi fossero fondati, ciò comporterebbe unicamente che la graduazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento non dovrebbe riguardare il giudizio *a quo*.

Quella del giudizio *a quo*, quindi, è sicuramente una questione importante ma non è determinante dato che nessuna conseguenza potrebbe produrre la graduazione nel tempo degli effetti della sentenza rispetto ad ogni altra fattispecie. Qualora la Corte in futuro dovesse ritenere di riesaminare la questione e pervenire ad una diversa conclusione ciò, pertanto, non inficerebbe in alcun modo il resto del ragionamento che manterrebbe intatta la sua validità.

A parte ciò sembra difficile negare che, in linea di principio, il problema di un possibile stravolgimento del sistema di giustizia costituzionale per il supposto superamento della natura incidentale del giudizio si potrebbe porre solo ove si ritenga che il ricorso alla graduazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento comporti necessariamente che questa non abbia efficacia (retroattiva) nel giudizio *a quo*[44]. Ciò, effettivamente, è quanto sembra avere ritenuto la Corte nella parte della sentenza che si annota, la meno felice della ponderosa decisione, dedicata ai rapporti tra potere di graduazione e giudizio *a quo*. Su questo presupposto, non condivisibile per le ragioni che si evidenzieranno tra breve, si è sviluppato il confronto dottrinale sul punto.

La Corte non ha ravvisato alcun conflitto tra potere di graduazione e natura incidentale del giudizio in cui è stato esercitato. Senza prendere posizione sul punto, che esula dai fini del presente commento, si cercherà di illustrare, in estrema sintesi, le ragioni per cui nella sentenza sulla *Robin Hood Tax* il tema dell'irretroattività della sentenza (e, più precisamente, dell'irretroattività del primo capo della parte dedicata all'illegittimità della normativa tributaria) nel giudizio *a quo* non avrebbe dovuto porsi. L'efficacia retroattiva della sentenza con riferimento a tale giudizio non dipende tanto dall'esigenza di evitare il denunciato stravolgimento del sistema della giustizia costituzionale, bensì dal fatto che sono gli stessi presupposti cui la Corte ha, in modo rigoroso, subordinato l'esercizio del potere di graduazione ad escluderlo. Se si tiene conto dell'oggetto del giudizio pendente davanti alla Commissione Tributaria di Reggio Emilia (azione di rimborso) e del fatto che in caso di retroattività, per le ragioni che sono già state esposte, al contribuente spetterebbe al massimo il rimborso solo parziale delle somme versate, sembra difficile ravvisare, con riferimento a tale giudizio, la sussistenza dei due presupposti ritenuti indispensabili dalla Corte.

---

44 La medesima considerazione si può svolgere con riferimento alle critiche di una parte della dottrina secondo cui la Corte non avrebbe potuto attribuirsi il potere di modulare gli effetti nel tempo della sentenza ma avrebbe dovuto sollevare d'ufficio davanti a sé stessa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 della legge n. 87/1953 ed esercitare il potere di graduazione degli effetti solo dopo averne dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevede che il giudice delle leggi possa modulare gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento. Anche se non è questa la sede per approfondire il problema, si possono svolgere al riguardo due brevi osservazioni: la prima è che il risultato non sarebbe cambiato in quanto, anche procedendo ad una preventiva dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. cit., la Corte avrebbe finito per potere esercitare il potere in considerazione; la seconda è che con la decisione di non perseguire la via della dichiarazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 30 cit., la Corte potrà più agevolmente, e cioè senza procedere ad una nuova dichiarazione di illegittimità costituzionale, valutate le critiche ed i suggerimenti della dottrina, tenere conto di quelli eventualmente condivisi ed elaborare ulteriormente, affinandolo, il ragionamento posto alla base della sentenza n. 10.

Come si è visto, infatti, pur limitando il discorso solo al secondo dei due presupposti individuati nella sentenza, la compressione degli effetti retroattivi deve essere sempre "*limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco*" [45] e nella specie ciò sembra escludere, data l'entità dell'importo del quale il contribuente ha chiesto il rimborso, la necessità di limitare l'efficacia retroattiva della sentenza nel giudizio *a quo* [46].

Non è una questione puramente nominalistica. Chi ritiene che, stante la natura incidentale del giudizio, la sentenza di accoglimento debba sempre avere efficacia retroattiva quanto meno nel giudizio *a quo* fa riferimento ad un effetto naturale ed automatico. Se si porta alle estreme conseguenze il ragionamento della Corte, invece, l'efficacia retroattiva della sentenza nel giudizio *a quo* è la conseguenza del bilanciamento. Il fatto che, verosimilmente, nella maggior parte dei casi il risultato del bilanciamento condurrebbe a non limitare l'efficacia retroattiva della sentenza nel giudizio *a quo*, non toglie in alcun modo che ciò non sia certo e che in talune situazioni la Corte potrebbe giungere anche ad una conclusione diversa.

9. La decisione del giudice *a quo*

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Commissione Tributaria di Reggio Emilia nell'ambito di un giudizio avviato con un ricorso del contribuente avverso il silenzio rifiuto della p.a. sulla richiesta di rimborso dell'imposta versata relativamente all'anno d'imposta 2008 a titolo di addizionale IRES. Dopo la sentenza della Corte, con una recentissima decisione della stessa Commissione, il ricorso è stato accolto ed è stato ordinato puramente e semplicemente il rimborso dell'intera somma pagata dalla società ricorrente [47].

---

45 Cfr. il punto 8 della motivazione.

46 In tal modo verrebbe anche a stemperarsi il contrasto, evidenziato da una parte della dottrina, tra la sentenza n. 10 e la precedente decisione della Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232, nella quale era stato riconosciuto "*il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio*" che verrebbe a "*svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma ritenuta illegittima.*" (G. TESAURO, *op. cit.*, pp. 1927-1928, il quale richiama anche l'orientamento sul punto della giurisprudenza della Corte di Giustizia). Non si può comunque dimenticare che, se è esatta la ricostruzione del fondamento del potere di modulare gli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento, è anche vero che il giudice fa applicazione della norma riconosciuta illegittima ma ciò solo perché, in caso contrario, verrebbero pregiudicati "*principi e diritti di rango costituzionale che altrimenti sarebbero irreparabilmente pregiudicati*" (punto 7 della motivazione della sentenza annotata).

Parte della dottrina propone di estendere la retroattività della sentenza anche a tutti i giudizi di rimborso già pendenti. Non è da escludere che una tale possibilità possa essere eventualmente prevista in una legge che disciplini questa tipologie di sentenze ma, estendendo il discorso al di là del giudizio *a quo* si rischierebbe poi di non riuscire ad individuare un criterio per delimitare l'ambito dell'efficacia retroattiva e quindi potrebbe porsi anche il problema degli effetti in relazione ai procedimenti amministrativi in corso che siano stati avviati mediante presentazione di un'istanza di rimborso per non parlare di quelli che potrebbero essere ancora avviati nel termine di legge. Ma, in tal modo, si finirebbe per far coincidere gli effetti dell'esercizio del potere di graduazione con i limite dei rapporti esauriti con palese stravolgimento delle finalità perseguite dalla Corte.

47 Sentenza 14 maggio 2015, in *Foro it.*, 2015, III, c. 370 ss. con nota di richiami.

Il giudice *a quo* ha motivato tale decisione facendo riferimento, da una parte, al dispositivo della sentenza n. 10 nel quale Corte non ha inserito un'esplicita deroga alla regola della retroattività della sentenza stessa e, dall'altra parte, al fatto che nel nostro ordinamento non esisterebbe una disposizione di legge che permetta alla Corte costituzionale "*di manipolare temporalmente l'efficacia della declaratoria di incostituzionalità di una norma*" [48].

La Commissione Tributaria di Reggio Emilia in tal modo ha recepito alcuni dei rilievi formulati dalla dottrina [49], ma se è lecito discutere ed anche criticare la sentenza della Corte, cosa ben diversa è non applicarla. In questo senso si è espressa la dottrina che, dopo non avere lesinato critiche alla Corte nel commentare la sentenza n. 10 [50], ha ritenuto che "*si può dissentire da tale statuizione, ma non si può dire che essa non esiste nella sentenza o che non abbia portata decisoria*" con la conseguenza che "*(...) su questi punti non può essere il giudice tributario a pronunciarsi, ma la Corte stessa, la quale può ricredersi in futuro.*" [51].

Ancora meno condivisibile è il fatto che la Commissione Tributaria abbia confuso la questione della possibile efficacia retroattiva della sentenza nel giudizio *a quo* con il diritto all'accoglimento automatico del ricorso e conseguente condanna dell'erario alla restituzione di tutte le somme pagate a titolo di addizionale in un determinato anno d'imposta. Tale conclusione, a prescindere da ciò che si pensa in merito al potere di modulazione degli effetti della sentenza, contrasta apertamente con il punto 6.5.1. della motivazione della sentenza che, come si è visto, al massimo potrebbe permettere un rimborso parziale. L'addizionale IRES infatti continua a rimanere dovuta, in base alla sentenza della Corte, sulla "*eventuale parte di reddito suppletivo connessa alla posizione privilegiata dell'attività esercitata dal contribuente al permanere di una data congiuntura.*" Inoltre va considerato che il diritto alla restituzione dell'addizionale calcolata sui profitti "normali" è naturalmente subordinato al rispetto, da parte del ricorrente, del divieto di traslazione: come si è in precedenza rilevato, infatti, la decisione della Corte sul punto non è dipesa da una valutazione negativa del divieto legislativo, ma da una considerazione opposta e cioè che tale divieto è stato ritenuto non idoneo a garantire la protezione dell'interesse tutelato dalla legge. In ogni caso, anche se la sentenza della Corte avesse effetto integralmente retroattivo nell'ambito del giudizio *a quo*, alla mancanza di uno specifico divieto di legge si dovrebbe sopperire applicando il principio generale secondo il quale nessuno ha diritto al rimborso di un'imposta pagata senza averne realmente sostenuto il costo, principio che discende dalla regola generale del divieto di arricchimento senza causa [52].

Sembra quindi che l'orientamento della Commissione di Reggio Emilia non possa e non debba essere seguito da altri giudici tributari per le ragioni sopra esposte. In relazione a giudizi diversi da quello principale, del resto, neppure potrebbero essere invocate le critiche svolte in precedenza circa il risultato del

---

48 Sentenza cit., p. 372.

49 ROMBOLI, *La sentenza n. 10 del 2015*, cit., g. 1520. V. anche PUGIOTTO, *op. cit.*

50 E. DE MITA, *Robin Tax: sentenza discutibile*, in *Il Sole-24 Ore* del 9 marzo 2015.

51 E. DE MITA, *La retroattività «contesa» delle sentenze*, in *Il Sole 24 Ore* del 24 maggio 2015.

52 Sulla ripartizione dell'onere della prova in ordine al rispetto del divieto di traslazione nei processi da rimborso v. F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2014, pp. 181-182.

bilanciamento cui è pervenuta la Corte in relazione al giudizio *a quo* che, del resto, sono volte unicamente a sollecitare una più puntuale verifica in futuro circa la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere in modo indistinto e non già a sostenere che il giudice comune possa ripetere il bilanciamento tra principi costituzionali già eseguito dalla Corte e poi, in base al risultato raggiunto, sovvertire il giudizio della Corte circa il diritto al rimborso.

10. Gli effetti *pro futuro* della sentenza e la loro esatta delimitazione

La sentenza in commento sembra stabilire una chiara ripartizione degli effetti individuando come momento di discrimine la data di pubblicazione della sentenza stessa. Da tale momento, la normativa dichiarata incostituzionale non dovrebbe più spiegare alcun effetto.

A conferma dell'estrema complessità della materia e delle questioni poste dalla sentenza n. 10, subito dopo la sua pubblicazione all'inizio del mese di febbraio del 2015, ha cominciato a porsi il problema di individuarne la reale portata. Secondo una parte della dottrina, infatti, il fatto che la sentenza spiegherà i suoi effetti solo per il futuro vuol dire che ciò avverrà a partire dall'anno di imposta 2015. La dichiarazione di illegittimità costituzionale non sarebbe, dunque, applicabile ai versamenti a titolo di addizionale IRES dovuti a saldo per l'anno 2014 in quanto si tratterebbe di un onere riguardante un periodo d'imposta per il quale l'obbligazione tributaria risultava già configuratasi in modo compiuto, al momento della pubblicazione della sentenza, nel presupposto ed anche nel *quantum* [53].

La sentenza chiarisce espressamente che la graduazione degli effetti nel tempo vale con riferimento ai "*rapporti pendenti*". Qualora, infatti, il rapporto fosse esaurito il problema neppure si porrebbe in quanto opererebbe direttamente la regola secondo la quale la sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale in questi casi non ha efficacia retroattiva. L'imposta quindi sarà dovuta e nessun rimborso potrà essere concesso con riferimento a rapporti eventualmente già esauriti perché ciò risulterebbe in contrasto non solo con la sentenza 11 febbraio 2015, n. 10, ma con tutta la giurisprudenza pregressa della Corte.

Del tutto diverso è il discorso relativo ai pagamenti che avrebbero dovuto essere eseguiti dopo la pubblicazione della sentenza, in quanto il termine di adempimento dell'obbligazione viene a scadere solo successivamente a tale data dopo la quale, come si è detto, la legge non può più avere applicazione e quindi l'addizionale IRES non è più dovuta.

Non possono trovare applicazione nella specie le regole ordinarie in tema di efficacia della legge tributaria nel tempo. Nella sentenza n. 10, infatti, la Corte ha stabilito chiaramente che spetta alla Corte stessa modulare gli effetti della sentenza nel tempo, cosa che in effetti ha fatto. Esiste quindi una regola speciale dettata dalla Corte e vincolante per il giudice *a quo* e per ogni altro giudice, nonché per l'amministrazione finanziaria.

---

53 G. FRANSONI, *op. cit.*, p. 969 ss. Nello stesso senso si sono espresse l'Agenzia delle Entrate con la circolare del 28 aprile 2015, n. 18/E, p. 6 e, in precedenza, l'ASSONIME con la circolare 6 marzo 2015, n. 5, pp. 7-8 la quale si sofferma sulla situazione dei contribuenti che non hanno versato gli acconti nel 2014 e che, accogliendo una tesi diversa, non dovrebbero più nulla.

Tale conclusione trova un chiaro riscontro testuale e logico nella motivazione della sentenza.

Nel compiere il bilanciamento richiesto ai fini dell'esercizio della modulazione degli effetti della sentenza nel tempo, la Corte, prendendo in considerazione il principio dell'equilibrio di bilancio, ha osservato che il problema è costituito dalle "*restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale (...)*". Nessun riferimento viene fatto ai pagamenti ancora da effettuare non essendo ancora scaduto il termine di legge per l'adempimento.

11. Il principio della domanda ed il potere-dovere di graduare nel tempo gli effetti delle sentenze di accoglimento; il rispetto del principio del contraddittorio

Un altro punto su cui la sentenza della Corte suscita qualche perplessità è quello del rispetto del principio del contraddittorio. Il fatto che la Corte possa graduare, nei limiti e con le precisazioni di cui sopra, gli effetti nel tempo delle proprie sentenze di incostituzionalità non significa che tale potere possa essere esercitato senza rispettare il principio del contraddittorio.

Non emerge dal testo della sentenza che sia stata avanzata una richiesta di modulare gli effetti temporali della sentenza e che quindi, nell'emanare la sentenza, abbia provveduto in merito alla domanda di una delle parti [54]. La mancanza di un'apposita istanza non ha impedito alla Corte di esercitare il potere di graduazione degli effetti che nella sentenza è stato configurato come un potere-dovere il cui esercizio quindi deve prescindere dall'iniziativa di parte – che, tuttavia, non è certamente vietata – data la impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali altrimenti risulterebbero irrimediabilmente compromessi.

Il fatto che l'esercizio del potere di graduazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento sia stato configurato nella sentenza n. 10 come eccezionale non vuol dire che la Corte si occuperà raramente della questione. Dopo la sentenza n. 10 è ragionevole ritenere specifiche richieste di modulare gli effetti nel tempo della sentenza possano essere proposte in diverse occasioni [55]. A ciò si aggiunga che le parti interessate a contrastare la possibilità che tale potere venga esercitato ben potrebbero decidere di affrontare, anche in via preventiva, la questione per evitare di trovarsi di fronte all'impossibilità di difendersi nel caso che la Corte decida poi di affrontare la questione d'ufficio. La Corte dovrà quindi prendere in esame tali richieste e provvedere in merito ad esse motivando la sua decisione. In tal modo si potrà chiarire ulteriormente la natura del potere di graduazione degli effetti ed i suoi limiti.

---

54 Sembra peraltro che la richiesta di limitare gli effetti nel tempo della sentenza sia stata avanzata in via subordinata dall'Avvocatura dello Stato durante l'udienza di discussione (A. PIN-E. LONGO, *La sentenza n. 10 del 2015*, cit., p. 4). Anche se ciò fosse vero, non cambiano i termini del discorso svolto nel testo, non venendo meno l'esigenza di una compiuta garanzia del contraddittorio in merito.

55 Ritengono che tale potere potrebbe essere esercitato solo nel caso di apposita richiesta A. PIN-E. LONGO, *La sentenza n. 10 del 2015*, cit., p. 4, secondo i quali dovrebbero anche essere "*offerti elementi a suffragio della richiesta, che potrebbero offrire alla Corte un vaglio più agevole*".

Qualche considerazione va svolta in merito al fatto che la graduazione degli effetti della sentenza sembra essere avvenuta senza che le parti siano state informate di una simile possibilità ed abbiano avuto modo di esporre, per iscritto o almeno oralmente, le rispettive difese sul punto.

Come noto, in linea generale, secondo la giurisprudenza, il giudice è tenuto ad indicare alle parti le questioni che eventualmente ritenga di dovere affrontare d'ufficio [56]. Oggi tale regola è enunciata sia nell'art. 101, comma 2, c.p.c., sia nell'art. 73, comma 3, c.p.a., che sembrano essere a tutti gli effetti espressione di un principio generale che come tale potrebbe essere applicabile anche nel processo costituzionale benché questo non sia equiparabile in tutto e per tutto ad un normale processo civile o amministrativo.

L'esigenza di assicurare il contraddittorio anche su questo punto appare, d'altra parte, meritevole di considerazione. La garanzia del contraddittorio deve esplicarsi sia con riferimento all'esistenza del potere di graduazione degli effetti nel tempo sia, ed è ciò che più conta, in ordine alla verifica della sussistenza dei presupposti che può essere effettuata solo se è noto il principio costituzionale o sono noti i principi in relazione ai quali la Corte potrebbe considerare di provvedere alla graduazione degli effetti. Tale esigenza non solo ricorre nei casi in cui difetti una domanda di parte ed in cui quindi, verosimilmente, il dibattito tra la parti sia stato nullo sul punto, ma anche nei casi in cui vi sia stata una sollecitazione proveniente dalle parti, ma la Corte ritenga di ravvisare l'esistenza dei presupposti in relazione a principi differenti rispetto a quelli discussi tra le parti.

Nella specie le parti non potevano certo immaginare quali fossero i principi in relazione ai quali sarebbe stato effettuato il bilanciamento. La Corte, quindi, avrebbe dovuto indicarli preventivamente per consentire il dispiegarsi del contraddittorio che non è soltanto una garanzia essenziale per le parti del processo, ma è anche lo strumento che permette al giudice (e in special modo alla Corte, su cui grava il compito sempre più difficile ed estremamente delicato di decidere in merito alla legittimità delle leggi) di stimolare il pieno apporto delle parti il cui contributo può fornire elementi di fatto e di diritto per la migliore soluzione delle questioni.

Se rese edotte di una possibile decisione del tipo di quella poi emanata, le parti ben avrebbero potuto fornire un numero maggiore di dati. In tal modo forse si sarebbe potuta evitare, anche senza ricorrere a dei mezzi istruttori, l'insoddisfazione per quei passaggi della decisione dai quali emerge la mancanza di dati precisi in ordine ad elementi rilevanti posti a fondamento di alcuni passaggi della decisione.

Non si ritiene necessaria l'approvazione di modifiche normative che attribuiscano alla Corte nuovi poteri istruttori [57]. L'esplicarsi del contraddittorio, anche per quanto attiene agli aspetti istruttori, ben può consentire di acquisire un maggior numero di elementi in base ai quali prendere la decisione, salvo l'esercizio dei poteri dei quali la Corte già dispone [58].

---

56 Si rinvia sul punto alla nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 30 settembre 2009, n. 20935.

57 Il PDL citato alla nota 24 prevede una modifica dell'art. 13 della legge n. 87/1953 al fine di attribuire alla Corte poteri istruttori specifici.

58 Sui poteri istruttori della Corte si rinvia a G. ZAGREBELSKY-V. MARCIANÒ, *op. cit.*, pp. 318-319.

12. Considerazioni finali

Qualche breve considerazione per concludere il discorso già molto lungo ed articolato.

Nel complesso la valutazione della sentenza è sicuramente positiva anche se, come si è segnalato, non mancano alcuni punti poco chiari ovvero questioni importanti non del tutto risolte oppure, ancora, conclusioni su singoli aspetti che non sono condivisibili.

Nucleo centrale ed innovativo della pronuncia è il fatto che la Corte ha considerato "*le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata*" per decidere di procedere alla graduazione degli effetti nel tempo della propria decisione che è risultata, in base alla disamina analitica che si è compiuta, sostanzialmente coerente con la natura e la portata dei vizi che inficiavano la normativa tributaria dichiarata incostituzionale. Si può quindi ritenere che nella sentenza annotata il diritto alla tutela giurisdizionale non è risultato svuotato dall'esercizio del potere di graduazione degli effetti. Per alcuni aspetti la decisione avrebbe forse potuto essere diversa ma ciò vuol dire che sia possibile mettere in discussione le fondamenta stesse su cui poggia la costruzione della Corte.

Nella disamina della sentenza sono state riscontrate peraltro alcune problematiche su cui sembra opportuna una riflessione.

La questione più delicata e, si ritiene, ancora non del tutto risolta, riguarda la possibilità che il bilanciamento tra principi e diritti in gioco possa essere risolto facendo riferimento al solo principio dell'equilibrio di bilancio e ancor di più che questo possa essere ritenuto sempre prevalente e ciò anche nei confronti del diritto alla tutela giurisdizionale. In altre parole, occorre interrogarsi circa il fatto che la possibilità di graduare gli effetti nel tempo della sentenza possa o debba sussistere solo ed esclusivamente per contenere possibili aumenti della spesa. Nella sentenza n. 10, come si è visto, la Corte non ha deciso di modulare gli effetti per ragioni di equilibrio di bilancio o comunque non solo per questa ragione. Certo la questione è stata trattata e non avrebbe potuto essere altrimenti dato l'ammontare delle somme in gioco. La Consulta ha tuttavia ritenuto di non basarsi solo su considerazioni attinenti al costo delle restituzioni ed ha infatti puntualmente evidenziato l'esistenza di un grave pregiudizio per gli artt. 3 e 53 Cost. che, per le ragioni sopra meglio specificate, in realtà sembra avere assunto rilievo dirimente ai fini dell'esercizio del potere di modulazione.

La ricerca di una pluralità di principi e diritti che risulterebbero irrimediabilmente pregiudicati nel caso di efficacia retroattiva della sentenza è un chiaro segno dell'estrema prudenza con cui la Corte ha ritenuto di procedere in un campo molto delicato quale è certamente quello della graduazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento. Una prudenza che, pur essendo impossibile azzardare delle previsioni, probabilmente caratterizzerà anche la futura giurisprudenza, coerentemente, del resto, con il carattere eccezionale dello strumento in esame. Il principio di stretta proporzionalità posto dalla Corte alla base del bilanciamento può essere rispettato soltanto attraverso una chiara ma anche rigorosa individuazione in concreto dei presupposti dai quali soltanto può discendere l'efficacia retroattiva della sentenza in una determinata fattispecie. Proprio per questo motivo non appare convincente, e neppure del tutto chiara, la motivazione della sentenza in merito agli effetti del giudica-

to nel giudizio *a quo*. Sembra che la Corte non abbia compiutamente inquadrato i termini del problema che, pur essendo strettamente connesso a quello del carattere incidentale del giudizio di costituzionalità, non può essere con questo identificato e, tanto meno, confuso. Da questo punto di vista è sembrata non del tutto convincente la scelta di escludere l'efficacia retroattiva della sentenza in relazione al giudizio *a quo* con riferimento al quale, nell'ambito di un giudizio di bilanciamento, sembra non ricorrere il presupposto di stretta indispensabilità anche in ragione degli stringenti limiti, che sono stati dalla Corte stessa ben delineati, della irretroattività della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

In ordine ai poteri del legislatore non sembra si possa dire che la sentenza li abbia vanificati.

La Corte, infatti, ha lasciato intatta la possibilità di approvare una nuova normativa in materia, purché emendata dai vizi riscontrati, come pure la discrezionalità nella scelta del modo di coprire gli squilibri che comunque la sentenza comporterà sia pure in misura notevolmente ridotta rispetto a quanto sarebbe potuto avvenire nel caso di una sentenza con efficacia retroattiva. Desta qualche perplessità invece il fatto che non sia stato più compiutamente delineato il seguito legislativo della sentenza in relazione alla dichiarazione di incostituzionalità derivante dalla riscontrata esistenza del terzo vizio di legittimità costituzionale. La inadeguatezza della normativa in tema di divieto di traslazione comporta la necessità di un nuovo intervento normativo proprio per evitare – come si desume chiaramente dalla graduazione anche in ordine a questo capo di sentenza – che la questione risulti definitivamente pregiudicata senza possibilità di garantire il rispetto del divieto di indebito arricchimento.

Infine possono forse essere utili alcune osservazioni in vista di un possibile futuro esercizio della tecnica decisoria in altre fattispecie.

Un punto imprescindibile, come si è detto, è certamente quello del rispetto del contraddittorio, sia sull'esistenza dei presupposti per l'esercizio del potere, sia, più specificamente, sui principi e diritti che, ad avviso della Corte, potrebbero essere compromessi nel caso di una pronuncia con efficacia retroattiva; il contraddittorio dovrebbe essere garantito anche in merito all'esatta individuazione del momento da cui la sentenza comincia a spiegare i suoi effetti.

Anche l'esercizio di poteri istruttori come si è detto potrà risultare utile per prendere una decisione, anche se non sembra questo il punto decisivo.

Passando direttamente alla questione delle modalità di redazione della sentenza, sulla base delle considerazioni che precedono, sembrerebbe preferibile, qualora la Corte riscontri una pluralità di vizi, procedere ad una verifica dell'esistenza dei presupposti in relazione ad ognuno dei capi della sentenza, posto che le conclusioni sul punto del bilanciamento potrebbero in astratto essere diverse in relazione ad ognuno di essi.

Ai fini di una maggiore chiarezza circa gli effetti della sentenza, oltre che di una più puntuale valutazione in merito all'esistenza dei presupposti nel rispetto del principio di stretta proporzionalità, parrebbe quanto meno opportuna una precisa identificazione degli effetti in caso di retroattività della sentenza.

Più in generale, in caso di fattispecie particolarmente complesse come quella della c.d. *Robin Hood Tax*, spetterà alla Corte valutare se, ai fini di una maggiore chiarezza e semplicità della motivazione, possa risultare preferibile una sostanziale divisione in più parti della sentenza, come accaduto nella specie, ovvero sia preferibile trattare congiuntamente la questione dell'invalidità della legge, quella degli effetti nel tempo della sentenza e, infine, quella della

sussistenza dei presupposti per la graduazione con riguardo ad ogni singolo vizio riscontrato[59].

59 È chiaro che qualsiasi sentenza di accoglimento che in futuro dovesse prevedere una graduazione degli effetti nel tempo sarebbe molto più semplice: la Corte, infatti, ben potrà richiamare la sentenza n. 10 per quanto concerne tutta la parte dedicata ad affrontare il problema in termini generali.

Equilibrio di bilancio ed effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità di norme tributarie

di Francesco Tesauro

Sommario: 1. La questione tributaria. – 2. La questione degli effetti nel tempo delle sentenze della Corte. – 3. I rapporti esauriti e le situazioni irrevocabili. – 4 Illegittimità futura e illegittimità sopraggiunta. – 5. Cenni di diritto comparato. – 6. L'art. 53, l'art. 81 e il bilanciamento. – 7. Il *dies a quo* dell'incostituzionalità. – 8. Rimedi allo squilibrio di bilancio.

1. La questione tributaria

Con la sentenza n. 10/2015 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di alcune norme tributarie «*a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica*».

Il dispositivo riflette l'art. 136 Cost., ma è nella motivazione che è racchiusa la novità di questa sentenza, perché la Corte, operando un bilanciamento tra contrapposti principi costituzionali (art. 53 e art. 81), sembra quasi legittimare un tributo incostituzionale, se il suo gettito è necessario all'equilibrio del bilancio, ed inoltre perché la Corte esclude – pur accertando una illegittimità originaria – che la pronuncia abbia effetti retroattivi.

La sentenza pone dunque in crisi la certezza che una legge contraria all'art. 53 Cost. sia da dichiarare incostituzionale, perché la violazione dell'art. 53 dev'essere bilanciata con l'art. 81. Pone in crisi la certezza che le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale siano retroattive. Pone in crisi la certezza che le sentenze di accoglimento rendono inapplicabile la norma invalidata nel giudizio *a quo*.

Era in discussione l'aggravamento dell'IRES sul reddito delle società petrolifere, introdotta nel 2008. La Corte non ha ritenuto di dover considerare illegittima la normativa censurata perché discriminava all'interno di una medesima categoria reddituale.

Se ne deriva il corollario, difficilmente condivisibile, che il legislatore potrebbe introdurre aliquote differenziate per i diversi settori imprenditoriali: ad esempio, un'aliquota per i petrolieri ed una per i farmaceutici, un'altra per le imprese bancarie e assicurative, un'altra per le televisioni, ecc. A parità di reddito d'impresa sarebbero permesse aliquote diverse.

In realtà la Corte avrebbe potuto dichiarare incostituzionale la maggior tassazione per il fatto che discrimina all'interno della categoria dei redditi d'impresa (altra cosa è la discriminazione tra redditi di categorie diverse) [1].

1 Cfr. D. Stevanato, *"Robin Hood Tax" tra incostituzionalità e aperture della Corte a discriminazioni qualitative dei redditi societari*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 95.

La Corte ammette in specie la tassazione differenziata dei redditi derivanti «*dalla eccezionale redditività dell'attività economica per gli operatori del petrolio*»; più precisamente, ritiene legittimo «*un prelievo differenziato che colpisca i "sovra-profitti" congiunturali, specie se di origine speculativa*». Ed ha ritenuto illegittima la maggior tassazione perché non colpisce solo i sovra-profitti, ma l'intero reddito [2], ed inoltre perché non è temporanea ed infine perché non è impedita la traslazione.

Sarebbe dunque legittima, secondo la Corte, un'imposta che colpisce i sovraprofitti congiunturali, e che cessa quando cessa la congiuntura.

Un tributo con tali caratteristiche richiama alla mente le imposte istituite in Italia (e all'estero) in occasione delle due guerre mondiali. Si trattava di imposte che colpivano la parte dei profitti delle imprese commerciali e industriali, conseguiti nel periodo bellico, che erano superiori alla media degli utili del biennio precedente la guerra [3]. Quelle imposte colpivano, però, in generale, le imprese commerciali e industriali. Non si limitavano, come l'aliquota maggiorata di cui discutiamo, a colpire in modo discriminatorio solo determinate attività. Se dunque è da condividere la dichiarazione di illegittimità delle norme censurate, la motivazione della sentenza è tutt'altro che condivisibile.

2. La questione degli effetti nel tempo delle sentenze della Corte

Questa sentenza innova in tema di effetti nel tempo delle sue pronunce di accoglimento. La questione degli effetti nel tempo delle sentenze di incostituzionalità, in dipendenza dalla natura della sentenza, fu largamente dibattuta nei primi anni successivi al 1948, e sembrava chiusa nel senso che le sentenze di accoglimento sono sentenze di annullamento *ex tunc* [4].

Con questa sentenza – accogliendo una richiesta subordinata dell'Avvocatura – la Corte esclude la retroattività della pronuncia [5], rivendicando il potere

---

2 Secondo la Corte (punto 6.5.4.), «*il vizio di irragionevolezza è evidenziato dalla configurazione del tributo in esame come maggiorazione di aliquota che si applica all'intero reddito di impresa, anziché ai soli "sovra-profitti"; dall'assenza di una delimitazione del suo ambito di applicazione in prospettiva temporale o di meccanismi atti a verificare il perdurare della congiuntura economica che ne giustifica l'applicazione; dall'impossibilità di prevedere meccanismi di accertamento idonei a garantire che gli oneri derivanti dall'incremento di imposta non si traducano in aumenti del prezzo al consumo*».

3 Cfr. E. MORSELLI, *Le imposte in Italia*, Torino, 1959, p. 114 ss.; P. BORIA, *Il sistema fiscale*, Torino, 2008, p. 74.

4 L'art. 136 Cost., disponendo che la norma della legge o dell'atto con forza di legge, dichiarata incostituzionale, «*cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*», fece pensare che le sentenze dichiarative di incostituzionalità avessero effetti abrogativi. In tal senso P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, p. 81 ss., che però non la ripropose – dopo la legge n. 87/1953 – nel saggio *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 25 ss.

Nel senso della retroattività cfr. E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, 1950, vol. IV, p. 212.

La questione è stata dibattuta in un seminario presso la Corte costituzionale, i cui atti sono raccolti nel volume AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano,1989.

5 Scrive Gentili, dell'Avvocatura dello Stato, che «*Su mia richiesta subordinata, formulata per l'ipotesi in cui la questione fosse stata ritenuta fondata (la sentenza non lo dice, ma risulta dagli atti), la Corte costituzionale ha deciso di escludere la retroattività degli effetti della senten-*

di introdurre limiti alla retroattività. La Corte argomenta la sua tesi affermando che:

a) l'efficacia delle sentenze di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le situazioni divenute irrevocabili e i rapporti esauriti;

b) limiti alla retroattività derivano dalla necessità di salvaguardare principi di rango costituzionale;

c) la Corte avrebbe già in passato operato limitando la retroattività;

d) la comparazione con altre corti costituzionali mostra che la limitazione della retroattività è prassi diffusa.

L'argomento forte dovrebbe essere il secondo. Gli altri sono argomenti di contorno, neppure pertinenti.

3. I rapporti esauriti e le situazioni irrevocabili

L'esistenza di c.d. rapporti esauriti e situazioni irrevocabili, che impediscono alla sentenza di accoglimento di travolgerli, non sono un limite alla retroattività.

I rapporti esauriti e altre situazioni irrevocabili (per effetto, ad es., di decadenza e prescrizione, giudicato, transazione, atti amministrativi definitivi) non sono travolti dalla sentenza di incostituzionalità, non perché la retroattività della sentenza sia limitata, ma perché operano altre norme, in base a cui sopravvivono.

Si tratta delle norme che prevedono la decadenza, la prescrizione, la definitività degli atti amministrativi e del giudicato.

La sentenza che, ad esempio, dichiara incostituzionale un tributo, opera retroattivamente, ma il contribuente non ha diritto al rimborso se non l'ha richiesto nel termine di decadenza previsto dalla legge tributaria. In un simile caso, ciò che obbliga il giudice a respingere la domanda non è un limite alla retroattività della dichiarazione di incostituzionalità e, quindi, il perdurare di efficacia della norma dichiarata incostituzionale, ma la decadenza. È applicando la norma sulla decadenza che il giudice dichiara inammissibile la domanda di rimborso. Il giudice decide la controversia non già applicando la norma tributaria dichiarata incostituzionale, ma la norma che prevede la decadenza del contribuente dal potere di richiedere il rimborso del tributo indebitamente assolto.

4. Illegittimità futura e illegittimità sopraggiunta

Si può dire che la Corte limita gli effetti retroattivi solo quando la sentenza accerta una illegittimità originaria della norma dichiarata incostituzionale, ma la cessazione di efficacia viene fatta decorrere da una data successiva (o successiva alla illegittimità sopraggiunta).

Ciò non accade né quando la Corte accerta che l'illegittimità si verificherà in una data successiva alla pronuncia, né quando è accertata una illegittimità

---

za di accoglimento (vi era già un precedente, ma non di carattere finanziario). In tal modo, ribadisco su richiesta dell'avvocatura, abbiamo evitato rimborsi a favore dei petrolieri e simili per almeno 7 miliardi» (P. GENTILI, *Sulla sentenza n. 10/2015 della Corte costituzionale*, in *Rass. Avv. Stato*, 2014, p. 106).

non originaria, ma sopraggiunta e gli effetti invalidanti sono fatti decorrere da quando è sopraggiunta l'invalidità.

La sentenza annotata afferma che la «*graduazione degli effetti temporali delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale deve ritenersi coerente con i principi della Carta costituzionale*»: richiama dei precedenti, riconoscendo però che sono stati emessi «*in alcune circostanze sia pure non del tutto sovrapponibili a quella in esame (sentenze n. 423 e n. 13 del 2004, n. 370 del 2003, n. 416 del 1992, n. 124 del 1991, n. 50 del 1989, n. 501 e n. 266 del 1988)*».

Nessuna delle sentenze citate come precedenti fa discendere la limitazione di effetti da un bilanciamento. Delle sentenze citate, tre riguardano casi di illegittimità futura [6].

Le altre sentenze citate accertano casi di illegittimità sopraggiunta [7], di illegittimità "*dal momento in cui*". Nel caso della sentenza annotata l'illegittimità è stata invece ritenuta originaria.

Nei casi di illegittimità sopraggiunta, la sentenza di incostituzionalità retroa-

---

6 Si veda ad esempio la sentenza 13 gennaio 2004, n. 13, in *Foro it*., 2004, I, c. 2666, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 3, legge 28 dicembre 2001 n. 448 (legge finanziaria per il 2002), «*nella parte in cui non prevede che la competenza del dirigente preposto all'ufficio scolastico regionale venga meno quando le regioni, nel proprio ambito territoriale e nel rispetto della continuità del servizio di istruzione, con legge, attribuiscano a propri organi la definizione delle dotazioni organiche del personale docente delle istituzioni scolastiche*». Qui la Corte afferma una illegittimità che si presenterà in futuro: la legge statale diventerà illegittima (e cesserà di essere efficace) quando le regioni emaneranno proprie leggi in materia.

7 Corte cost., 9 novembre 1992, n. 416, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1152, ha dichiarato incostituzionale l'art. 710 c.p.c. in quanto non prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero nei procedimenti di modifica delle sentenze di divorzio nella parte riguardante la prole, ma afferma che l'illegittimità è sopravvenuta dal 12 marzo 1987 con riferimento ai giudizi per la modifica delle condizioni di separazione instaurati dopo l'entrata in vigore della legge n. 74/1987. Si tratta quindi di un caso di illegittimità non originaria, ma sopravvenuta.

La sentenza 16 febbraio 1989, n. 50, in *Giur. it*., 1989, I, 1, c. 1262, dichiara incostituzionale la norma che impediva la pubblicità delle udienze dinanzi alle commissioni tributarie, dopo aver detto, in precedenti pronunce, che la questione non era fondata. Con la sentenza n. 50/1989 afferma invece che, stante la gradualità con la quale è avvenuta l'evoluzione della giurisdizione tributaria, soltanto in quel momento può considerarsi realmente verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale.

La Corte non dovrebbe occuparsi degli effetti delle sue sentenze. Qui però la Corte precisa che: «*La declaratoria di illegittimità costituzionale non può avere e non ha alcuna conseguenza sugli atti pregressi e sui provvedimenti emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, i quali rimangono tutti pienamente validi. In altri termini, il requisito della pubblicità opera esclusivamente per i procedimenti pendenti successivamente alla data prevista dall'art. 136, primo comma, della Costituzione, ferme restando le attività compiute ed i provvedimenti emessi anteriormente a tale data, nella vigenza della norma ora dichiarata costituzionalmente illegittima (nello stesso senso la Corte si è orientata con la sentenza n. 266 del 1988 sulla magistratura militare)*».

Corte cost., 26 marzo 1991, n. 124, in *Giur. it*., 1991, I, 1, c. 125, dichiara costituzionalmente illegittimo (per illegittimità sopravvenuta dal 28 febbraio 1986), l'art. 2, comma 1, d.l. 1° febbraio 1977, n. 12, convertito nella legge 31 marzo 1977, n. 91, nella parte in cui non consente la computabilità dell'indennità di contingenza su elementi retributivi diversi da quelli previsti dalla contrattazione collettiva prevalente nel settore dell'industria.

Corte cost., 5 maggio 1988, n. 501, in *Giur. it*., 1989, I,1, c. 762, censura la legge 17 aprile 1985, n. 141, perché non ha adeguato le pensioni dei magistrati alla nuova struttura retributiva introdotta dalla legge n. 425/1984 per i magistrati in servizio. Sono dichiarati costituzionalmente illegittimi alcuni articoli (gli artt. 1, 3 comma 1, e 6) della legge 17 aprile 1985 n. 141, nella parte in cui non dispongono la riliquidazione della pensione sulla base del trattamento economico derivante dall'applicazione degli artt. 3 e 4 della legge 6 agosto 1984, n. 425, con decorrenza dalla data del 1° gennaio 1988.

Corte cost., 9 marzo 1988, n. 266, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 762, in tema di magistratura militare, dichiara illegittimo, per violazione dell'art. 108 Cost., l'art. 15, comma 1, legge 7 maggio 1981, n. 180, nella parte in cui consente che i provvedimenti di nomina, trasferimento e conferimento di funzioni ai magistrati militari siano ulteriormente adottati con la procedura indicata nella stessa norma, facendo salvi gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere. Si tratta anche qui di illegittimità sopravvenuta.

gisce, ma fino a al momento in cui è sopraggiunta l'incostituzionalità. In tali casi non c'è limitazione di effetti (disposta dalla Corte). La retroattività opera dove deve operare; copre tutto il periodo di illegittimità della norma. Se andasse oltre (fino alla emanazione della norma), colpirebbe la norma in epoca in cui era legittima.

5. Cenni di diritto comparato

La Corte invoca la comparazione con altre corti costituzionali europee – e cita ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – per sostenere che «*il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi*».

In realtà, la comparazione non è un argomento utile, perché negli altri ordinamenti vi sono, diversamente che nel nostro, norme che permettono di limitare gli effetti retroattivi (e norme per il giudizio *a quo*).

La Costituzione portoghese, all'art. 282, comma 4, diversamente dalla nostra, prevede espressamente che il giudice costituzionale possa limitare gli effetti retroattivi delle sue decisioni quando lo esigano «*la certezza del diritto, ragioni di equità o di interesse pubblico di eccezionale rilievo*».

La Costituzione austriaca prevede che la dichiarazione di incostituzionalità acquista efficacia dal giorno della pubblicazione, «*se la Corte di giustizia costituzionale non stabilisce un termine. Questo termine non può essere superiore a 18 mesi*» (art. 140, § 5). Vi è dunque una norma *ad hoc* che conferisce alla Corte costituzionale il potere di disporre, entro determinati limiti, degli effetti temporali delle sue pronunce [8].

Il *Bundesverfassungsgericht*, in base ad una legge del 1970, può pronunciare, oltre che sentenze di nullità, anche sentenze di mera incompatibilità, che bloccano l'applicazione della legge incompatibile fino all'intervento del legislatore.

In Spagna non vi è una disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento (l'art. 164 della Costituzione spagnola tace al riguardo), e ciò ha consentito alla Corte costituzionale una certa creatività nel delineare il regime degli effetti di tali sentenze.

In sintesi, in altri ordinamenti, o vi sono norme, diverse dalle nostre, o non vi sono norme (caso spagnolo): ben diversa è la situazione italiana, perché da noi vi è una disciplina ben precisa degli effetti delle pronunce di incostituzionalità, cui la Corte non può sottrarsi.

6. L'art. 53, l'art. 81 e il bilanciamento

Sgombrato il campo dagli argomenti di contorno, resta l'argomento principale, cioè il bilanciamento. In nome del bilanciamento, però, la Corte non pre-

8 Cfr. A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere,* cit., p. 287 ss.

vede una tutela meno rigorosa del principio di capacità contributiva, per salvaguardare l'equilibrio di bilancio.

In nome del bilanciamento è infatti escluso del tutto l'effetto, per il passato, l'effetto della pur dichiarata illegittimità della legge tributaria (sacrificando, così, integralmente, il principio di capacità contributiva).

L'art. 81 diventa una super-norma, in nome della quale la dichiarazione, per il passato, della illegittimità della legge tributaria è accertata, ma non dichiarata, neutralizzata.

La illegittimità è ritenuta originaria, ma la Corte pronuncia come se l'illegittimità fosse sopraggiunta alla data di pubblicazione della sentenza (come nella pronuncia n. 50/1989).

Gli aspetti critici sono dunque due.

Primo: il bilanciamento tra due norme costituzionali (artt. 53 e 81) non può comportare il sacrificio integrale di uno dei due principi.

Secondo: il bilanciamento non può coinvolgere il sistema di norme che disciplinano gli effetti delle sentenze di incostituzionalità, che è un sistema ferreo [9]. Il bilanciamento può riguardare i principi costituzionali, non gli strumenti posti a disposizione della Corte. La Corte non dispone quindi del potere di "modulare" l'efficacia temporale delle sentenze. Il potere di disporne non è previsto da alcuna norma ed è anzi escluso dall'art. 136 Cost., dall'art. 1 della legge cost. n. 1/1948 e dall'art. 30 della legge n. 87/1953 [10].

7. Il *dies a quo* dell'incostituzionalità

Nella sentenza relativa alla pubblicità dell'udienza innanzi alle Commissioni tributarie gli effetti sono fatti decorrere dal giorno successivo alla sentenza della Corte, giacché «*soltanto ora può considerarsi realmente verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale*» (sentenza n. 50/1989).

Nella sentenza n. 10, invece, non c'è alcuna spiegazione della ragione per cui l'efficacia della sentenza (cioè l'inefficacia della norma censurata) è fatta decorrere dalla pubblicazione della sentenza, e non da una data diversa, anteriore o successiva.

Si afferma che l'applicazione retroattiva determinerebbe una grave violazione dell'equilibrio del bilancio, ma non è chiarito il motivo per cui l'esigenza di tutelare l'equilibrio del bilancio importa che gli effetti decorrano proprio dalla pubblicazione della sentenza.

La cessazione di efficacia viene fatta decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta ufficiale della Repubblica (così recita il dispositivo), ma per intendere gli effetti di questa statuizione occorre

9 Si veda G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 199, il quale osserva che, a differenza di altri sistemi di giustizia costituzionale, nel nostro ordinamento «*gli effetti delle decisioni di incostituzionalità sono integralmente previsti dal diritto ed operano del tutto automaticamente*». Alla Corte spetta «*dichiarare il contrasto della legge con la Costituzione, ma non (…) dettare alcuna disposizione sugli effetti della sua decisione*», che «*si producono* ipso iure».

10 Cfr., tra molti, S. FOIS, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale,* cit., p. 37; A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, *ibidem*, p. 37.

coordinarla con la natura periodica del tributo al quale deve applicarsi (l'IRES).

Ora, poiché l'IRES è dovuta per periodi d'imposta (art. 76 Tuir), la norma dichiarata incostituzionale continua ad essere applicabile ai periodi d'imposta già conclusi prima del giorno di pubblicazione della sentenza. E non è più applicabile ai periodi d'imposta in corso quel giorno fatidico [11].

L'effetto della sentenza, pur legato alla data di pubblicazione della sentenza, opera dunque a partire dalla data iniziale del periodo d'imposta in corso a quella data.

8. Rimedi allo squilibrio di bilancio

La Corte, dopo aver affermato il suo potere di regolare gli effetti nel tempo delle sue decisioni, ne motiva l'esercizio nel caso concreto osservando che l'applicazione retroattiva della declaratoria di illegittimità determinerebbe una grave violazione dell'equilibrio di bilancio. Sarebbe «*l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari*», cioè il rimborso di tributi indebiti, a determinare uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra aggiuntiva.

È richiamata la «*necessità di salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irrimediabilmente sacrificati*». È il bilanciamento tra valori di rango costituzionale che darebbe alla Corte il potere limitativo della retroattività. Nel caso di specie, per la verità, l'art. 81 autorizzerebbe la Corte non solo a bilanciare l'art. 81 e l'art. 53, ma a negare efficacia, per il passato, alla violazione dell'art. 53, escludendo del tutto retroattività e rimborsi. L'art. 53 e l'art. 81 non sono bilanciati, perché il primo è sacrificato (per il passato) a favore del secondo.

La Corte non si limita a paventare uno squilibrio di bilancio ma, senza che neppure ne risulti indicata l'entità [12], lo considera tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva.

Nulla viene detto in tema di bilancio; nulla se ne può arguire sulla misura, a partire dalla quale il bilancio è squilibrato (e la sentenza n. 70/2015 sembra contraddire questa sentenza, perché non attribuisce alcun rilievo all'art. 81 Cost.).

Secondo la Corte, la manovra aggiuntiva sarebbe necessariamente – ma non ne è indicata la ragione – una redistribuzione a vantaggio degli operatori economici che hanno beneficiato della congiuntura favorevole, a danno delle fasce deboli della popolazione e senza neppure poter distinguere tra chi ha traslato e chi non ha traslato gli oneri fiscali.

La Corte ha così deciso ritenendo suo compito rimediare allo squilibrio di bilancio che potrebbe derivare dalla sentenza.

---

11 Non è qui da applicare l'art. 3 dello Statuto dei diritti del contribuente, secondo cui le modifiche delle norme tributarie operano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono. Ciò perché la irretroattività statutaria si applica solo per le norme peggiorative della posizione del contribuente.

12 Secondo l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, i proventi derivanti dall'«addizionale» ammonterebbero a 700 milioni di euro nel 2008; 740 milioni di euro nel 2009; 527 milioni di euro nel 2010; 1.482 milioni di euro nel 2011; 1.407 milioni di euro nel 2012; e sarebbero stimati in 887 milioni di euro nel 2013 (*Relazione al Parlamento del 18 dicembre 2014*, in *www.autorità.energia.it*).

In realtà, se avesse lasciato che la sentenza producesse i suoi normali effetti retroattivi, al temuto squilibrio di bilancio avrebbe dovuto e potuto provvedere il legislatore.

Il legislatore non avrebbe potuto escludere il diritto di ripetizione, perché l'art. 53, Cost., se da un lato vieta i prelievi non collegati ad un fatto espressivo di capacità contributiva, dall'altro richiede che il fisco non trattenga le somme da considerare indebite, per essere state acquisite in base ad una norma di legge che assumeva come presupposto d'imposta un fatto non espressivo di capacità contributiva. Il non poter ottenere il rimborso dell'imposta indebitamente pagata viola, secondo la giurisprudenza costituzionale, il principio di capacità contributiva e il principio di uguaglianza [13].

Se una norma (anche di interpretazione autentica) esclude retroattivamente l'obbligazione tributaria, il legislatore non può impedire la ripetizione dell'indebito; ciò è illegittimo per irragionevolezza, e viola il principio di eguaglianza, a causa della ingiustificata disparità di trattamento tra chi abbia pagato un'imposta non dovuta e chi, versando nella medesima situazione, non abbia pagato nulla [14].

Ciò non implica che il legislatore non possa far nulla.

Infatti, quando può essere avvenuto, come nel caso di specie, un ingiustificato arricchimento di chi chieda il rimborso dell'imposta non dovuta, il legislatore può limitare o escludere il diritto alla ripetizione, se il peso economico dell'imposta sia stato trasferito su altri soggetti [15].

In casi come questo, il legislatore potrebbe rimediare allo squilibrio di bilancio ponendo, a carico di chi agisce in ripetizione, l'onere di provare di non aver operato la traslazione del tributo. Norma, questa, che essendo di natura processuale, sarebbe immediatamente applicabile anche ai processi in corso.

---

13 Corte cost., 15 novembre 1985, n. 285, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1554. Cfr. F. TESAURO, *Il rimborso dell'imposta*, Torino, 1975, p. 35.

14 Corte cost., 11 ottobre 2000, n. 416, in *Giur. it.*, 2001, p. 627; ID., 26 luglio 2005, n. 320, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2614; ID., 27 luglio 2007, n. 330, *ivi*, 2007, 10, c. 1, 2633; ID., 22 luglio 2009, n. 227, *ivi*, 2010, I, c. 1728.

15 Corte cost., 9 luglio 2002, n. 332, in *Giur. it.*, 2003, 1.

L'impatto delle sentenze del Consiglio di Stato nn. 600, 810, 1224, 1274 e 1712 del 2015 sul sistema di finanziamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

*di Marco Orofino**

Consiglio di Stato, sez. III, 17 febbraio 2015, n. 600 e n. 810. Pres. G. Romeo. Est. S.M. Russo

«Non si possono accollare indistintamente sugli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche tutti i costi inerenti alle diverse attività istituzionalmente affidate all'Agcom, che sono comprensive anche di attività che non riguardano il mercato delle comunicazioni elettroniche, ma quelli (diversi) della televisione, della radiodiffusione, dell'editoria e dei servizi postali; di conseguenza, è da escludere che i contributi degli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche possano essere estesi alla copertura di costi di attività diverse le quali, in difetto d'un serio, razionale e proporzionato dato normativo di rango primario, non possono essere ricondotte a fattispecie differenti secondo un'analogia dubbia, specie se il comparto considerato non abbisogni o non sia coperto da ragioni di regolazione ex ante*».*

Consiglio di Stato, sez. III, 10 marzo 2015, n. 1224. Pres. G. Romeo. Est. S.M. Russo

«L'interpretazione delle regole sul prelievo finanziario a carico degli operatori del settore delle comunicazioni e a favore dell'Agcom va modulata in base a quanto dispone l'art. 1362 c.c., senza limitarsi al solo senso letterale delle parole, ma avendo riguardo alle effettive intenzioni della norma e delle parti dell'obbligazione tributaria per ciascuna specifica categoria di operatori chiamati alla contribuzione de qua*».*

«Tutti i vari operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche soggiacciono ad un unico regime del prelievo finanziario in favore dell' Autorità nazionali di regolazione, però ciascuna categoria per lo specifico mercato di sua competenza, identificato dalle raccomandazioni della Commissione UE e, in Italia, dall'Agcom, in relazione, cioè, al contenuto del rispettivo regime autorizzativo e di regolazione ex ante *ed al fine di finanziare la suddetta Autorità con i ricavi strettamente corrispondenti e a detto mercato ed ai costi di gestione (previ e successivi al rilascio dell'autorizzazione), negli ovvi limiti di concorrenza a tali spese e con ripartizione proporzionata tra i contribuenti; pertanto, il prelievo* de quo *è non già una sovrimposta sui ricavi iscritti a bilancio, ma una tassa di scopo, ossia un'imposizione parzialmente commutativa, che finanzia non già l'Agcom. in sé o per l'universo delle funzioni comunque afferenti al settore delle comunicazioni elettroniche, ma il servizio che rende agli operatori della sola frazione di tale settore che afferisce al mercato della telefonia vocale mobile, di cui alla delibera n. 34/2006/CONS e nella sola misura in cui e fintanto che quest'ultimo abbisogni di regolazione».*

* Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici dell'Università degli Studi di Milano. E-mail: *marco.orofino@unimi.it*.

«Ai sensi del Considerando n. 30 *alla direttiva n. 2002/20/CE la contribuzione a carico degli operatori del settore delle comunicazioni deve intendersi limitata all'Autorità nazionale di regolamentazione e solo per la gestione del regime di autorizzazione e la concessione dei diritti d'uso; al tempo stesso, secondo quanto disposto dall'art. 12, § 2), dir. n. 2002/20/CE, le A.N.R., compresa l'Agcom, sono obbligate a pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi, documento questo che non coincide con il bilancio dell'Autorità, né lo doppia, giacché serve al calcolo, anch'esso soggetto a facile ed immediata leggibilità, delle differenze tra l'importo totale dei diritti riscossi ed i costi amministrativi sopportati, al fine pure di apportare le opportune rettifiche, in dare o in avere con le imprese contribuenti».*

Consiglio di Stato, sez. III, 11 marzo 2015, n. 1274. Pres. G. Romeo. Est. S.M. Russo.

«L'onere contributivo dovuto all'Agcom, e posto a carico degli operatori dei servizi di telecomunicazione, deve essere commisurato non alle spese di funzionamento generale, ma a quelle specifiche sostenute per la gestione dell'autorizzazione generale; deve quindi trattarsi di un prelievo sobrio, come prescritto dall'art. 12, § 2) della dir. n. 2002/20/CE che, a questo riguardo, impone alle Autorità nazionali di regolazione, compresa quindi l'Agcom, di "… pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi…"; si tratta di un documento che non coincide con il bilancio dell'Autorità, né lo doppia, giacché serve al calcolo, anch'esso soggetto a facile ed immediata leggibilità, delle differenze tra l'importo totale dei diritti riscossi ed i costi amministrativi sopportati, al fine pure di apportare le opportune rettifiche, in dare o in avere con le imprese contribuenti».

Consiglio di Stato, sez. III, 1 aprile 2015, n.1712. Pres. G. Romeo. Est. S.M. Russo.

«L'interpretazione secondo buona fede non ammette l'interpolazione di significati spuri (per non dire inventati di sana pianta) e unilaterali nell'applicazione delle fonti primarie, né abusi della potestà autoritativa della P.A. emanante. Essa le impone di dettare regole comportamentali certe, legittime, non estemporanee e stabili, soprattutto quando da esse derivino effetti negativi nei confronti del destinatario».

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il modello di finanziamento tra disciplina europea e disciplina interna. – 3. Le modifiche legislative al sistema di finanziamento volte a ridurre i trasferimenti erariali ed aumentare la quota di contribuzione degli operatori. – 4. La sentenza pregiudiziale della Corte di Giustizia. – 5. Le argomentazioni del Consiglio di Stato e le implicazioni sul sistema complessivo. – 5.1. L'intervento del Consiglio di Stato a precisazione del corretto presupposto della contribuzione. – 5.2. L'individuazione della base imponibile – 5.3. La diretta applicazione dell'art. 12, par. 2 della direttiva autorizzazioni. – 5.4 La preferenza del Consiglio di Stato per una lettura orientata delle norme interne in vece della loro disapplicazione. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Con cinque sentenze "gemelle" depositate nell'arco di poco meno di due mesi, la Terza Sezione del Consiglio di Stato è intervenuta, in modo molto significativo, sul meccanismo di finanziamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)[1].

1 Si tratta delle sentenze del Consiglio di Stato (Terza Sezione): 5 febbraio 2015, n. 600, 17 febbraio 2015, n. 810, 10 marzo 2015, n. 1224; 11 marzo 2015, n. 1274 e 1 aprile 2015, n.

I cinque casi, giunti all'attenzione della Suprema magistratura amministrativa, dopo un *iter* giurisdizionale contrassegnato anche da un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, traggono origine da una serie di ricorsi presentati da cinque società operanti, a diverso titolo, nel settore delle comunicazioni elettroniche [2].

Gli atti impugnati sono la delibera 599/10/CONS dell'AGCOM recante "Misura e modalità di versamento del contributo dovuto all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per l'anno 2011" [3], e le delibere, rivolte ai singoli operatori, con cui l'AGCOM ha ingiunto loro di provvedere entro sessanta giorni all'esatto adempimento degli obblighi contributivi dovuti nel quinquennio 2006-2010 e non versati, secondo AGCOM, nel loro corretto ammontare [4].

Gli articolati motivi di gravame formulati, in primo grado, dai ricorrenti possono essere così raggruppati e sintetizzati: a) illegittimità rispetto al diritto comunitario del presupposto contributivo definito dalla legge n. 266 del 2005 e delle conseguenti delibere AGCOM; b) illegittimità ai sensi del diritto comunitario del trasferimento dei contributi riversati dagli operatori, dall'AGCOM ad altre Autorità, disposto in via transitoria dalla legge n. 191/2009; c) violazione, per quanto riguarda le delibere ingiuntive, dell'obbligo di interpretazione secondo buona fede nell'applicazione delle fonti primarie sul prelievo contributivo.

Il TAR Lazio, in primo grado, ha accolto tutti i ricorsi presentati provvedendo, previa disapplicazione delle norme di legge ritenute incompatibili con il diritto europeo, ad annullare le suddette delibere [5].

Il Consiglio di Stato ha confermato nel merito quanto deciso dal TAR, respingendo, quindi, tutti i ricorsi proposti da AGCOM, ma ha modificato, per ciò che riguarda la disapplicazione delle norme di legge interne, le conclusioni dei giudici di prime cure [6].

2. Il modello di finanziamento tra disciplina europea e disciplina interna

Per comprendere la portata delle decisioni assunte dal Consiglio di Stato occorre ripercorrere brevemente le tappe che hanno condotto l'AGCOM ad adottare le delibere oggetto di impugnazione nonché porre in evidenza il loro contenuto.

1712. Tutte le controversie sono state decise dal medesimo collegio nella Camera di Consiglio del 27 novembre 2014.

2 Telecom Italia S.p.A, Wind Telecomunicazioni S.p.A., Fastweb S.p.A, Vodafone Omnitel NV sono tutte titolari, ai fini del giudizio, di autorizzazione generale per l'esercizio di servizi di telefonia mobile mentre Sky Italia S.r.l. è titolare di un'autorizzazione generale per l'esercizio di servizi televisivi a pagamento via cavo e via satellite e su piattaforme satellitari e in tecnica digitale terrestre oltre ad essere concessionaria di pubblicità.

3 Pubblicata in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 1 del 3 gennaio 2011 Supplemento ordinario n. 3.

4 Si tratta delle delibere 570/10/CONS e 97/11/CONS (Sky), 131/11/CONS (Wind), 573/10/CONS e 98/11/CONS (Vodafone), 99/11/CONS (Telecom), 129/11/CONS (Fastweb).

5 V. Sentenze del TAR Lazio – Roma, Sez. II, nn. 2530/2014 (Telecom); 2533/2014 (Fastweb); 2534/2014 (Sky); 2538/2014 (Wind); 3504/2014 (Vodafone).

6 Con riferimento alla sentenza del Cons. St. n. 600/2015, v. anche il contributo di L. Di Donato, *Il finanziamento delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Amministrazione In Cammino*, 2015.

Bisogna innanzitutto partire dal modello di finanziamento previsto per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Esso trova la sua prima disciplina nella legge n. 481/1995 che definisce i principi generali per la disciplina delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

L'art. 2, comma 38, legge n. 481/1995 disegna un sistema di finanziamento di tipo misto prevedendo che gli oneri derivanti dall'istituzione e dal funzionamento delle Autorità di regolazione siano coperti in parte attraverso trasferimenti erariali e in parte tramite contributi versati dai soggetti regolati esercenti i servizi di pubblica utilità.

Questo modello è fatto proprio dalla successiva legge n. 249/1997, istitutiva dell'AGCOM. L'art. 6 di tale legge prevede, infatti, che gli oneri di istituzione e di funzionamento siano coperti in parte con il contributo erariale precedentemente destinato al Garante per la radiodiffusione e l'editoria e, in parte, attraverso un contributo dei soggetti regolati da calcolarsi proprio ai sensi del richiamato art. 2, comma 38, legge n. 481/1995.

La misura e le modalità del contributo dovuto all'Autorità dai soggetti regolati, ai sensi del combinato disposto dell'art. 38 della legge n. 481/1995 e dell'art. 6 della legge n. 249/1997, sono inizialmente rimessi alla definizione del Ministro delle Finanze di concerto con il Ministro del Tesoro [7].

Con il decreto 4 luglio 2001, il Ministro dell'Economia ha individuato i contribuenti assoggettati, la base imponibile su cui calcolare il contributo e l'aliquota contributiva. La platea dei contribuenti è stata definita in modo molto ampio: sono, infatti, stati elencati i fornitori di reti e servizi di telecomunicazione, le emittenti televisive e le emittenti radio, gli editori, le concessionarie di pubblicità, i fornitori di servizi e prodotti telematici e i produttori di programmi radiotelevisivi.

Per quanto riguarda la base imponibile, il decreto in questione ha previsto che essa fosse calcolata sulla base dei ricavi conseguiti dai suddetti operatori a fronte delle attività ricadenti nelle tipologie esercitate da ciascuna categoria, al netto delle quote riversate agli operatori terzi. L'aliquota è stata fissata tra il 2001 e il 2005 nella misura dello 0,35 per mille dei ricavi. Nel 2005, il Ministro ha aumentato l'aliquota allo 0,65 per mille dei ricavi [8].

In questa fase, dunque, l'AGCOM ha provveduto, sulla base dei decreti ministeriali, solamente a dettare anno per anno le istruzioni per il calcolo del contributo descrivendo come ciascuna categoria dovesse definire la base imponibile: per gli operatori di telecomunicazione sono stati esclusi dal montante complessivo i ricavi conseguiti dai servizi non regolamentati e dai servizi telematici, interattivi e multimediali.

Nel 2002, l'approvazione a livello europeo di un importante pacchetto normativo (c.d. *Framework* 2002) in materia di comunicazione elettronica ha prodotto un'importante riforma dell'intero settore [9]. Di particolare interesse, nel-

---

7 L'art. 23 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, ha istituito il Ministero dell'economia e delle finanze, trasferendogli le funzioni dei Ministeri del tesoro, del bilancio e programmazione economica e delle finanze.

8 Il d.m. 22 luglio 2005 ha provveduto ad elevare l'aliquota contributiva allo 0,65 dei ricavi, senza intervenire sulla base imponibile.

9 Il Framework 2002 è un quadro normativo che si compone di una direttiva di liberalizzazione e di quattro direttive di armonizzazione. La direttiva di liberalizzazione è la n. 2002/77/CE (c.d. direttiva concorrenza). Essa consolida in un unico atto normativo le regole ed i divieti a tutela della concorrenza dettati dalla Commissione durante il processo di liberalizzazione. Le direttive di armonizzazione sono la direttiva 2002/21/CE (c.d. direttiva quadro); la direttiva 2002/19/CE (c.d. di-

l'ambito di questo contributo, sono le ricadute sul modello di finanziamento dell'AGCOM.

Come noto l'istituzione dell'AGCOM nell'ordinamento italiano risponde, *ab origine*, non solo ad esigenze interne, ma rappresenta anche l'adempimento di un obbligo posto in capo agli Stati membri fin dalle primissime direttive europee adottate al fine di liberalizzare il settore delle telecomunicazioni [10].

In una prima fase, la normativa europea si era limitata a prevedere l'istituzione di enti indipendenti e ad affidare loro alcune specifiche funzioni di regolazione per garantire e promuovere la concorrenza dei relativi mercati [11].

Con l'approvazione del *Framework 2002*, l'intervento dell'Unione europea nel settore delle comunicazioni elettroniche compie un importante salto di qualità. La normativa europea persegue non solo l'obiettivo di una nuova armonizzazione legislativa, ma quello più complesso di uniformare la regolazione del settore al fine di favorire lo sviluppo di mercati transnazionali. Questa strategia è ulteriormente accentuata dall'approvazione nel 2009 del c.d. *Telecom Package* [12].

A tal fine la normativa europea oggi in vigore non individua più solo un minimo comun denominatore lasciando agli Stati membri il compito di definire il livello di regolazione nazionale, ma al contrario procede a fissare il livello massimo di regolazione, oltre il quale gli Stati membri non possono spingersi.

Il simbolo di questa svolta è l'adozione generalizzata del modello dell'autorizzazione generale. Nel contesto normativo europeo, l'autorizzazione generale non è un provvedimento amministrativo in senso proprio, ma piuttosto un quadro regolamentare che definisce, settore per settore, le regole che gli operatori sono chiamati a rispettare [13]. La fornitura dei servizi sul mercato deve svolgersi rispettando le regole poste dall'autorizzazione generale, ma non ha più bisogno di alcun atto di assentimento (licenza o concessione) preventivo da parte della pubblica amministrazione [14].

---

rettiva accesso); la direttiva 2002/20/CE (c.d. direttiva autorizzazioni); la direttiva 2002/22/CE (c.d. direttiva servizio universale). Ad esse occorre aggiungere la direttiva 2002/58/CE (c.d. direttiva protezione dati nelle comunicazioni elettroniche) che si trova a cavallo tra il quadro normativo in materia di comunicazioni elettroniche e quello in materia di protezione dati. Sia consentito rinviare, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 135 ss.

10 Cfr sul punto, F. Merusi, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in AA.VV., *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 26; P. Bilancia, *Autorità amministrative indipendenti tra Europa, Stato e Regioni*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 149 ss.; F. Donati, *Le Autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, 1, p. 27 ss.; G. De Minico, *Indipendenza della Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 721 ss. Con specifico riferimento all'AGCOM, v. F.M. Salerno, *Telecomunicazioni ed Autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario ed organizzazione amministrativa europea*, in *Riv. it. di dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 679 ss.

11 Così era avvenuto con la direttiva di liberalizzazione 88/301/CE e con le direttive 90/387/CE e 90/388/CE.

12 Sia consentito rinviare in proposito a M. Orofino, *Il Telecoms Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 513 ss.

13 Cfr. sul punto F. Donati, *Le Autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 88, il quale sostiene la radicale innovazione che questo modello comporta rispetto al tradizionale modello provvedimentale.

14 Gli istituti della licenza e della concessione sono mantenuti solo laddove sia necessario limitare l'utilizzo di una risorsa scarsa o attribuirla in via esclusiva ad un unico operatore. Cfr. L. Ulissi, *I diritti di uso delle frequenze radio e dei numeri,* in M. Clarich, G.F. Cartei, *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 181 ss.

Il contenuto dell'autorizzazione generale è preordinato a livello europeo. Gli Stati membri possono imporre regole e limiti all'attività d'impresa solo se tali regole e tali limiti sono riconducibili alle condizioni elencate dalla normativa europea.

Risponde al medesimo obiettivo di assicurare un'applicazione quanto più uniforme possibile del diritto europeo anche la definizione dettagliata delle caratteristiche e delle funzioni delle ANR così come dei procedimenti di regolazione [15]. Per le decisioni del Consiglio di Stato in commento sono due i punti cardine introdotti dalla nuova normativa europea su cui occorre porre l'accento.

Il primo è la previsione che le ANR siano dotate di risorse adeguate a svolgere le funzioni loro assegnate in modo tale che non risulti indebolita la loro indipendenza [16]. Occorre segnalare come la nozione di indipendenza, riferita agli operatori (e, *per traslato*, al Governo nel caso in cui lo Stato mantenga il controllo di uno o più operatori) è definita dalle norme europee nel suo profilo strutturale e nel suo profilo funzionale [17].

Con riferimento al profilo funzionale, si richiede l'esercizio dei poteri attribuiti in modo imparziale, trasparente e tempestivo e, soprattutto, senza sollecitare o ricevere istruzioni da alcun altro organismo [18].

Sotto il profilo strutturale, il requisito dell'indipendenza richiede essenzialmente che le ANR siano dotate delle risorse finanziarie e strumentali adeguate per l'assolvimento dei compiti loro assegnati [19]. L'insufficienza di tali risorse, come emerge anche da alcune procedure di infrazione aperte dalla Commissione, può rappresentare un inadempimento delle norme europee [20].

Il secondo elemento specifico riguarda direttamente il meccanismo di finanziamento delle ANR.

L'art. 12, par. 1, della direttiva 2002/20/CE (c.d. direttiva autorizzazioni) consente, infatti, agli Stati membri di imporre agli operatori il pagamento di diritti amministrativi.

---

15 Sul procedimento di regolazione sia consentito rinviare a M. OROFINO, *La regolazione asimmetrica nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. II. Governance multilivello regolazione e reti*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 55 ss.

16 La direttiva 2009/140, modificando la direttiva 21/2002/CE c.d. direttiva quadro, ha ulteriormente specificato la nozione di indipendenza. V. sul punto V.M. SBRESCIA, *L'Europa delle comunicazioni elettroniche. Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea*, Jovene, Napoli, 2011, p. 189 ss.

17 Sulla nozione di indipendenza e sugli indici che ne definiscono il grado v. M. CLARICH, *Il contenuto dell'indipendenza delle Autorità di settore*, in S. MARIOTTI, G.P. TORRIANI (a cura di), *Energia e comunicazioni. Le Autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 431 ss. Sulla necessaria separazione tra regolatore e regolato v. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2, 2012, p. 265 ss.

18 V. art. 3, par. 3, primo cpvo, direttiva 21/2002/CE (direttiva quadro). I principi in questione non sono certamente estranei agli ordinamenti nazionali. La loro previsione a livello europeo ha l'effetto di aprire la strada ad una successiva verifica del loro rispetto. Cfr su questi temi, D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati Membri dell'Unione Europea*. *Paradise lost?*, Giappichelli, Torino, 2009.

19 V. sullo stretto legame esistente tra indipendenza e risorse finanziarie, F. PIZZETTI, *Audizione del Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali*, Camera dei deputati, 17 marzo 2010.

20 La Commissione europea ha, in più di un caso, contestato la non sufficiente indipendenza delle ANR proprio sul presupposto che gli Stati membri non le avessero dotate di un apparato amministrativo idoneo anche per quantità di risorse. V. in proposito, tra i diversi procedimenti iniziati dalla Commissione europea (*https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Infringement%20procedures%20opened%20for%20incorrect%20implementation.pdf*) quelli nei confronti di Polonia, Lituania, Lussemburgo, Romania, Slovacchia, Slovenia ed Estonia.

In ossequio al principio testé ricordato per cui le norme europee individuano ormai il livello massimo di regolazione, l'art. 12, par. 1, della direttiva autorizzazioni, specifica che tale prelievo può riguardare le sole imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali sono stati concessi diritti d'uso.

Sempre ai sensi dell'art. 12, par. 1, tali diritti possono coprire i soli costi amministrativi sostenuti dalle Autorità nazionali di regolazione: a) per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale e dei diritti d'uso; b) per l'analisi dei mercati, l'imposizione degli obblighi asimmetrici in materia di accesso e di interconnessione e per la sorveglianza sui medesimi e per gli altri controlli di mercato; c) per sostenere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, d) per la preparazione e l'applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative.

Il successivo par. 2 dell'art. 12 pone l'obbligo in capo alle ANR di pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi, provvedendo qualora vi sia una differenza tra i due ammontare alle opportune rettifiche. Questo obbligo introduce il principio di corrispondenza tra costi sostenuti per le attività regolamentate e contributi erogati dagli operatori.

La complessiva riforma europea del settore delle comunicazioni elettroniche è stata recepita in Italia attraverso il decreto legislativo n. 259 del 2003, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche [21].

Il Capo II del Codice delle comunicazioni elettroniche traspone sul piano interno le regole europee in materia di autorizzazione generale, diritti d'uso esclusivi di risorse scarse, condizioni imponibili, contributi e diritti amministrativi.

Con riferimento ai diritti amministrativi imponibili agli operatori, l'art. 34 del Codice riproduce testualmente il primo paragrafo dell'art. 12 della direttiva autorizzazioni sia con riferimento al presupposto della contribuzione (imprese che offrono servizi in regime di autorizzazione generale o che hanno ottenuto una concessione di diritti d'uso) sia con riferimento alla destinazione di tali contributi.

Occorre però segnalare che la maggiore specificità della legislazione italiana è l'aver mantenuto, in particolare in materia di autorizzazione generale, importanti compiti di regolazione e controllo in capo al Ministro [22]. Di conseguenza, bisogna distinguere tra i diritti amministrativi che si riferiscono all'esercizio di compiti decisionali e di controllo rientranti nella competenza del Ministro e i diritti amministrativi previsti a copertura delle attività di competenza dell'AGCOM. A favore di AGCOM possono, pertanto, essere imposti contributi solo a copertura delle attività, tra quelle individuate nell'art. 34 del Codice, che essa è effettivamente chiamata a svolgere.

Per quanto riguarda il secondo paragrafo dell'art. 12 della direttiva autorizzazione, l'art. 34 del Codice omette di recepire sia l'obbligo di pubblicare un rendiconto annuo, da intendersi come separato rispetto al bilancio generale dell'Autorità, che dia conto delle eventuali differenze tra costi effettivamente

---

21 V. sul punto F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni elettroniche*, cit., *passim*.

22 Per un esame analitico della suddivisione dei compiti cfr. M. MENSI, *Il riparto di competenza tra Autorità e Ministero nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 37 ss. Con riferimento al riparto di funzioni in materia di autorizzazione generale v., A. ALÌ, *Le autorizzazioni generali di reti e di servizi di comunicazione elettronica*, in M. CLARICH-G.F. CARTEI, *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 151 ss. spec. p. 172.

sostenuti e contributi erogati dalle imprese sia l'obbligo di apportare le opportune rettifiche qualora, in sede di consuntivo, non vi sia corrispondenza tra costi e contributi.

3. Le modifiche legislative al sistema di finanziamento volte a ridurre i trasferimenti erariali ed aumentare la quota di contribuzione degli operatori

L'assetto normativo fin qui descritto è stato modificato da due importanti interventi legislativi.

Il primo si è avuto con la legge n. 266/2005 (legge finanziaria 2006), che ai sensi dei commi 65 e 66 dell'art. 1, prevede per quattro Autorità indipendenti – tra cui l'AGCOM [23] – che le spese di funzionamento non coperte da finanziamento a carico dello Stato siano finanziate dal mercato di competenza "secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità" [24].

L'intento dichiarato di tale legislazione era di trasferire progressivamente i costi della regolazione dallo Stato ai soggetti regolati rispondendo così a evidenti esigenze di contenimento della spesa pubblica [25].

La principale innovazione rispetto al Codice delle comunicazioni riguarda il riferimento "al mercato di competenza" come presupposto per l'individuazione dei soggetti obbligati al contributo e dei ricavi rientranti nella base imponibile, laddove invece la disciplina codicistica si riferiva agli operatori che forniscono i propri servizi in regime di autorizzazione generale e ai correlati ricavi [26].

Molto rilevante è anche il fatto che la legge n. 266/2005 abbia previsto che sia l'AGCOM, in ossequio al principio di autonomia, a definire con apposita delibera, sottoposta per l'approvazione al Presidente del Consiglio dei ministri

---

23 Le altre tre autorità sono Consob, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e Commissione di vigilanza sui fondi pensione (Covip).

24 V. in proposito G. NAPOLITANO, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 260 ss.

25 Importante è sul punto la sentenza della Corte costituzionale n. 256/2007. Nonostante i ricorsi della Provincia autonoma di Bolzano e della Regione Piemonte avessero come specifico oggetto la presunta illegittimità dell'autofinanziamento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici per invasione della competenza legislativa regionale e provinciale, alcune argomentazioni della Corte riguardano il sistema in sé. In particolare è da segnalare il punto in cui la Corte Costituzionale ha chiarito che i diritti amministrativi richiesti sono riconducibili alla categoria delle entrate tributarie statali ed in particolare sono una "contribuzione – imposta in base alla legge e connessa ad una particolare situazione in cui i soggetti obbligati si vengono a trovare per effetto dell'attività dell'ente – alle spese necessarie a consentire l'esercizio della sua attività istituzionale, che si caratterizza per la doverosità della prestazione, il collegamento di questa ad una pubblica spesa ed il riferimento ad un presupposto economicamente rilevante". V. in proposito, G. NAPOLITANO, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti al vaglio (parziale) della Corte costituzionale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, 2, p. 139 ss. Sulla questione della legittimità del sistema di auto-finanziamento alla luce della riserva di legge *ex* art. 23 Cost., v. M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 173 ss.

26 I primi a sollevare dubbi sulla compatibilità di tale intervento rispetto al diritto europeo sono stati M. CLARICH-G. CORSO-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Nexus, Roma, 27 febbraio 2006.

sentito il Ministro dell'Economia [27], sia l'entità della contribuzione, nei limiti massimi previsti dalla legge ossia non superiore, a regime, al 2 per mille sia i termini e le modalità del versamento [28].

Nulla specificano, invece, i commi citati circa le eventuali deduzioni dalla base imponibile; il contestuale rinvio alla legislazione vigente sembra far supporre che essa non introduca al riguardo alcuna novità.

Come emerge dalle delibere adottate per gli anni dal 2006 al 2008 [29], l'AGCOM non ha modificato il presupposto della contribuzione (imprese che forniscono servizi in regime di autorizzazione generale) e per la definizione della base imponibile ai fini dell'applicazione dell'aliquota ha fatto riferimento, in maniera alquanto generica, "ai ricavi ottenuti nel settore delle comunicazioni". Questa formulazione è stata interpretata dagli operatori in continuità rispetto al passato, e senza che fosse loro mossa alcuna immediata contestazione formale, nel senso di continuare ad escludere dalla base imponibile i ricavi conseguiti da servizi non riconducibili tra i servizi regolamentati.

Con le delibere 693/08/CONS e 722/09/CONS, relative agli anni di contribuzione 2009 e 2010, l'AGCOM ha invece specificato che la base imponibile del contributo deve essere calcolata sui ricavi delle vendite e delle prestazioni, ma non più al netto di quelli per le attività non riconducibili ai servizi regolamentati bensì solo al netto di quelli non conseguiti nel settore delle comunicazioni elettroniche [30].

Il punto assolutamente significativo è che AGCOM ha sostenuto che tale indicazione non dovesse ritenersi un'innovazione, ma solo un chiarimento rispetto all'interpretazione della legge n. 266/2005. Infatti, per AGCOM i servizi non regolamentati (nel senso di non soggetti ad autorizzazione generale) rientrano nella nozione di "mercato di competenza" utilizzata dalla legge n. 266 del 2005 e, dunque, giustificano il prelievo di un corrispettivo. Se ne deduce, dunque, che l'Autorità interpreta l'espressione "mercato di competenza" come sinonimo di "mercato delle comunicazioni elettroniche".

In conformità a questo orientamento, l'AGCOM ha adottato, tra il 2009 ed il 2011, una serie di delibere, tutte oggetto di impugnazione e tutte annullate dal Consiglio di Stato, con cui ha ricalcolato il contributo dovuto dagli operatori per gli anni 2006-2010 e ha ingiunto loro di pagare la differenza contributiva tra quanto effettivamente corrisposto e quanto, invece, sarebbe stato dovuto dopo l'entrata in vigore della legge n. 266/2005.

Il secondo intervento legislativo sul sistema di finanziamento dell'AGCOM si è avuto con la legge n. 191/2009 (Legge finanziaria 2010). La legge in questione, approvata nel contesto della grave crisi finanziaria internazionale ed ispirata anch'essa a logiche di contenimento della spesa pubblica, ha comportato una drastica riduzione del trasferimento erariale a favore dell'Autorità da compensare, ai sensi di quanto previsto dalla legge n. 266/2005, attraverso la contribuzione dei soggetti regolati [31].

---

27 Il Presidente del Consiglio deve approvare le delibere con proprio decreto entro venti giorni. Decorso il termine senza che siano state formulate osservazioni, le deliberazioni divengono esecutive.

28 Per il primo anno è stabilita la soglia massima del 1,5 per mille dei ricavi.

29 V. le delibere AGCOM nn. 110/06/CONS, 696/06/CONS, 604/07/CONS.

30 Questa specificazione ha un grande impatto perché attrae i servizi a valore aggiunto (c.d. VAS) nella base imponibile. Ciò significa, nel mercato della telefonia mobile, la necessità di conteggiare anche i ricavi derivanti da sms e servizi dati.

31 La riduzione dei trasferimenti erariali è stata per superiore al 75% per il 2010 e ha sfiorato il 90% per il 2011. Dati pubblicati da Assonime, *Il finanziamento delle Autorità indipendenti*, 9/2011.

Inoltre, l'art. 2, comma 241, della medesima legge ha previsto il trasferimento dall'AGCOM a favore di altre Autorità di una parte dei diritti riversati dagli operatori [32]. Il trasferimento inizialmente previsto per un triennio è stato successivamente prorogato [33].

La rilevante riduzione delle risorse (legata in particolare al taglio dei trasferimenti erariali) ha spinto l'AGCOM, come è espressamente spiegato nelle motivazioni della delibera 599/10/CONS, ad innalzare l'aliquota contributiva fino all'1,8 per mille dei ricavi per il calcolo dei diritti amministrativi relativi all'anno 2011.

La delibera in questione si è, inoltre, conformata al "nuovo" modello di calcolo della base imponibile e ha pertanto esplicitamente previsto che tra i ricavi dovessero essere computati sia quelli derivanti dai servizi c.d. regolamentati, ossia forniti in regime di autorizzazione generale, sia quelli non regolamentati, ma comunque rientranti nel settore delle comunicazioni elettroniche. Per questa ragione è stata, anch'essa oggetto di impugnazione e, come già detto, successivamente annullata.

4. La sentenza pregiudiziale della Corte di Giustizia

La sentenza resa in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia il 18 luglio 2013, sul rinvio del giudice amministrativo di primo grado, riveste particolare importanza sia per le sentenze del Consiglio di Stato oggetto di commento sia perché essa sottolinea le condizioni e i limiti del prelievo contributivo posto in capo agli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche [34].

Il TAR Lazio – Roma aveva domandato se "le disposizioni comunitarie di settore, in particolare le disposizioni di cui alla direttiva 2002/20, dovessero essere interpretate come ostative alle discipline nazionali, in particolare la legge n. 266/2005, anche per come in concreto applicata in sede regolamentare." [35].

A questa domanda pregiudiziale, la Corte di Giustizia risponde innanzitutto chiarendo che l'art. 12 della direttiva autorizzazioni non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nel caso italiano, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica siano tenute, in funzione dei loro ricavi, a versare un diritto amministrativo destinato a coprire i costi sostenuti dall'Autorità nazionale di regolazione.

---

32 V. art. 2, comma 241, legge n. 191/2010. La norma prevede un meccanismo di compensazione piuttosto aleatorio. Infatti, un decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'economia deve stabilire misure reintegrative in favore delle autorità contribuenti e a carico delle autorità beneficiarie, ma solo a partire dal decimo anno dall'erogazione e solo se le Autorità percipienti presentino un avanzo di amministrazione. Per l'Autorità garante della concorrenza nel mercato (che ha ricevuto un incremento del trasferimento erariale) la restituzione è prevista, senza condizioni, per una quota parte delle risorse trasferite entro fine 2014 e per la restante quota entro dieci annualità.

33 V. art. 1, comma 523, legge n. 228/2014 (Legge di stabilità 2013) che ha prorogato il contributo per un ulteriore triennio.

34 *Corte di Giustizia* UE, sentenza 18 luglio 2013, C-228/12 e alt., *Vodafone e alt c. AGCOM e alt*. V. in proposito, G. NAVA, V. MOSCA, *Rinvio pregiudiziale del TAR Lazio alla Corte di Giustizia per i contributi ad AGCOM: spunti di riflessione sul sistema di finanziamento alle autorità indipendenti* in DIMT, 28 aprile 2012.

35 La questione pregiudiziale è stata redatta in termini identici nelle cause da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12. Per questa ragione e anche alla luce della stretta connessione delle controversie principali, la Corte di Giustizia ha provveduto alla riunione delle cause.

Un sistema di finanziamento anche prevalentemente basato sui contributi degli operatori è dunque in astratto compatibile con il diritto europeo che, come correttamente ricorda la Corte di Giustizia non prevede né il modo in cui determinare l'importo dei diritti amministrativi né le modalità di prelievo [36]. Questo non significa però che gli Stati membri possano imporre agli operatori qualsivoglia tipo di onere perché questo priverebbe di ogni effetto utile la disciplina europea che garantisce la libertà di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica [37].

Per questo la Corte di Giustizia richiama, citando la sua precedente giurisprudenza, le tre condizioni che devono contemporaneamente essere rispettate per affermare la compatibilità di una tale disciplina nazionale al diritto europeo [38].

La prima condizione è che il diritto amministrativo prelevato dagli operatori autorizzati alla fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica sia esclusivamente destinato alla copertura dei costi che si riferiscono alle attività menzionate nell'art. 12 della direttiva autorizzazione. Contrariamente a quanto, invece, dedotto in giudizio dal Governo italiano e, soprattutto, dalla Commissione europea, la Corte di Giustizia sostiene una lettura tassativa dell'art. 12 e, quindi, delle attività finanziabili attraverso la contribuzione degli operatori [39].

La seconda condizione è che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non deve eccedere i costi complessivi sostenuti dall'ANR per lo svolgimento delle specifiche attività per cui i medesimi sono riscossi. Questo significa che deve sussistere un rapporto di stretta corrispondenza tra contributo e attività finanziata e che il rapporto costi/contributi deve essere stimato in un documento di previsione ed oggetto di riscontro in un documento consuntivo [40].

La terza condizione è che l'onere della contribuzione sia imposto agli operatori in modo proporzionato, obiettivo e trasparente. In questo caso, la Corte di Giustizia si limita a richiamare la direttiva autorizzazione rinviando al giudice nazionale per la verifica del rispetto di tali criteri.

5. Le argomentazioni del Consiglio di Stato e le implicazioni sul sistema complessivo

Le sentenze in commento confermano, come si è detto, le decisioni di primo grado e, dunque, l'annullamento delle delibere contestate, sia della delibera volta a definire le modalità di contribuzione per l'anno 2011 sia di quelle ingiuntive volte al recupero dei contributi 2006-2010.

Le motivazioni con cui il Consiglio di Stato respinge i ricorsi presentati con-

---

36 Sentenza 18 luglio 2013, *Vodafone e alt.*, cit., pt. 41. Deve correttamente ritenersi non strettamente vincolante quanto disposto dal considerando 31 della direttiva autorizzazioni (testo consolidato) laddove individua due alternative per la definizione dei diritti. L'una, "potrebbe essere una ripartizione collegata al fatturato", l'altra utilizzabile "qualora i diritti amministrativi fossero molto bassi" potrebbe anche prevedere diritti forfettari o diritti combinanti con una base forfettaria, con un elemento collegato al fatturato.

37 Sentenza 18 luglio 2013, *Vodafone e alt.*, cit., pt. 36.

38 Cfr. *Corte di Giustizia* UE: sentenza 24 settembre 2003, C-292/01, *Albacom e alt.*; sentenza 21 luglio 2011, C 284/10 *Telefónica de España*.

39 *Vodafone e alt.*, cit., pt. 38.

40 *Vodafone e alt.*, ult. cit., pt. 40 e 41.

tro le sentenze di primo grado meritano una specifica attenzione poiché esse appaiono in grado di incidere *pro futuro* in modo assai significativo sul meccanismo di finanziamento dell'Autorità.

5.1. L'intervento del Consiglio di Stato a precisazione del corretto presupposto della contribuzione

Il punto cardine delle cinque sentenze in commento è quello in cui il Consiglio di Stato individua il presupposto della contribuzione e, di conseguenza, delimita la platea dei contributori.

Questo avviene con una serie di passaggi logici tra loro concatenati.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato ricorda che l'attitudine alla contribuzione delle imprese soggette al prelievo è individuata dalla norma primaria UE nel rapporto di diretta proporzionalità tra aliquota, base imponibile e presupposto, da un lato, ed entità dei costi sostenuti dalle ANR per le sole attività di regolazione *ex ante,* dall'altro lato.

Con la specificazione della regolazione *ex ante*, il Consiglio di Stato intende esclusivamente riferirsi alle attività che l'AGCOM è chiamata a svolgere per l'individuazione dei mercati rilevanti, l'analisi delle loro condizioni di concorrenzialità, l'imposizione e il successivo controllo degli obblighi asimmetrici.

Sulla base di questa preliminare delimitazione, il Consiglio di Stato reinterpreta l'art. 65 della legge n. 266/2005 specificando che laddove la norma si rifà al "mercato di competenza" per l'individuazione dei soggetti obbligati al contributo, tale espressione deve essere riferita non al mercato delle comunicazioni elettroniche in senso complessivo, ma a ciascuno dei mercati rilevanti in cui il settore è scomposto [41].

Pertanto, ai fini dell'imposizione contributiva ciò che rileva è la definizione di ciascun mercato rilevante. Gli operatori che forniscono i prodotti e i servizi facenti parte dello specifico mercato rilevante costituiscono la platea dei contributori. Il loro contributo, secondo il Consiglio di Stato, non "finanzia l'AGCOM in sé o per l'universo delle funzioni afferenti al settore delle comunicazioni elettroniche, ma il servizio che rende agli operatori di sola quella frazione di tal settore che afferisce al mercato della telefonia vocale", al mercato della terminazione delle chiamate vocali su singole rete mobili, al mercato della telefonia in postazione fissa, ecc.

Il fatto che il contributo richiesto agli operatori, come il Consiglio di Stato sottolinea, sia strettamente connesso con lo specifico servizio reso dall'AGCOM comporta rilevanti conseguenze formali e sostanziali.

Da un punto di vista formale, il prelievo *de quo* non è una sovraimposta sui ricavi iscritti a bilancio, ma una tassa di scopo con un montante predefinito e corrispondente ai costi effettivamente sostenuti per la regolazione *ex ante* di ogni specifico mercato. Le tasse di scopo sono, come noto, imposizioni almeno

41 In termini molto generali un mercato rilevante è un mercato composto di beni servizi o attività che sono sostituibili sul lato della domanda e sul lato dell'offerta. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, i mercati rilevanti sono pre-definiti dalla Commissione europea e alle ANR spetta l'individuazione nazionale. La prima Raccomandazione della Commissione europea del 11 febbraio 2003 individuava ben diciotto mercati rilevanti. La seconda Raccomandazione del 17 dicembre 2007 individuava sette mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*. L'attuale Raccomandazione del 9 ottobre 2014 indica solo quattro mercati rilevanti dei prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche.

parzialmente commutative. Questo significa che venendo meno le attività che dovrebbero finanziare, tali imposizioni dovrebbero cessare di essere richieste.

Questa costruzione formale sostenuta dal Consiglio di Stato ha come conseguenza il fatto che il contributo possa essere richiesto agli operatori solo fin tanto che lo specifico mercato rilevante cui essi afferiscono abbia effettivamente bisogno di una regolazione *ex ante.* Per converso, il contributo non può più essere richiesto se all'esito dell'analisi, l'AGCOM ritiene che il medesimo mercato sia divenuto concorrenziale e, quindi, rimuove gli obblighi asimmetrici in precedenza imposti.

5.2. L'individuazione della base imponibile

L'impostazione seguita dal Consiglio di Stato per l'individuazione del corretto presupposto della contribuzione e quindi della platea dei contributori si riflette evidentemente anche sul calcolo della base imponibile.

In principio, come sì è avuto modo di sottolineare, il Ministro e l'Autorità avevano previsto che la base imponibile venisse calcolata sulla base dei ricavi conseguiti da ciascun operatore al netto dei ricavi conseguiti per attività non regolamentate e al netto delle quote riversate agli operatori terzi. Le delibere impugnate prevedevano, invece, l'ampliamento della base imponibile a tutti i ricavi conseguiti per attività rientranti nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Il Consiglio di Stati riconducendo, come si è visto, la nozione di mercato di competenza a quella di mercato rilevante, limita il calcolo della base imponibile ai soli ricavi conseguiti da prodotti e servizi ritenuti, in esito all'identificazione di ogni specifico mercato rilevante, parte del medesimo [42].

Questo significa che non tutti i servizi erogati in regime di autorizzazione generale e, quindi, comunque regolamentati, concorrono per il Consiglio di Stato alla definizione della base imponibile su cui calcolare il contributo, nulla rilevando a tal fine quale sia il motivo per cui essi non sono stati ricondotti ad uno specifico mercato rilevante [43].

Se ne conclude che la corretta base imponibile avrebbe dovuto essere individuata avendo cura di selezionare, ai sensi delle singole delibere adottate da AGCOM sui mercati rilevanti, i soli ricavi prodotti dai servizi e i prodotti che, in quel momento specifico, costituivano il mercato oggetto di identificazione e di successiva analisi.

5.3. La diretta applicazione dell'art. 12, par. 2 della direttiva autorizzazioni

Un altro punto rilevante delle sentenze in commento è quello in cui il Consiglio di Stato, richiamando sul punto la sentenza della Corte di Giustizia, sot-

---

42 Per l'individuazione della corretta base imponibile occorre dunque riferirsi specificamente alle delibere AGCOM che al tempo dei fatti di causa identificavano i diversi mercati rilevanti. Sul punto specifico si rinvia a M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, cit., p. 381 ss. e spec. per i mercati della rete mobile, p. 405 ss. e per il mercato radiotelevisivo, p. 414 ss.

43 La non inclusione di un determinato prodotto o servizio all'interno di un mercato rilevante può derivare sia dal fatto che tale servizio o prodotto non abbia superato il test di sostituibilità sia dal fatto che si tratti di un nuovo servizio (emergente) che, dunque, non si ritiene opportuno regolare.

tolinea come il principio di corrispondenza imponga all'AGCOM di pubblicare un rendiconto annuo dei costi amministrativi sostenuti per le attività di regolazione *ex ante* e dell'importo complessivo dei diritti riscossi.

Questo documento contabile, come specificato dalla Corte di Giustizia, non può coincidere con il bilancio dell'Autorità e nemmeno esserne mera copia. Infatti, dovendo servire al calcolo delle differenze eventuali tra costi e diritti riscossi, in maniera tale da consentire anno per anno le opportune rettifiche, è assolutamente necessario che i costi della regolazione *ex ante* siano non solo scorporati dai costi generali, ma anche suddivisi alla luce delle argomentazioni del Consiglio di Stato tra i diversi mercati rilevanti.

Il richiamo operato dal Consiglio di Stato è particolarmente importante poiché rende evidente il fatto che, nonostante gli obblighi di rendicontazione e di rettifica esplicitamente individuati dalla direttiva 20/2002 non siano stati, come si è avuto modo di rilevare, recepiti dal Codice delle comunicazioni elettroniche, essi siano nondimeno direttamente applicabili sul piano interno.

5.4. La preferenza del Consiglio di Stato per una lettura orientata delle norme interne in vece della loro disapplicazione

L'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea enuncia, come noto, il principio di leale cooperazione tra UE e Stati membri. Le applicazioni di tale principio da parte della Corte di Giustizia sono state molteplici e molto interessanti. Sulla base di tale principio gli Stati membri sono certamente tenuti ad interpretare il diritto nazionale in conformità al diritto europeo e, ove tale interpretazione non sia possibile, a non applicare le norme nazionali che confliggono con il diritto europeo [44].

Come si è detto nella Premessa, il TAR Lazio aveva provveduto in primo grado ad accogliere i ricorsi e ad annullare tutte le delibere impugnate dagli operatori, previa disapplicazione delle norme di legge. Il giudice di prime cure aveva, infatti, ritenuto che le norme di cui alla legge n. 266/2005 e alla legge n. 191 del 2009 fossero incompatibili con il diritto europeo e da esse derivasse l'illegittimità delle delibere AGCOM.

Il Consiglio di Stato opta come si è evidenziato per un'altra strada e corregge sul punto le conclusioni del TAR.

Per ciò che riguarda, l'art. 1, commi 65 e 66, legge n. 266/2005 preferisce adottare una lettura orientata delle norme interne in modo tale da renderle compatibili con il diritto europeo, piuttosto che concludere per la loro formale disapplicazione. L'equiparazione, che è a fondamento di tutto l'*iter* decisionale del Consiglio di Stato, della nozione di mercato di competenza, utilizzata dalla legge, alla nozione di mercato rilevante è l'esempio più evidente dello sforzo compiuto per evitare la disapplicazione.

Per ciò che riguarda, invece, l'art. 2, comma 241, legge n. 191/2009, la correzione del Consiglio di Stato rispetto alla disapplicazione del TAR è piuttosto *tranchant*. Per la Suprema magistratura amministrativa, l'ampliamento del prelievo sanzionato come illegittimo non si è verificato perché è intervenuta la norma in questione. Nonostante l'AGCOM nelle motivazioni della delibera 599/10/CONS facesse riferimento a tale norma quale fondamento sostanziale

44 Si v. sull'interpretazione conforme A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca "del sistema di sistemi" come problema*, in *Rivista AIC*, 2, 2014. Sugli obblighi di interpretazione conforme rispetto al diritto europeo F. POLACCHINI, *Cedu e diritto dell'Unione Europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta OnLine*.

dell'aumento dell'aliquota contributiva, la legge n. 191/2009 non interviene in alcun modo sul presupposto del prelievo né sulla base imponibile.

Come segnala il Consiglio di Stato, tale disciplina reca solo l'obbligo dell'AGCOM di distrarre in via temporanea una parte del gettito *de quo* a favore di altre Autorità indipendenti. Il che significa che essa è, alla luce della complessiva ricostruzione proposta, irrilevante sul senso e sui limiti del prelievo.

Per queste ragioni, non è necessaria per il Consiglio di Stato la previa disapplicazione di tale norma di legge al fine di dichiarare l'annullamento delle delibere AGCOM.

6. Osservazioni conclusive

In conclusione di questo breve commento è opportuno mettere in luce alcune criticità che emergono dalle pronunzie del Consiglio di Stato. Esse non attengono al contenuto delle decisioni in sé e, quindi, al rigetto dei ricorsi AGCOM ed alla conferma dell'annullamento delle delibere impugnate, ma derivano piuttosto dalla complessiva ricostruzione operata dal Consiglio di Stato.

La prima perplessità riguarda la conclusione cui giunge il Consiglio di Stato per cui il prelievo a favore dell'AGCOM debba essere commisurato alla sola attività di regolazione *ex ante* dei mercati volta all'imposizione e al controllo degli obblighi asimmetrici [45].

Da un lato è certamente vero che la gestione, il controllo e l'applicazione dell'autorizzazione generale sono, a norma del Codice delle comunicazioni elettroniche, attività svolte prevalentemente dal Ministro e, quindi sulla base del principio di corrispondenza tra diritti e costi, esse non possano essere computate in capo all'AGCOM.

Da un altro lato, però, sembra altrettanto innegabile che oltre alla regolazione asimmetrica dei mercati, l'AGCOM possa sia vantare competenze in materia di cooperazione internazionale (contribuisce, ad esempio, alle attività del BEREC), sia competenze in ordine alla regolazione generale dei mercati (potendo adottare decisioni a contenuto generale in materia di accesso e di interconnessione), sia competenze per l'applicazione del diritto derivato (disponendo del potere di fornire le segnalazioni e i pareri che ritiene opportuni). Attività queste che rientrano, anche accogliendo l'interpretazione tassativa e restrittiva formulata dalla Corte di Giustizia [46], senza dubbio nel novero delle

45 La regolazione ex ante si compone sia di regole generali, cioè rivolte alla generalità degli operatori, sia di regole asimmetriche, cioè rivolte solo ad alcuni operatori individuati. Si pensi in proposito alle regole generali definite per l'ingresso degli operatori sul mercato, per l'assegnazione delle risorse scarse, per la tutela degli utenti, per la protezione dei dati personali. Tipici esempi di regolazione asimmetrica sono invece gli obblighi posti in capo agli operatori dominanti e gli obblighi di servizio universale. Sulle diverse tipologie di regolazione v. per tutti, A. OGUS, *Regulations, legal form and economic theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994. Più recentemente del medesimo Autore, v. ID., *Rethinking regulation: from the seventies to the noughties*, in L. AMMANNATI (ed.) *Networks. In Search of a Model for European and Global Regulation*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 7 ss.

46 Se la Corte di Giustizia avesse accolto le osservazioni della Commissione europea e, dunque, avesse considerato la lista dell'art. 12 come indicativa e non tassativa, si sarebbero potute considerare come finanziabili dagli operatori anche tutta una serie di attività che le ANR (e l'AGCOM tra di esse) svolgono per espressa previsione delle norme europee, le quali sono idonee ad integrare il regime dell'autorizzazione generale. Si pensi, ad esempio, ai compiti che il Codice delle comunicazioni pone in capo all'AGCOM riguardanti la definizione dei livelli quali-

attività espressamente elencate tanto nell'art. 12 della direttiva autorizzazione quanto nell'art. 34 del Codice.

Tali attività sono meno dispendiose, in termini di risorse economiche necessarie, rispetto alla regolazione asimmetrica. Ciò non toglie che esse determinino comunque dei costi che, ai sensi del diritto europeo, possono legittimamente essere riversati sugli operatori di comunicazione elettronica.

Se si condivide quest'analisi, si può anche provare a immaginare *de iure condendo* un doppio regime di contribuzione. Uno a copertura delle attività di regolamentazione asimmetrica ed uno a copertura delle altre attività svolte dall'AGCOM e rientranti nell'elenco dell'art. 34 del Codice. In questo modo, tra l'altro si potrebbero differenziare le tipologie di calcolo del diritto amministrativo – sia con riferimento al presupposto e alla base imponibile sia con riferimento all'aliquota – in maniera tale da rendere il prelievo complessivo più proporzionale, obiettivo e trasparente [47].

È evidente, infatti, che diversamente da quanto ricostruito dal Consiglio di Stato per la contribuzione finalizzata alla copertura dei costi di regolamentazione asimmetrica, per quanto attiene alla contribuzione legata alle residue attività svolte dall'AGCOM, si dovrebbe ragionare *de iure condendo* su un ampliamento della platea contributiva a tutti gli operatori in possesso di autorizzazione generale (provvedendo semmai ad escludere quelli che non raggiungono un adeguato fatturato), sull'allargamento della base imponibile ai ricavi derivanti dai servizi forniti in regime di autorizzazione generale e, al contempo, ovviamente, sulla previsione di un'aliquota contributiva molto bassa.

La seconda perplessità attiene alla specificazione del Consiglio di Stato per cui il diritto amministrativo può essere imposto o mantenuto solo se il mercato rilevante, in esito all'analisi svolta dall'AGCOM, ha bisogno di regolazione asimmetrica. Dice la Suprema magistratura amministrativa, a sostegno di questa impostazione, che se non c'è più spesa pubblica per l'attività di regolamentazione viene meno di conseguenza anche la giustificazione del prelievo.

Quest'affermazione sembra essere legata ad una ricostruzione del procedimento di regolazione asimmetrica che non tiene conto delle fasi propedeutiche e successive all'imposizione degli obblighi asimmetrici [48].

I mercati rilevanti nel sistema normativo attuale sono, infatti, pre-determinati a livello europeo dalla Commissione europea, attraverso specifiche Raccomandazioni, e le ANR sono chiamate ad individuare a scadenze prefissate il mercato nazionale corrispondente e ad analizzarlo per verificare se esso sia concorrenziale o meno e se vi siano operatori in posizione di dominanza [49].

Anche qualora in esito all'analisi di un mercato rilevante, l'AGCOM decida di non imporre obblighi regolamentari asimmetrici oppure ritenga di rimuovere quelli esistenti, stimando il mercato in questione come sufficientemente con-

---

tativi in materia di servizio universale o l'individuazione di regole generali a tutela degli utenti, in particolare degli utenti disabili.

47 Con la delibera 567/14/CONS recante le nuove modalità di misura e di calcolo del contributo per l'anno 2015, AGCOM ha già in parte seguito la strada della differenziazione prevedendo un'aliquota differenziata per i soggetti di cui all'art. 12 della direttiva 2002/20/CE e per i restanti operatori. La proposta formulata nel testo va nella direzione di una differenziazione contributiva anche tra gli operatori in possesso di autorizzazione generale ai sensi del citato articolo 12 della direttiva autorizzazioni.

48 Sia consentito rinviare per un esame dei procedimenti di regolazione a M. OROFINO, *La regolazione asimmetrica nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 65 ss.

49 Vale la pena, in proposito, di osservare che i mercati rilevanti, i quali sono pre-individuati a livello europeo, hanno subito nel corso degli anni una significativa compressione, posto che si è passati dai diciotto mercati individuati nel 2003 ai soli cinque attualmente individuati.

correnziale, questo non fa venir meno né il suo compito di verificare che tale mercato si mantenga competitivo né il suo compito, a scadenze prefissate dalle norme europee, di ridefinirlo e analizzarlo nuovamente [50].

Inoltre, va ricordato che AGCOM, se ritiene che siano intervenute significative novità, può (e deve), in qualunque momento, procedere al riesame di un mercato rilevante. A tal proposito, vale la pena di segnalare che i mercati rilevanti delle comunicazioni elettroniche sono soggetti a una continua pressione dell'innovazione tecnologica in grado di mutarne rapidamente le caratteristiche.

Per queste ragioni, poiché in buona sostanza l'AGCOM è comunque chiamata a monitorare continuamente i mercati rilevanti e a ripetere ciclicamente l'individuazione e l'analisi dei medesimi, non è condivisibile l'assunto del Consiglio di Stato sul venir meno dell'obbligo di contribuzione per il sol fatto che i medesimi siano valutati come competitivi [51].

Si potrebbe invece affermare, in questo caso anche a legislazione vigente, che la mancata imposizione di obblighi asimmetrici non debba implicare la totale cancellazione degli obblighi contributivi in capo agli operatori rientranti in quello specifico mercato, ma almeno transitoriamente solo una loro riduzione legata al venir meno dell'attività di controllo sugli obblighi asimmetrici.

In questo modo si valorizzerebbe ulteriormente il principio di corrispondenza di cui al par. 2 dell'art. 12 della direttiva autorizzazione che, pur non trasposto nell'ordinamento interno, è comunque immediatamente applicabile e vincolante per l'AGCOM ed impone la verifica dell'equilibrio tra costi e prelievi.

La terza perplessità è legata alla compatibilità del sistema di finanziamento così come oggi risulta a seguito degli interventi legislativi emergenziali e delle pronunzie del Consiglio di Stato, con il principio di indipendenza delle ANR sancito a livello europeo.

Il punto è assai delicato e meriterebbe un supplemento di riflessione più ampio e più generale circa gli effetti di un modello di finanziamento prevalentemente erariale o prevalentemente derivante da contributi riversati dagli operatori sul grado di indipendenza delle Autorità di regolazione [52].

In proposito occorrerebbe innanzitutto distinguere, cosa che nel settore qui in esame non è per nulla semplice, se la richiesta indipendenza dell'AGCOM debba essere innanzitutto riferita agli operatori oppure al Governo. Sulla base della risposta fornita, bisognerebbe poi indagare gli effetti dell'uno o dell'altro dei meccanismi di finanziamento sull'attività dell'Autorità in termini, da un lato, di cattura da parte dei regolati e, da un altro lato, di influenza da parte delle autorità di governo sull'attività dell'Autorità [53].

Nell'ambito di queste conclusioni, ci si limita a sottolineare che il finanziamento dell'AGCOM è alla luce degli ingenti tagli degli ultimi anni ai trasferimenti erariali ormai quasi totalmente rimesso alle contribuzioni dei soggetti

---

50 V. art. 16, par. 6 della direttiva quadro.

51 Il fatto di subordinare il prelievo all'accertata non concorrenzialità dei mercati rilevanti rende il medesimo assai aleatorio e viola almeno in parte il principio della correlazione. Se tale conclusione è idonea a far venir meno il presupposto del prelievo, ne deriva che nemmeno l'attività di analisi effettivamente svolta possa essere posta a carico degli operatori. Con il paradosso che, se per ipotesi, tutti i mercati dovessero un giorno essere sufficientemente competitivi, l'Autorità perderebbe i contributi necessari a controllare che la situazione di concorrenza effettivamente permanga anche in tempi successivi.

52 Si v. in proposito l'interessante ricostruzione di M. De Benedetto, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D'Alberti-A. Pajno, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, 173 ss.

53 V. sul punto G. Napolitano, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti*, cit., 265-266.

privati. Questo ragionevolmente comporta una certa fluttuazione delle risorse anno per anno disponibili dovuta specificamente al fatto che i contributi sono legati, come si è visto, ai ricavi degli operatori che, per loro natura, sono soggetti a cicli economici.

Il fatto di subordinare, come fa il Consiglio di Stato, l'imposizione del prelievo contributivo all'accertamento della non concorrenzialità dei singoli mercati rilevanti e di definire la base imponibile sulla base delle scelte di volta in volta compiute dall'Autorità nell'identificazione di ciascun mercato rilevante, rende ancora più incerto l'ammontare complessivo delle risorse.

Tutto ciò evidentemente comporta una rilevante tensione rispetto alla richiesta delle norme europee per cui le ANR dovrebbero essere dotate, a tutela della loro indipendenza e a prescindere dalle decisioni assunte, di tutte le risorse necessarie, sul piano del personale, delle competenze e dei mezzi finanziari, per l'assolvimento dei compiti loro assegnati.

Un'ultima considerazione la merita la scelta del Consiglio di Stato di correggere le sentenze di primo grado riguardo alla disapplicazione dell'art. 2, comma 241, legge n. 191/2009.

Da un punto di vista formale è condivisibile quanto sostenuto dalla Suprema magistratura amministrativa circa l'irrilevanza della disciplina posta dalla legge 191/2009 rispetto alla ridefinizione del presupposto del contributo e della base imponibile da parte di AGCOM. La decisione del Consiglio di Stato lascia, tuttavia, apertissima la questione della compatibilità di tale trasferimento rispetto al diritto europeo ed, in particolare rispetto al principio, contenuto nell'art. 12, par. 2, della direttiva autorizzazione e riaffermato dalla Corte di Giustizia, di stretta correlazione tra costi sostenuti e contributi ricevuti e di necessità di operare le necessarie rettifiche [54].

Da un punto di vista sostanziale è innegabile che se la legge dispone di riversare una parte dei diritti percepiti ad altre autorità, questo trasferimento deve poi essere compensato da un'altra entrata (e quindi, anche attraverso l'aumento dell'aliquota contributiva) o da una contrazione delle uscite.

Da questo punto di vista, le pronunzie del Consiglio di Stato sono anche in grado di incidere sulla decisione assunta da AGCOM il 30 gennaio 2014 (e comunicata alle autorità competenti in data 28 febbraio 2014) di disapplicare per l'anno 2014, in via amministrativa, la norma che proroga il suddetto obbligo di trasferimento di fondi a favore di altre autorità indipendenti [55]. L'Autorità può, in termini formali, decidere di disapplicare una norma di legge se la ritiene in contrasto con il diritto europeo, ma si trova ora dopo le sentenze del Consiglio di Stato a doverlo fare senza il conforto che le era in precedenza offerto dalle sentenze del TAR [56].

---

54 Occorre però dire che almeno per quanto riguarda il Garante per la protezione dei dati personali il trasferimento di una piccola quota di risorse potrebbe non essere del tutto illegittimo. Infatti, se si pone attenzione alle condizioni che corredano tutte le autorizzazioni generali rilasciate nel settore delle comunicazioni elettroniche, è facile notare che sussiste sempre un riferimento alle regole di protezione dati e agli standard di sicurezza delle reti. Posto che su tali questioni è, nell'ordinamento italiano, specificamente competente il Garante Privacy, allora non è peregrina l'ipotesi che tale Autorità possa ricevere una quota dei diritti riversati dagli operatori a compensazione delle attività di controllo che è chiamata a svolgere.

55 Il fatto che AGCOM ritenesse illegittimo tale trasferimento era già chiaro dalla *Segnalazione al Governo in merito all'opportunità di sopprimere il comma 36 dell'articolo 3 del ddl "Legge di stabilità 2013" relativo alla proroga del sistema di trasferimento dei fondi dell'Autorità ad altre Autorità indipendenti* del 29 dicembre 2012.

56 Si v. sull'obbligo di disapplicazione che la Corte di Giustizia estende anche alla pubblica

La situazione è ulteriormente complicata dal fatto che, nelle more del giudizio di secondo grado, la medesima Autorità ha adottato con la delibera 567/14/CONS le nuove modalità di misura e di calcolo del contributo per l'anno 2015. In questa delibera, AGCOM facendo affidamento sulla disapplicazione sostenuta dal giudice di primo grado ha calcolato il proprio fabbisogno non computando alcun trasferimento ad altre Autorità. In questo modo ha potuto diminuire l'aliquota contributiva per gli operatori "autorizzati" ai sensi del diritto europeo.

Sulla base di queste sintetiche osservazioni è del tutto evidente che la situazione si presenti alquanto ingarbugliata e significativo sia il rischio per AGCOM di non poter disporre delle risorse necessarie a svolgere i propri compiti e per l'Italia di non rispettare i vincoli finanziari derivanti dalla normativa europea a tutela dell'indipendenza delle ANR.

È chiaro che entrambe le occorrenze debbano essere evitate e che, dunque, sia necessario innanzitutto garantire la capienza di AGCOM. Si potrebbe in proposito ragionare sulla possibilità di creare un piccolo fondo di garanzia a copertura del fabbisogno, utilizzabile, secondo procedure e garanzie che limitino quanto più possibile ogni discrezionalità, nei soli casi in cui si giungesse ad un imprevisto sbilanciamento tra costi e contributi riscossi.

Se poi, e ciò appare certamente auspicabile, vi fosse anche l'opportunità di un intervento legislativo più ampio, allora l'occasione potrebbe essere certamente propizia non solo per correggere le criticità prodotte dalle citate normative emergenziali, ma per intervenire in modo più articolato, nei limiti posti dalla normativa europea e tenendo anche presente quanto accade in altri Paesi [57], sul meccanismo complessivo di finanziamento dell'AGCOM.

amministrazione e, in particolare alle autorità indipendenti, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano, 2008, 158 ss.

57 In proposito, dati interessanti di comparazione sono rintracciabili nel *Report on Implementation of the EU regulatory framework for electronic communications* della Commissione europea per l'anno 2014.

Banca d'Italia e Ministro dell'Economia e delle Finanze: la realizzazione una diarchia "effettiva" nella fase d'impulso dell'amministrazione straordinaria. Commento a Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 657

di Luca Belviso

Cons.Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 657

CREDITO E RISPARMIO – BANCA POPOLARE DI SPOLETO SPA – PROCEDURA DI AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA EX ART. 70 TUB – POTERI E RUOLI NEL PROCEDIMENTO – PROPOSTA DELLA BANCA D'ITALIA – DECRETO DI COMMISSARIAMENTO DEL MEF CON OBBLIGO DI AUTONOMA ISTRUTTORIA – RELAZIONI ISTITUZIONALI FRA LE AUTORITÁ – LIMITI DEL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

«L'art. 70 TUB, nell'individuare i presupposti soggettivi ed oggettivi necessari ai fini dell'avvio della procedura di amministrazione straordinaria, disciplina anche le competenze istituzionali nella fase iniziale della stessa. Ruolo primario viene conferito alla Banca d'Italia, la quale propone al Ministro dell'Economia e delle Finanze lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo di una banca al ricorrere di tassative condizioni. Ricevuta la proposta, il Ministro dell'Economia e delle Finanze "può disporre" con decreto detto scioglimento: questa facoltà di scelta implica una valutazione discrezionale – o, meglio, di opportunità – che il Ministro è tenuto ad effettuare sulla base della proposta avanzata dall'autorità di vigilanza».

«L'obbligatorietà della proposta della Banca d'Italia non impone al Ministero dell'Economia e delle Finanze di accettarne in modo acritico e dogmatico il contenuto, in quanto l'ordinamento gli attribuisce la facoltà di discostarsi dalla proposta stessa qualora non ritenga sussistenti i presupposti per disporre l'amministrazione straordinaria. La possibilità di giungere ad una conclusione differente rispetto a quella configurata dall'autorità di vigilanza implica il preventivo esperimento, da parte del Ministro, di un'autonoma istruttoria o quantomeno di una valutazione critica della proposta avanzata dalla Banca d'Italia».

«Nella fase di impulso del procedimento descritto dagli artt. 70 e ss. del TUB, una valutazione di merito, insindacabile dal giudice amministrativo, sussiste in relazione alla scelta di disporre o meno l'amministrazione straordinaria ad un istituto di credito. Esula da questa tipologia di valutazione, rientrando nell'alveo della discrezionalità tecnica, l'individuazione delle modalità di esercizio del potere istruttorio sui fatti che costituiscono il presupposto della scelta effettuata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze».

«È viziato da eccesso di potere per difetto di istruttoria il decreto di amministra-

zione straordinaria del Ministro dell'Economia e delle Finanze emanato richiamando e facendo integralmente proprie le motivazioni contenute nella proposta formulata dalla Banca d'Italia. Il Ministro dell'Economia e delle Finanze, infatti, nel condividere gli esiti e le soluzioni contenuti nella proposta avanzata dall'autorità di vigilanza, avrebbe dovuto eseguire un'attività istruttoria, anche al fine di dare contezza della permanenza dei requisiti oggettivi e soggettivi necessari ad attivare la procedura di amministrazione straordinaria, nonostante l'intervenuto mutamento della situazione patrimoniale della Banca Popolare di Spoleto spa».

Sommario: Premessa. – 1. L'amministrazione straordinaria *ex* art. 70 TUB: caratteri generali, procedura e poteri delle autorità. – 2. L'amministrazione straordinaria della Banca Popolare di Spoleto spa al vaglio del TAR Lazio. – 3. La decisione del Consiglio di Stato sul commissariamento della Banca Popolare di Spoleto spa. – 4. La decisione del Consiglio di Stato: le relazioni istituzionali fra le autorità del procedimento fra passato e presente. – 5. La decisione del Consiglio di Stato: il sindacato del giudice amministrativo sulle scelte discrezionali delle autorità. – 6. Conclusioni. Una riflessione sui rapporti fra autorità di vigilanza e autorità governativa.

Premessa

Lo scorso febbraio il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 657) ha emanato una sentenza di assoluto rilievo in materia di regolazione del settore bancario. La vicenda, che ha suscitato l'interesse di giuristi, economisti e anche della stampa generalista, ha riguardato la sottoposizione alla procedura di amministrazione straordinaria prevista dalla normativa bancaria di un noto istituto di credito, la Banca Popolare di Spoleto spa. Il commissariamento dell'impresa bancaria derivava dall'insorgenza di un grave stato di crisi, caratterizzato da non trascurabili difficoltà economiche e gestionali, rilevate in seguito ad ispezioni della Banca d'Italia. Il giudizio, dapprima instaurato avanti al TAR Lazio (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2727; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2726) per contestare la legittimità della procedura e dei relativi atti, ha trovato il suo attuale esito nella pronuncia della massima autorità giudiziaria amministrativa, la quale, nel ribaltare la decisione di primo grado, ha elaborato principi volti a ridefinire, o quantomeno mettere in discussione, il precedente assetto dei rapporti fra le autorità creditizie coinvolte nel procedimento, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e la Banca d'Italia.

Di seguito, pertanto, dopo aver delineato le caratteristiche principali dell'istituto di amministrazione straordinaria, si analizzerà il caso specifico della Banca Popolare di Spoleto spa tramite le sentenze dei giudici amministrativi e più in generale il tema delle relazioni tra le autorità che concorrono nel relativo procedimento.

1. L'amministrazione straordinaria *ex* art. 70 TUB: caratteri generali, procedura e poteri delle autorità

L'attuale fase di privatizzazione degli enti bancari non ha comportato un totale assoggettamento del settore creditizio al diritto comune; l'attività bancaria

viene regolata, invero, sotto molti profili, fra cui proprio quello relativo alla crisi dell'impresa bancaria, da discipline prettamente pubblicistiche [1].

Alla "*disciplina delle crisi*" bancarie è dedicato specificamente il titolo IV del Testo Unico bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385), che si occupa sia della crisi delle banche individualmente considerate (capo I) sia di quelle dei gruppi bancari (capo II). All'interno del capo I la prima sezione riguarda l'"*amministrazione straordinaria*" (artt. 70-77 TUB).

Tale procedura, sulla cui natura giuridica la dottrina si interroga [2], è diretta al risanamento dell'impresa bancaria, per consentirle di superare uno stato di difficoltà economica o gestionale – ritenuto "*rimediabile"* – con successiva ripresa delle normali attività operative [3]. La composizione dello stato di crisi è realizzata tramite sostituzione della gestione ordinaria con una gestione sostitutiva commissariale di natura coattiva (in quanto disposta anche senza il consenso degli organi ordinari della banca), che mantiene in piena operatività l'ente, evitandone la paralisi funzionale, a tutela del risparmio nonché della salvaguardia dei terzi che un eventuale dissesto bancario potrebbe coinvolgere [4].

---

1 Per le ragioni sottese alla necessità di una disciplina pubblicistica speciale: in modo sintetico, ma incisivo M. PARRELLA, In R. RAZZANTE-L. LACAITA (a cura di), *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario ed alla normativa collegata*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 595-596, la quale giustifica la disciplina in deroga a quella della crisi delle imprese sulla base della specialità del settore «*fondato su un elemento delicato e fragile, la fiducia nel soggetto che esercita l'attività* – con la conseguenza che le crisi non devono essere connesse – *necessariamente a squilibri patrimoniali o finanziari, ma anche ad irregolarità di gestione, nonché a circostanze che, pur in assenza di comportamenti dolosi o colposi dei gestori, creino allarme tra i depositanti*»; inoltre, deriva anche dalla circostanza che è «*particolarmente grave il rischio di "contagio", di estensione della crisi, dalla singola banca all'intero sistema bancario-finanziario*». In termini analoghi, C. DE SINNO, *Il nuovo diritto bancario*, Aracne, Roma, 2012, pp. 69-70, dove si giustifica con «*la tutela del risparmio e la generale tenuta del sistema* – dato che – *lo stato di crisi di una impresa bancaria può ripercuotersi anche sulle altre (effetto-domino)*».

2 In particolare è stata diversamente inquadrata come: una sanzione amministrativa per comportamenti illegittimi; un provvedimento con finalità cautelari rispetto all'ulteriore deterioramento economico e gestionale della banca; un provvedimento ricognitivo accertante le condizioni dell'istituto di credito; infine, tesi oggi prevalente, come uno strumento volto al risanamento di un'impresa bancaria in crisi. Per la tesi prevalente del risanamento: F. CAPRIGLIONE, *sub* art. 70 TUB, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, *tomo I*, Cedam, Padova, 2001, p. 538, secondo cui la procedura «*trova fondamento nel suo raccordarsi ad obiettivi di risanamento e, dunque, di stabilità degli appartenenti al settore del credito*»; in maniera molto esaustiva, A. NIGRO, *sub* artt. 70-77 TUB (Considerazioni generali), in F. BELLI-G. CONTENTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), in *Commento al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia,* volume I (artt. 1-79), Zanichelli, Bologna, 2003, pp. 1129-1132. Lo stesso autore, p. 1133, nota 73, rileva come la finalità di risanamento «*non significa affatto che l'amministrazione straordinaria debba necessariamente concludersi con il risanamento; significa soltanto che la procedura deve essere aperta, prima, e condotta, poi, in funzione del perseguimento di questo risultato (che è poi quello che la stessa normativa mostra di considerare come l'esito "normale" dell'amministrazione straordinaria)*». Tale tesi prevale anche in giurisprudenza: Cons. Giust. Amm. reg. Sicilia, 19 marzo 2002, n. 145; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 20 marzo 1996, n. 429.

3 Il carattere compositivo la contrappone principalmente alla liquidazione coatta amministrativa (artt. 80-95 TUB), avente invece carattere liquidatorio per le ipotesi di "*crisi irrimediabile*" della banca stessa. La rimediabilità presuppone la possibilità di adottare soluzioni salvifiche della banca, a tutela dei creditori e dei terzi.

4 Sul vantaggio della gestione sostitutiva: TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 febbraio 2005, n. 1087, che afferma che la *ratio* dell'istituto è «*prevenire la paralisi operativa degli enti in funzione della tutela del risparmio nonché della salvaguardia dei terzi che un dissesto bancario potrebbe coinvolgere*».

Essa, pur operando già in precedenza per certe categorie di enti bancari, è stata introdotta in via generale per tutte le imprese bancarie con la legge bancaria del 1936 (r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375)[5]. Questo ambito soggettivo estensivo di applicazione è quello fatto proprio anche dall'attuale T.U. bancario del 1993, secondo cui è assoggettabile ad amministrazione straordinaria qualunque banca (comprese anche le succursali italiane di banche extracomunitarie – art. 77 TUB – ed i gruppi bancari – artt. 98 e 100 TUB). Oggi, in virtù dell'attuale crisi economico-finanziaria, l'applicazione dell'istituto è sempre più frequente[6].

L'amministrazione straordinaria costituisce un articolato e peculiare procedimento amministrativo[7]. Ai sensi dell'art. 70, comma 1, TUB, «*il Ministro dell'Economia e delle Finanze, su proposta della Banca d'Italia, può disporre con decreto lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo delle banche quando: a) risultino gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle norme legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività delle banche; b) siano previste gravi perdite del patrimonio; c) lo scioglimento sia richiesto con istanza motivata dagli organi amministrativi ovvero dall'assemblea straordinaria*».

Dalla disposizione emerge in primo luogo che la competenza a porre una banca in amministrazione straordinaria è riservata al Ministro dell'Economia e delle Finanze (d'ora in poi MEF)[8], che la esercita con decreto.

L'autorità governativa può disporre la procedura solo quando (alternativamente e tassativamente)[9]:

a) risultino *gravi irregolarità* nell'amministrazione, ovvero *gravi violazioni* delle norme legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività delle banche;

---

5 Ad esempio, era prevista originariamente per le Casse di risparmio – art. 42, r.d. 25 aprile 1929, n. 967 – e per le Casse rurali – art. 20, legge 6 giugno 1932, n. 656. Alla generale applicazione della legge bancaria del 1936, che si estendeva a tutte le imprese bancarie, derogavano unicamente le aziende di credito (limite tuttavia espunto dopo soli quattro anni con la legge 10 giugno 1940, n. 933).

6 Secondo quanto riportato dal sito internet della Banca d'Italia, sono sedici gli istituti di credito attualmente commissariati (ma non più la Banca popolare di Spoleto spa, confluita oggi sotto il controllo di Banco di Desio e della Brianza, che detiene la proprietà del 72,16% delle azioni – dati aggiornati all'11 dicembre 2014). Sempre in riferimento alla frequenza dell'istituto può essere interessante notare come il problema non sia solamente italiano, ma sia condiviso con altri paesi dell'"eurozona"; del resto, come afferma A. NIGRO, *sub* artt. 70-77 TUB (Considerazioni generali), in *Commento al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia,* cit., p. 1119, «*in molte delle legislazioni europee sul credito sono infatti previste "forme di commissariamento delle banche" che presentano forti analogie con la nostra amministrazione straordinaria*».

7 Come sostiene F. CAPRIGLIONE, *sub* art. 70 TUB, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 539, a tale procedimento, ai sensi dell'art. 4 TUB, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni della legge n. 241/1990; in particolare, «*non v'è dubbio che mentre i criteri fissati in detta legge trovano applicazione nella materia de qua ove afferiscono ai termini del procedimento amministrativo e all'obbligo di motivazione (sia pure per relationem), non altrettanto può dirsi con riguardo alla previsione del diritto di accesso ovvero della partecipazione al procedimento (e in particolare delle comunicazioni agli interessati)*».

8 Il MEF è subentrato nei compiti del Ministro del Tesoro. L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 37/2004 afferma che nel TUB le espressioni: «*Ministro del tesoro*» e «*Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica*», ovunque ricorrano, sono sostituite dalle parole: «*Ministro dell'economia e delle finanze*» e le parole: «*Ministero del tesoro*» e: «*Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica*», ovunque ricorrano, sono sostituite dalle parole: «*Ministero dell'economia e delle finanze*».

9 Per la tassatività, la dottrina prevalente: per tutti R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 816.

b) siano previste *gravi perdite* del patrimonio;

c) lo scioglimento sia richiesto dagli organi ordinari della banca con istanza motivata.

Analizzando in dettaglio i presupposti si rileva che, al punto a), le "*gravi irregolarità nell'amministrazione*" sono integrate dagli organi della banca in caso di condotte difformi dalle regole di corretta gestione, ovverosia comportamenti gravemente contrastanti con i canoni di buona amministrazione. Esse sono totalmente indipendenti da qualsivoglia violazione di obblighi legali, amministrativi e statutari e non riguardano necessariamente la gestione economica dell'impresa bancaria [10]. Tale interpretazione ha allargato le maglie di applicazione dell'intero istituto, atto dunque a ricomprendere ipotesi fra loro molto eterogenee, ma tutte rivelatrici dell'inidoneità della banca a svolgere ulteriormente la propria attività.

Le violazioni normative integrano invece l'altro caso della lettera a), alternativo al primo, cioè le "*gravi violazioni delle norme legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività delle banche*". Un problema sorto in dottrina è rappresentato dalla genericità del testo di legge che non consente di capire se si tratta di qualsiasi grave violazione di legge, amministrativa, statutaria o soltanto delle gravi violazioni di disposizioni regolanti specificamente le banche e la loro attività [11].

Quanto alla gravità delle irregolarità o delle violazioni, si ritiene che sussista «*qualora abbiano un riflesso mediato o immediato sulla gestione dell'impresa bancaria*» o quando «*comportano gravi disfunzioni oggettive nell'esercizio dell'attività bancaria*» [12].

Il presupposto b) della sussistenza delle "*gravi perdite patrimoniali*" è indipendente invece da violazioni o irregolarità. Il riferimento – si badi bene – attiene non solo alle perdite attuali, ma anche a quelle soltanto previste, fattispecie in cui emerge con maggiore evidenza la necessità di una attenta valutazione da parte delle autorità [13]; il deficit patrimoniale è poi rilevante in sé,

---

10 Risultano utili degli esempi. Sulla prima forma di indipendenza si veda A. ANTONUCCI, *Il diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 400, la quale afferma che solo la violazione di regole tecnico-bancarie attinenti alla gestione, che non sono codificate, ma comunemente adottate nella prassi dagli organi bancari può integrare la fattispecie in esame. Sulla seconda si prenda F. CAPRIGLIONE, *sub* art. 70 TUB, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 539. In particolare, rientrano nel campo di applicazione del presupposto le situazioni di impossibilità di funzionamento dovute ad anomalie gestorie, le gravi carenze di funzionalità degli organi collegiali per effetto di fenomeni di estrema conflittualità interna o di asservimento ad interessi esterni alla banca. Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8016, in conferma di TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9 aprile 2010, n. 6189) ha inoltre specificato «*che le gravi irregolarità non devono necessariamente essere ascrivibili a condotte colpevoli degli organi di amministrazione*».

11 A. NIGRO, *sub* art. 70 TUB, in *Commento al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia,* cit., p. 1140, che osserva che il dilemma nasce dalla circostanza che nella lettera della legge il riferimento alle disposizioni "*che regolano l'attività della banca*" appare troppo generico per consentire di selezionare le violazioni rilevanti e quelle irrilevanti. Esempi tratti dalla giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. IV, 20 dicembre 2012, n. 6583, secondo cui la violazione delle norme antiriciclaggio nonché la concessione di finanziamenti per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni emesse dalla banca, se avvenuta in violazione dell'art. 2358 c.c., costituiscono "*violazioni di disposizioni legislative*" ai sensi dell'art. 70 TUB, costituendo quindi un presupposto dell'amministrazione straordinaria.

12 In questo senso la dottrina prevalente, per tutti, F. GIORGIANNI-C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 289.

13 Cfr. per tutti R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., pp. 801-802. In giurisprudenza si veda: sulla rilevanza di perdite soltanto previste, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 20 marzo 1996, n. 429;

anche qualora non sorga alcun problema di solvibilità [14].

Sia nel caso a) che nel caso b), tuttavia, è possibile sciogliere gli organi amministrativi e di controllo contro la volontà dei medesimi; tale circostanza differenzia le ipotesi sopra richiamate dal presupposto indicato alla lettera c), contrariamente caratterizzato dalla richiesta degli organi dell'ente. Quest'ultima non è tale da fondare di per sé il provvedimento, poiché le autorità creditizie conservano anche qui il potere di valutare discrezionalmente la situazione di fatto e decidere conseguentemente se disporre lo scioglimento richiesto. Si discute in dottrina, inoltre, se possano essere valutate circostanze anche diverse da quelle tipicamente previste dall'art. 70, comma 1, TUB, lett. a) e b), purché allo stesso modo idonee a giustificare lo scioglimento degli organi amministrativi e di controllo [15].

La sussistenza di uno di questi presupposti è, però, condizione necessaria ma non sufficiente affinché il decreto possa essere disposto dal MEF; quest'ultimo infatti, per emanare il provvedimento di amministrazione straordinaria, ha bisogno "a monte" dell'iniziativa della Banca d'Italia. La proposta dell'autorità di vigilanza costituisce l'atto di impulso dell'intera procedura, che origina, a sua volta, da un procedimento ispettivo condotto dalla medesima autorità, terminato con il riscontro dei presupposti oggettivi e soggettivi sopra richiamati e conseguente emanazione di un atto di accertamento di esito positivo.

Sebbene le ispezioni e la proposta costituiscano atti di fondamentale importanza nel commissariamento bancario, l'atto produttivo dei relativi effetti giuridici – e dunque l'unico dotato di autonoma lesività – è il decreto del MEF. Tale provvedimento comporta infatti lo scioglimento degli organi ordinari della banca (art. 70, comma 1 e 2, TUB) e conseguente emanazione del provvedimento di nomina degli organi straordinari da parte della Banca d'Italia (art. 71, comma 1, TUB), soggetti che operano, di regola, per un anno (art. 70, comma 5 e 6, TUB).

Per questo motivo, chi lamenta una lesione attuale di un interesse protetto può ricorrere immediatamente contro il decreto autoritativo di amministrazione straordinaria, non potendo invece fin da subito ed autonomamente impugnare le ispezioni e la proposta della Banca d'Italia, atti di per sé non lesivi e pertanto sottoposti al regime della c.d. doppia impugnativa.

Munito di giurisdizione è, in questi casi, il giudice amministrativo – dato che si fronteggia un interesse legittimo – ed è precisamente competente il TAR Lazio nel caso – molto frequente – in cui l'impugnativa riguardi, oltre che il decreto di commissariamento, anche la proposta della Banca d'Italia [16].

---

sulla necessità di un controllo ancora più rigoroso per le gravi perdite, TAR Sicilia, Catania, 8 Settembre 2000, n. 1591.

14 Così, A. MAFFEI ALBERTI-A. PIRAS, in V. ALLEGRI-G. BAVETTA-S. FORTUNATO-G. GRIPPO-A. MAFFEI ALBERTI-P. MARCHETTI-G. PARTESOTTI-A. PIRAS (a cura di), *Diritto della banca e del mercato finanziario, vol. I (i soggetti)*, Monduzzi, Bologna, 2003, p. 277.

15 A favore della tesi di maggiore apertura, ad esempio, O. CAPOLINO-G. COSCIA-E. GALANTI, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 887. Contro G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 170.

16 Per l'impugnazione del solo decreto la competenza spetta al TAR nel quale ha sede la banca. Per la determinazione della competenza in caso di impugnazione della proposta della Banca d'Italia, l'art. 24, comma 5, legge n. 262/2005, ha attribuito invece l'esclusiva competenza a conoscere dei ricorsi avverso gli atti della Banca d'Italia al TAR Lazio (quindi anche sulla proposta ai sensi dell'art. 70 TUB). Questo criterio trova oggi corrispondenza nell'art. 13, comma 3, c.p.a. (competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma), posto che, come affermato dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 658), «*l'attività creditizia non è circoscrivibile al luogo in cui l'istituto bancario ha sede, in quanto per sua natura*

Il decreto deve essere ovviamente sorretto da un'adeguata motivazione, che dia conto della permanenza dei presupposti oggettivi e soggettivi (rispetto al momento in cui per la prima volta vengono accertati) nonché della sussistenza di uno stato di crisi così grave che strumenti d'intervento meno penetranti non realizzerebbero l'atteso risanamento [17].

2. L'amministrazione straordinaria della Banca Popolare di Spoleto spa al vaglio del TAR Lazio

Tracciati i fondamenti dell'istituto, è interessante ora analizzare il caso che ha riguardato la Banca Popolare di Spoleto spa (BPS) [18].

La vicenda prende le mosse da due ispezioni condotte dalla Banca d'Italia, rispettivamente nel 2010 e nel 2012, aventi come destinatario l'istituto di credito.

Sin dal primo accertamento [19] venivano evidenziate problematiche gestionali nell'impresa bancaria, ma le stesse non venivano risolte ed anzi permanevano anche negli anni seguenti, sì da rendere necessaria una seconda istruttoria. Proprio nell'ambito di quest'ultima verifica (16 luglio 2012-6 dicembre 2012) l'autorità di vigilanza rilevava numerose difficoltà interne alla BPS e riscontrava la necessità di sottoporre la stessa ad amministrazione straordinaria.

Il 30 gennaio 2013, infatti, nel rispetto della procedura descritta all'art. 70

---

espletabile sull'intero territorio nazionale». Lo stesso criterio è da applicarsi alle controversie che abbiano ad oggetto più atti amministrativi, alcuni dei quali adottati dalla Banca d'Italia e altri da organi diversi (nel caso di specie il decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze). In termini analoghi, Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2011, n. 1144.

17 A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?* (Nota a: TAR Sicilia, Catania, 8 settembre 2000, n. 1591), in *Banca borsa tit. cred.,* fasc. 3, 2001, p. 379, secondo cui «*non va dimenticato che l'amministrazione straordinaria è un rimedio "drastico", è una pesantissima misura che si traduce in una gestione coattiva dell'impresa, incidendo gravemente sul diritto costituzionalmente garantito di svolgere attività economica* – e che – *in quanto misura di estrema gravità, che incide in modo rilevante e sulla banca che vi sia sottoposta e sugli esponenti della stessa, deve trovare il suo fondamento in circostanze precise e di gravità tale da legittimarla (non deve cioè trattarsi di crisi superabile attraverso la gestione ordinaria o gli altri meno penetranti strumenti di intervento previsti dalla normativa): circostanze delle quali si deve dare conto in modo completo ed esauriente nella motivazione e che, quindi, occorre siano pienamente verificate e valutate dall'autorità procedente*». Da ciò se ne potrebbe dedurre che dalla motivazione debba emergere il rispetto del principio di proporzionalità; data la natura autoritativa del decreto, e dunque l'attitudine dell'istituto di amministrazione straordinaria di incidere sulla libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), la motivazione dovrebbe dare contezza del rispetto di tale principio e, cioè, dimostrare che si tratti di uno stato di crisi così grave che strumenti meno limitativi della libertà d'impresa, come ad esempio le tecniche informali di risoluzione, risulterebbero vani.

18 La BPS viene fondata dal professor Giulio Cesari nel 1895 come Banca Cooperativa Popolare in Spoleto. Dal settembre 1996 la Banca Popolare di Spoleto spa è quotata alla Borsa Valori di Milano. Nelle tre sentenze di primo grado (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2727; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2726) viene descritto l'assetto proprietario della BPS al momento iniziale della vicenda (società quotata sul mercato MTA di Borsa italiana, avente come principali azionisti: la SCS – Spoleto Credito e di Servizi Società Cooperativa – 51,2% del capitale, la MPS – Banca Monte dei Paschi di Siena spa – 26%).

19 Nelle tre sentenze di primo grado sono espresse le risultanze della prima istruttoria svolta nel 2010 (con riscontro di «*conflittualità tra i soci e difficoltà ad individuare la linea di controllo, anche in relazione agli assetti operativi e di governo*», «*una governance caratterizzata da condotte improprie e poco trasparenti dell'allora Presidente del C.d.A.*» nonché «*una palese violazione di patti parasociali*» disciplinanti i rapporti all'interno del gruppo bancario), il permanere delle difficoltà e la conseguente necessità di una seconda istruttoria compiuta poi nel 2012.

TUB, l'autorità di vigilanza proponeva (con nota) al MEF l'amministrazione straordinaria per la BPS, ritenendo sussistenti i presupposti oggettivi di cui alla lett. a) e b), in particolare riscontrando *gravi irregolarità* nell'amministrazione [20], *gravi violazioni* normative [21], nonché *gravi perdite* patrimoniali [22].

In data 8 febbraio 2013 il MEF, in accoglimento della proposta della Banca d'Italia, disponeva con decreto la sottoposizione ad amministrazione straordinaria per la BPS, provvedimento comportante, come già visto, lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo della banca medesima. Nei successivi 15 giorni, per il subentro in tali funzioni, la Banca d'Italia nominava i commissari straordinari (qui costituenti un "collegio commissariale straordinario") ai sensi dell'art. 72 TUB.

Due membri del Consiglio di Amministrazione e il vicepresidente della BPS, poiché disciolti e dunque lesi dal provvedimento, impugnavano pertanto al TAR Lazio gli atti della procedura e, cioè, la proposta/nota, il decreto, il provvedimento di nomina ed altri atti con motivi aggiunti [23]. Si costituivano in giudizio le parti resistenti, il MEF e la Banca d'Italia.

---

20 Sempre nelle tre sentenze di primo grado si descrive il quadro aziendale emerso dall'ispezione condotta nel 2012. Emergeva in dettaglio, oltre che una situazione patrimoniale deficitaria, una generale condizione di ingovernabilità, anomalie rilevanti e diffuse in ogni settore dell'organizzazione e dell'attività aziendale (testualmente: «*situazione di grave anomalia della governance di BPS, attestata dall'aspra contrapposizione*» creatasi fra i soci, «*dalla accesa conflittualità negli organi aziendali, dalla incontrollata e imprudente condotta operativa del nuovo D.G., da una carenza nei controlli interni*»).

21 In particolare, veniva in rilievo l'inosservanza della normativa in materia di trasparenza e antiriciclaggio.

22 Secondo gli accertamenti ispettivi recepiti nella proposta di scioglimento, il deficit patrimoniale era computato in 19,4 mln di euro. Tale valore, in realtà, già nel dicembre 2012, al termine della fase ispettiva (quindi anche al momento dell'emanazione del decreto) era sceso a 9,6 mln. Tale circostanza veniva messa in rilievo dai ricorrenti nel giudizio di primo grado come sintomo che le autorità resistenti avrebbero effettuato un'istruttoria carente, non considerando determinante questa variazione che, per loro, al contrario, non avrebbe più giustificato una perdita "*grave*". Il TAR respinge tuttavia questa censura di merito, in quanto si «*utilizza un dato che era ancora, comunque, al di sotto del requisito minimo di capitale per l'operatività prudente degli intermediari bancari* – e ciò significa – *che la violazione rimane, e con essa i presupposti per un intervento correttivo dell'autorità di vigilanza*».

23 Ai fini di completezza, i ricorrenti principali impugnavano anche il diniego della Banca d'Italia di approvazione della decisione di aumento del capitale sociale (vedi parte "in fatto" inerente alla costituzione in giudizio della Banca d'Italia con relativa documentazione). Infatti, in data 10 agosto 2012 veniva votato all'unanimità nell'assemblea straordinaria della BPS l'aumento di capitale sociale (fino ad un massimo di € 100 milioni, di cui € 30 milioni in azioni e € 70 milioni in obbligazioni convertibili in azioni), che avrebbe nella loro ottica risolto il *deficit* patrimoniale riscontrato; tale aumento non veniva però approvato in data 21 marzo 2013 da parte della autorità di vigilanza e, pertanto, il diniego veniva impugnato dai ricorrenti al TAR Lazio con motivi aggiunti; il giudice di prime cure, tuttavia, respinge le doglianze in quanto infondate, evidenziando come la Banca d'Italia non sia tenuta ad acconsentire ogni operazione di aumento di capitale sociale, ma anzi debba valutare attentamente la «*credibilità*» dell'intera operazione a tutela degli interessi in gioco, poiché «*l'aumento di capitale è un'operazione che può ingenerare nel mercato (creditori, investitori, risparmiatori e altri intermediari) aspettative in ordine al consolidamento della posizione patrimoniale della società che decide l'aumento, anche se la delibera con cui si dispone l'aumento non implica affatto che l'incremento patrimoniale intervenga poi effettivamente, potendo mancare in seguito l'effettiva sottoscrizione o versamento del capitale. Quando poi l'aumento di capitale è deliberato da una banca (per di più, come BPS, quotata in un mercato regolamentato), la rilevanza delle aspettative ingenerate dal progetto di aumento di capitale è certamente maggiore*». «*Se l'aumento di capitale fosse un'operazione solo di facciata, deliberata, cioè, al solo fine di alimentare la fiducia del mercato, ma all'annuncio non seguissero poi le sottoscrizioni e il versamento delle quote sottoscritte, ne deriverebbe un grave vulnus per la credibilità della banca e dell'intero sistema bancario*». Nella fattispecie, sosteneva il TAR, «*l'operazione di aumento di capitale prospettata dalla BPS presentava numerosi elementi di incertezza, manifestando un carattere di velleitaria improvvisazione*».

In particolare, i ricorrenti contestavano, oltre alla sussistenza in sé dei presupposti oggettivi, la non correttezza delle forme procedimentali seguite dalla Banca d'Italia e dal MEF per assumere le determinazioni oggetto di impugnazione.

Secondo i ricorrenti, infatti, i provvedimenti impugnati erano stati emanati in violazione dei principi generali dell'azione amministrativa e, segnatamente, dei diritti di partecipazione degli interessati, con lesione del contraddittorio procedimentale nei confronti degli esponenti della BPS (*ex* art. 7 legge n. 241/1990). L'omessa comunicazione alla BPS, da parte del MEF, della proposta della Banca d'Italia o delle risultanze ispettive, e, da parte della Banca d'Italia, delle risultanze ispettive inerenti al procedimento di accertamento, non avrebbe infatti permesso alla banca di apportare elementi utili e i chiarimenti necessari per le valutazioni delle Autorità.

Il TAR Lazio, tuttavia, in conformità di una giurisprudenza univoca e dominante sul punto [24], affermava che «*nel procedimento per lo scioglimento degli organi aziendali, in considerazione degli interessi tutelati, non è prescritta la comunicazione di avvio del procedimento*», funzionale all'esercizio delle facoltà partecipative previste dalla legge n. 241/1990.

Contro la tesi dei ricorrenti, infatti, si ribadiva la non sussistenza di alcun obbligo comunicativo né per il c.d. subprocedimento ispettivo né per il procedimento di amministrazione straordinaria in sé; anzi, con una posizione ancora più rigida si specificava che «*non si tratta solo della possibilità* – per le autorità

---

24 Le sentenze cui si rinvia esplicitamente sono: Cons. Stato, Sez. IV, 4 giugno 2007, n. 2945; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 21 aprile 2010, n. 7849. La giurisprudenza in materia è però davvero smisurata: Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 2011, n. 4124 (in conferma delle sentenze del TAR Lazio, Roma, Sez. III, 16 marzo 2010, n. 4109; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 13 aprile 2010, n. 6642; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 16 marzo 2010, n. 4109; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 21 aprile 2010, n. 7802); Cons. Giust. Amm. reg. Sicilia, 19 marzo 2002, n. 145; TAR Lazio, Roma, III, 9 aprile 2010 n. 6189; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 29 agosto 2002, n. 7462. Sull'esclusione della comunicazione delle risultanze ispettive: Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8106, che nega la loro comunicazione, trattandosi di procedura nella quale il ruolo della Banca d'Italia, ancorché intuitivamente decisivo, è di carattere istruttorio e preparatorio. In relazione alla mancata comunicazione della proposta, molto esaustiva TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, dalla quale emergono diversi principi: a) il procedimento di amministrazione straordinaria è "*ad istruttoria chiusa*", per il quale non è prevista né la partecipazione dei privati né il contraddittorio con gli stessi né ovviamente alcuna comunicazione di avvio *ex* art. 7, legge n. 241/1990; b) la tutela del pubblico risparmio (diritto costituzionalmente garantito *ex* art. 47 Cost.) rende ragionevole la compressione dell'interesse dei destinatari finali degli atti a ricevere la comunicazione (con conseguenti facoltà di presentare osservazioni, memorie, ecc.), posto che la non conoscenza (della proposta così come delle risultanze ispettive) scongiura possibili pericoli o turbative che potrebbero conseguire alla divulgazione in anticipo della notizia che l'autorità di vigilanza è sul punto di sciogliere gli organi con funzione di amministrazione e di controllo, evitando pertanto pregiudizio della banca e del complessivo sistema finanziario (risparmiatori e investitori); c) evitare condotte pregiudizievoli, che possano compromettere irreparabilmente il buon esito dell'avviata azione di risanamento, ottimizza i risultati dell'amministrazione straordinaria e realizza il principio costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa, sotto il profilo dell'efficacia della stessa. Inoltre, in più giudizi, sui dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 70, comma 3, TUB, sollevati dalle parti, il giudice *a quo* si è sempre pronunciato negativamente, senza sospendere il giudizio con rinvio degli atti alla Consulta; in particolare, è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 70, comma 3, TUB, per contrasto con l'art. 97 Cost. e talvolta anche con l'art. 24 Cost., in quanto si è ritenuto che la stessa norma contestata realizza il principio costituzionale del buon andamento (art. 97 Cost.), la tutela dei depositanti e della stabilità del sistema creditizio (art. 47 Cost.) e, in relazione al contrasto con l'art. 24 Cost., la tutela delle situazioni soggettive in materia sarebbe solamente differita, venendo comunque assicurata in sede giurisdizionale; per quanto appena detto, si veda TAR Abruzzo, Aquila, Sez. I, 14 settembre 2007, n. 568; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 febbraio 2005, n. 1087; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 18 gennaio 2005, n. 363.

– di trascurare un adempimento formale, ma di fattispecie in cui la stessa partecipazione al procedimento non è ammessa».

La comunicazione delle risultanze ispettive da parte della autorità di vigilanza, al fine di permettere agli ispezionati di circostanziare i fatti ed esporre elementi controdeduttivi, costituirebbe infatti un inutile aggravio in quanto «*il procedimento ispettivo non si conclude con un provvedimento autoritativo, ma con un atto di accertamento rispetto al quale non è prescritta né potrebbe esserlo, alcuna partecipazione, potendo tale mero accertamento essere contestato solo unitamente al provvedimento (questo sì autoritativo) che eventualmente ne derivi*»; peraltro l'esclusione sarebbe derivata anche dalla normativa interna secondaria della Banca d'Italia – Circ. 269/2009 Guida per l'attività di vigilanza –, che, in deroga alla disciplina ordinaria, prevedeva che la proposta di amministrazione straordinaria dovesse essere predisposta dal Servizio competente e deliberata dal Direttorio, senza che il rapporto ispettivo venisse comunicato in alcun modo all'intermediario; «*diversamente, si correrebbe il rischio di far conoscere in anticipo la successiva adozione dei provvedimenti di rigore, compromettendo gli interessi generali ad essi sottesi – oltre al fatto che – l'atto secondario della Banca d'Italia sarebbe in pieno contrasto con l'art. 70, comma 3, TUB*» [25].

Per la stessa *ratio* è esclusa normativamente *ex* art. 70, comma 3, TUB, la comunicazione della proposta da parte del MEF prima dell'insediamento, avendo il legislatore «*considerato recessivo l'interesse alla partecipazione rispetto a quello alla stabilità e alla salvaguardia dei depositanti, degli investitori e del sistema creditizio e finanziario nel suo complesso, interesse di rilievo costituzionale ex art. 47 Cost.*».

Preso atto della mancanza di un contraddittorio procedimentale, i ricorrenti sostenevano che il MEF, stante questa carenza, non avrebbe potuto esimersi quanto meno dallo svolgere un'autonoma istruttoria di verifica e controllo dei fatti e circostanze dedotti dall'autorità di vigilanza, prima di emanare il decreto contenente una motivazione anch'essa autonoma, pena il difetto di istruttoria.

In relazione a questa contestazione il giudice di prime cure affermava che «*la possibilità di motivare* ob relationem *è invece espressamente consentita dalla legge (art. 3 legge n. 241/1990) e ammessa pacificamente anche dalla giurisprudenza, senza che ciò evidenzi un difetto di istruttoria da parte dell'autorità decidente* – e che – *la decisione del Ministro è stata assunta sulla base di una proposta ampia, articolata e documentata, le cui motivazioni sono state valutate, richiamate e fatte proprie dal Ministro nel decreto di scioglimento degli organi della BPS*».

Il TAR Lazio, nelle tre sentenze illustrate (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2727; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2726), aventi medesimo contenuto, respingeva tutte le censure, comprese quelle nel merito, pronunciandosi così a favore della legittimità della procedura di amministrazione straordinaria allora in corso (la quale si concludeva in data 31 luglio 2014).

25 In stessi termini, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725.

3. La decisione del Consiglio di Stato sul commissariamento della Banca Popolare di Spoleto spa

Avverso le tre pronunce emesse dal TAR Lazio sopra richiamate, i ricorrenti proponevano ricorso al Consiglio di Stato per ottenerne la riforma; si costituivano le parti resistenti, il MEF e la Banca d'Italia; venivano riuniti i tre ricorsi per connessione oggettiva e soggettiva.

Gli atti di ricorso si fondavano su diversi motivi di impugnazione, fra cui quello imperniato sul mancato svolgimento da parte del MEF di un'autonoma attività di verifica e controllo rispetto ai presupposti che avevano determinato la Banca d'Italia a proporre la messa in amministrazione straordinaria dell'ente.

Come già sopra rilevato, il decreto emanato dal MEF non aveva una sua autonoma motivazione, ma conteneva una motivazione *ob relationem*, con richiamo integrale a quella contenuta nella proposta/nota della Banca d'Italia del 30 gennaio 2013.

Tale motivazione, come già espresso dal giudice di primo grado, è in astratto pienamente ammissibile nel nostro ordinamento. Nonostante la sua legittimità, però, essa costituiva, nella fattispecie, un indice importante per affermare che le risultanze della Banca d'Italia erano state recepite in modo acritico da parte del MEF, il quale aveva omesso di compiere un'autonoma istruttoria per la verifica e il controllo dei presupposti dedotti dall'autorità di vigilanza.

E in effetti il Consiglio di Stato, diversamente da quanto ritenuto in primo grado dal TAR Lazio, perviene alla conclusione che un'autonoma istruttoria del MEF doveva considerarsi assolutamente indispensabile ai sensi dell'art. 70, comma 1, TUB.

Queste le affermazioni principali della sentenza: «*l'art. 70 TUB (…) disciplina anche le competenze istituzionali*» della procedura e «*ricevuta la proposta il Ministro dell'Economia e delle Finanze "può disporre" con decreto*» l'amministrazione straordinaria; «*questa facoltà di scelta implica una valutazione discrezionale – o, meglio, di opportunità – che il Ministro è tenuto ad effettuare sulla base della proposta avanzata dall'autorità di vigilanza*»; l'obbligatorietà della proposta «*non impone al Ministero dell'Economia e delle Finanze di accettarne in modo acritico e dogmatico il contenuto, in quanto l'ordinamento gli attribuisce la facoltà di discostarsi dalla proposta stessa qualora non ritenga sussistenti i presupposti per disporre l'amministrazione straordinaria* – tramite preventivo esperimento – *di un'istruttoria autonoma o quantomeno di una valutazione critica della proposta avanzata dalla Banca d'Italia*». Pertanto, non è illegittima la motivazione *ob relationem* in sé del decreto, ma «*è contrario alle disposizioni legislative ivi richiamate il decreto che rinvii puramente e semplicemente agli atti ispettivi della Banca d'Italia* – per condividerne gli esiti – *senza averne preliminarmente esaminato in modo analitico e critico il contenuto*»; in particolare il MEF, «*nel condividere gli esiti e le soluzioni contenute della proposta avanzata dall'autorità di vigilanza, avrebbe dovuto eseguire un'attività istruttoria, anche al fine di dare contezza della permanenza dei requisiti oggettivi e soggettivi necessari ad attivare la procedura di amministrazione straordinaria* – anche in relazione – *all'intervenuto mutamento della situazione patrimoniale della Banca Popolare di Spoleto spa*».

In sintesi, il punto di partenza fondamentale nell'*iter* logico del giudice è che il MEF può – e non deve – disporre l'amministrazione straordinaria. Il potere e non il dovere, o ancora la facoltà e non l'obbligo, implica una valutazione di-

screzionale e non vincolata da parte del MEF. Tale discrezionalità coinvolge in particolare l'*an* nell'emanazione del decreto; il MEF non deve allora far proprie in modo totalmente passivo le risultanze dell'istruttoria della Banca d'Italia, ma, al contrario, "farsi parte attiva", ripetere esso stesso gli accertamenti ispettivi o perlomeno analizzare in modo critico l'atto propositivo dell'autorità di vigilanza, per arrivare infine ad un giudizio autonomo, che può coincidere con quello della Banca d'Italia o meno, in relazione al giudizio di sussistenza dei presupposti.

Come emerge dalle parole del Consiglio di Stato, il MEF avrebbe dovuto quindi considerare e dare contezza nella motivazione: che le perdite della Banca, pur ammontando ancora a 9,6 milioni di euro nel momento dell'emanazione del decreto, erano notevolmente diminuite rispetto alla situazione sussistente al momento dell'ispezione (laddove si riscontravano perdite di 19,4 milioni di euro); che tale deficit., con l'aumento del capitale sociale, deliberato dalla Banca di Spoleto spa, ma non approvato dalla Banca d'Italia, sarebbe stato definitivamente colmato o avrebbe comunque perso la sua gravità (cioè sarebbe venuto meno il presupposto b) dell'art. 70 TUB); che il MEF avrebbe allora dovuto richiedere nell'ambito di una propria istruttoria chiarimenti alla Banca di Spoleto spa in relazione alla mutata situazione patrimoniale; che, inoltre, per lo stesso motivo, avrebbe dovuto riesaminare anche la sussistenza del presupposto a) dell'art. 70 TUB.

Pertanto il Consiglio di Stato riforma le tre pronunce del TAR Lazio, avendo il giudice di primo grado deciso erroneamente nella parte in cui non aveva rilevato il difetto di istruttoria del decreto di messa in amministrazione straordinaria dell'ente.

Parallelamente la sentenza analizza anche i limiti del sindacato del giudice amministrativo rispetto agli atti delle autorità creditizie nel procedimento di amministrazione straordinaria.

In dettaglio, il giudice rileva che «*una valutazione di merito, insindacabile dal giudice amministrativo, sussiste solo in relazione alla scelta di disporre o meno l'amministrazione straordinaria (…) rientrando nell'alveo della discrezionalità tecnica, l'individuazione delle modalità di esercizio del potere istruttorio sui fatti che costituiscono il presupposto della scelta effettuata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze*».

Se nel momento valutativo-decisorio «*il sindacato del giudice deve arrestarsi dopo aver verificato la legittimità delle regole tecniche sottostanti alla scelta dell'amministrazione, poiché "diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato"*», la fase di accertamento dei presupposti è invece soggetta ad un sindacato diverso del giudice amministrativo, che può però «*solo verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti alla base del provvedimento*».

4. La decisione del Consiglio di Stato: le relazioni istituzionali fra le autorità del procedimento fra passato e presente

Occorre innanzitutto sottolineare che il Consiglio di Stato ha con tale sentenza "bocciato", per la prima volta, un provvedimento "voluto" dalla Banca

d'Italia [26], circostanza non sfuggita alla stampa generalista che ha definito la decisione "senza precedente". Al di là di ogni *slogan* giornalistico, essa offre senza dubbio interessanti spunti di riflessione sulle relazioni istituzionali tra le autorità coinvolte nel procedimento di amministrazione straordinaria, il MEF e la Banca d'Italia.

Il loro coinvolgimento nel commissariamento bancario risale già alla legge bancaria del 1936, laddove l'art. 57 richiedeva loro una valutazione congiunta, assieme a quella del Comitato interministeriale Credito e Risparmio (CICR), che doveva essere "sentito" prima dell'emanazione del decreto ministeriale.

Questa disciplina di elevata intonazione pubblicistica era giustificata dal concepire l'amministrazione straordinaria come uno strumento fortemente invasivo nella risoluzione delle crisi bancarie: si riteneva perciò indispensabile un'azione congiunta di tutte le più importanti autorità di vigilanza del settore creditizio per garantire la tutela di ogni interesse pubblico e privato coinvolto [27].

Tale visione così garantista del Legislatore confliggeva però con la prassi delle amministrazioni.

Innanzitutto, il Ministro del Tesoro (oggi MEF) disponeva frequentemente l'amministrazione straordinaria in via d'urgenza *ex* art. 6 d.l.C.p.S. n. 691/1947, con estromissione di fatto del CICR dal proprio ruolo consultivo-deliberativo [28].

Sempre nella prassi si riscontrava poi una radicata tendenza ad attribuire alla proposta della Banca d'Italia una centralità tale da oscurare completamente anche l'intervento del MEF. Segnatamente, la prassi di motivare *ob relationem* il decreto di messa in amministrazione straordinaria contribuiva a rendere frequenti valutazioni ministeriali acritiche, dogmatiche e dunque pressoché assenti.

Nel divario esistente fra dettato normativo e situazione di fatto si innescavano comprensibilmente una serie di ricorsi, cui seguivano pronunce del giudice amministrativo, tese a mostrare il *favor* anche giurisprudenziale rispetto alla legittimità della motivazione *ob relationem* [29], anche quando non preceduta da un effettivo concerto di valutazioni fra le autorità.

---

26 Si veda, ad esempio, *http://www.notiziariofinanziario.com/2015/02/12/banca-popolare-di-spoleto-non-e-piu-commissariata/*; in realtà vi era già una precedente decisione in questo senso emanata dal TAR Sicilia, Catania, 8 settembre 2000, n. 1591 – ovverosia da un giudice di primo e non di secondo grado – che aveva annullato il decreto di scioglimento degli organi amministrativi della Banca Agricola Etnea (BAE) per difetto di istruttoria (e conseguentemente di motivazione) poiché l'autorità emanante (l'Assessorato al Bilancio ed alle Finanze della regione Sicilia) non aveva effettuato un'autonoma valutazione degli elementi forniti dalla proposta della Banca d'Italia. Questa sentenza del TAR Catania è peculiare sotto diversi punti di vista: a) sotto il profilo della disciplina applicabile, poiché per le banche aventi sede in alcune regioni a statuto speciale, come appunto la Sicilia, ai sensi dell'art. 9 del D.P.R. 27 giugno 1952, n. 1133, la competenza ad emanare il provvedimento di scioglimento spetta non al MEF, bensì all'autorità regionale, fermo restando il potere di proposta in capo alla Banca d'Italia; b) poiché, evidenziando la necessità di un'autonoma istruttoria da parte dell'autorità emanante il decreto di scioglimento, risulta antesignana nell'affermare questo principio, ora sì ripreso dalla sentenza in commento, ma a distanza di più di dieci anni; c) in quanto verrà riformata in appello (Cons. Giust. Amm. reg. Sicilia, 19 marzo 2002, n. 145), con una pronuncia in radicale controtendenza rispetto al principio sopra enunciato.

27 In questo senso, A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?*, cit., p. 379.

28 Tale prassi era talvolta avallata – tramite l'affermazione di una discutibile insindacabilità – anche dalla giurisprudenza amministrativa; ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 16 marzo 1966, n. 146; TAR Campania, Salerno, 18 dicembre 1988, n. 337.

29 Vedi, fra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 1980, n. 1008; TAR Campania, Salerno, 18 dicembre 1988, n. 337; TAR Puglia, Lecce, 18 agosto 1992, n. 282.

Nel ridisegnare seppur limitatamente l'istituto, il Legislatore del 1993 ha optato per una soluzione di compromesso: da una parte, ha espunto il riferimento all'attività del CICR, quale forma di controllo ulteriore sull'atto di impulso della Banca d'Italia, il cui ruolo ne usciva inevitabilmente rafforzato; dall'altro, ha riaffermato la titolarità ed emanare il provvedimento finale in capo al MEF, a tal guisa ritenendo di compensare l'ampio potere attribuito all'autorità di vigilanza.

Sebbene la normativa ribadisse la sussistenza di un potere condiviso che avrebbe dovuto risolvere le contraddizioni, parte della giurisprudenza e della dottrina ha continuato ad andare in direzione opposta, convalidando la prassi di motivare *ob relationem* [30], per spingersi da lì addirittura fino al negare esplicitamente la necessità di un'autonoma istruttoria ministeriale.

In una pluri-commentata – e anche pluri-criticata – decisione si affermava infatti che «*in sede di emanazione del provvedimento di amministrazione straordinaria, sulla base della proposta della Banca d'Italia, non è configurabile in capo al Ministro del Tesoro – rectius*, stante le differenze della regione Sicilia, l'Assessorato al Bilancio ed alle Finanze della regione Sicilia – *alcun autonomo potere istruttorio in ordine ai presupposti del provvedimento*», da emanarsi, pertanto, esclusivamente, sulla base della proposta della Banca d'Italia [31]. Anche in dottrina, d'altra parte, si sosteneva che il MEF non potesse «*condurre ulteriori verifiche rispetto a quelle poste a fondamento della valutazione operata dall'organo proponente, in quanto è alla Banca d'Italia che la legge attribuisce in via esclusiva i poteri di acquisizione degli elementi di valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti dei provvedimenti*» [32].

Ritenere che gli accertamenti ispettivi della Banca d'Italia costituiscano di per sé soli l'istruttoria richiesta alla base del decreto di amministrazione straordinaria, con assenza di un'autonoma valutazione governativa, appare però errato sotto diversi profili.

• In *primis,* questo orientamento è proprio contrastante con la lettera e lo spirito della normativa bancaria. L'art. 70, comma 1, TUB, infatti, nell'affermare che il MEF può disporre, sulla base della proposta della Banca d'Italia, l'amministrazione straordinaria, intende riconoscergli la facoltà, e non imporgli il dovere, di attenersi alla determinazione dell'autorità di vigilanza; è solo tramite il concorso di autonome valutazioni da parte della Banca d'Italia e del

---

30 Cons. Stato, Sez. IV, 14 novembre 1994, n. 882: «*il decreto adottato dal Ministro del Tesoro nel settore della vigilanza del credito e tutela del risparmio, su proposta della Banca d'Italia, è legittimamente motivato "per relationem" alla proposta stessa, ancorché di questa non siano testualmente indicati gli estremi*"»; in dottrina F. CAPRIGLIONE, *sub* art. 70 TUB, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 541, per il quale la proposta della autorità di vigilanza assurgeva «*a momento centrale dell'iter di formazione del provvedimento di messa in amministrazione straordinaria, conformemente a quanto ritenuto da un consolidato orientamento giurisprudenziale che ad essa riconduceva la motivazione, cui il MEF si richiama "ob relationem" nelle ipotesi di accoglimento*».

31 Cons. Giust. Amm. reg. Sicilia, 19 marzo 2002, n. 145 (che ha riformato la sentenza TAR Sicilia, Catania, 8 settembre 2000, n. 1591). Vedi nota 26, per le peculiarità normative della regione Sicilia.

32 Così, M. PARRELLA, in *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario ed alla normativa collegata*, cit., p. 601; R. CUONZO, in M. PROSPERETTI-A. COLAVOLPE (a cura di), *Le Banche*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 487, «*l'attività di acquisizione dei dati e delle informazioni necessari a valutare la opportunità di sottoporre una banca ad amministrazione straordinaria è di competenza esclusiva della Banca d'Italia; il Ministro, invece, non può acquisire di sua iniziativa elementi di valutazione, e perciò non può adottare alcun decreto di amministrazione straordinaria senza la previa (istruttoria) e proposta da parte della Banca d'Italia. Il Ministro può peraltro motivare il decreto per relationem alla proposta della Banca d'Italia, ossia limitandosi a richiamare ed a far proprie le ragioni illustrate in detta proposta*».

MEF che si può giungere infatti ad una decisione ponderata e rispettosa di tutti gli interessi coinvolti. Non vi è però concerto di giudizi senza che vi siano istruttorie o almeno valutazioni anch'esse autonome; la ripetizione degli accertamenti ispettivi o quantomeno il vaglio attento sugli elementi offerti dall'atto propositivo della Banca d'Italia (necessariamente da condursi sulla documentazione allegata, fra cui la relazione ispettiva) costituiscono due modalità paritetiche per ritenere soddisfatto l'onere istruttorio.

• Secondariamente, sotto il profilo propriamente strutturale dell'istituto, se già viene escluso che le ispezioni siano parte del medesimo procedimento di cui fa parte la proposta, *a fortiori* non appare condivisibile ritenerle parte di un unico grande procedimento (con conseguente negazione di un qualsiasi subprocedimento interno), di cui il decreto costituisce il provvedimento finale [33].

• In terzo luogo tale interpretazione, nel dare rilievo solo all'"urgenza" [34] della situazione in cui opera l'amministrazione straordinaria, non tiene sufficientemente conto della "gravità" della stessa [35]. L'urgenza di per sé considerata conferirebbe infatti all'autorità governativa il potere di provvedere anche senza compiere un'autonoma istruttoria, per la preoccupazione che, non agendo tempestivamente (rispetto al momento dell'emanazione della proposta), la situazione si possa irrimediabilmente deteriorare [36]. In realtà, anche a voler configurare il decreto come una specie di provvedimento cautelare, l'urgenza non vive mai di per sé, ma si accompagna sempre alla gravità che riveste la crisi bancaria; quest'ultima circostanza impedisce di far dipendere il commissariamento dalle sole ispezioni della Banca d'Italia, avvalorando l'idea di un necessario doppio accertamento condotto da entrambe le autorità.

• Ancora, detta tesi confligge con la giurisprudenza in tema di motivazione *ob relationem*. Come ritenuto nelle sentenze emesse in primo grado dal TAR Lazio, «*la possibilità di motivare ob relationem un provvedimento è espressamente consentita dalla legge (art. 3, legge n. 241/1990) e ammessa pacificamente dalla giurisprudenza, senza che ciò evidenzi un difetto di istruttoria da*

---

33 In questo senso, A. Nigro, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: ritorno al passato?* (Nota a: Cons. Giust. Amm. reg. Sicilia, 19 marzo 2002, n. 145, Sez. giurisd.) in *Banca borsa tit. cred., fasc. 1*, 2003, p. 103. Tale struttura del procedimento è stata anche confermata dalla giurisprudenza più recente: Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2015, n. 835, secondo cui «*il procedimento de quo inizia proprio con la proposta della Banca d'Italia, rispetto alla quale è indifferente quale sia l'input da cui scaturisce, si tratti di una generica istruttoria preliminare ovvero, come nella specie, di una vera e propria attività ispettiva (la quale però costituisce procedimento autonomo, suscettibile di condurre anche a esiti diversi)*».

34 V. Tusini Cottafavi, *Amministrazione straordinaria degli enti creditizi: presupposti e natura del provvedimento* (nota a TAR Puglia, Sez. Lecce, 18 agosto 1992, n. 282) in *Mondo Banc.*, 1992, p. 46, secondo cui la stessa circostanza che il TUB abbia estromesso il CICR comporterebbe un riconoscimento implicito della sussistenza di ragioni di "urgenza" nel procedimento in esame.

35 In questo senso, A. Nigro, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?*, cit., p. 379, secondo cui «*l'amministrazione straordinaria (…) in quanto misura di estrema gravità, che incide in modo rilevante e sulla banca che vi sia sottoposta e sugli esponenti della stessa, deve trovare il suo fondamento in circostanze precise e di gravità tale da legittimarla*».

36 In questo senso, A. Nigro, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?*, cit., p. 379, che ritiene che la procedura, se intesa come *lato sensu* cautelare, potrebbe giustificare quella tesi, poiché «*il provvedimento che la dispone potrebbe trovare il suo presupposto anche soltanto in accertamenti e valutazioni a carattere sommario*», sebbene lo stesso autore ribadisca più tardi che l'amministrazione straordinaria non ha né natura né funzione cautelare, ma anzi costituisca misura di estrema gravità.

parte dell'autorità decidente» [37]; tuttavia, come emerge da varie decisioni, la motivazione *ob relationem* è, in conformità peraltro a quanto vale anche per i provvedimenti giurisdizionali [38], «*non refluente sull'essenza dell'operazione valutativa, che non ne risulta minimamente diminuita*» [39]. Anche la motivazione *ob relationem*, pertanto, deve essere effettiva, cioè giungere all'esito di una

37 TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2727; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 marzo 2014, n. 2726. Ai fini di completezza l'art. 3, comma 3, legge n. 241/1990, afferma però che l'atto cui si rinvia «*deve essere indicato e reso disponibile*»; come spiegato esaustivamente dal TAR Toscana, Firenze, Sez. III, 12 giugno 2012, n. 1127 «*il concetto di disponibilità nella motivazione "ob relationem" comporta non che l'atto amministrativo richiamato debba essere unito imprescindibilmente al documento o che il suo contenuto debba essere riportato testualmente nel corpo motivazionale, bensì che esso sia reso disponibile a norma di legge, vale a dire che possa essere acquisito utilizzando il procedimento di accesso ai documenti amministrativi, laddove concretamente esperibile; in sostanza, detto obbligo determina che la motivazione "ob relationem" del provvedimento debba essere portata nella sfera di conoscibilità legale del destinatario, con la conseguenza che in tale ipotesi è sufficiente che siano espressamente indicati gli estremi o la tipologia dell'atto richiamato, mentre non è necessario che lo stesso sia allegato o riprodotto, dovendo essere messo a disposizione ed esibito ad istanza di parte*» (tantissime altre sentenze in questo senso, fra le altre, TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 17 maggio 2010, n. 316; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1 febbraio 2008, n. 886; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 28 giugno 2006, n. 7182). Se anche non viene indicato e reso conoscibile l'atto richiamato, «*ciò non rende illegittimo il provvedimento motivato "ob relationem", rilevando piuttosto come mera irregolarità, nel senso di impedire il decorso del termine per ricorrere o, in termini sostanzialmente identici, comporta una mera procrastinazione del termine iniziale per l'impugnazione del provvedimento stesso, cioè a dire che il destinatario del provvedimento non acquisisce la conoscenza della lesività e che il termine di impugnazione non inizia a decorrere*» (in questo senso, fra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3508; TAR Toscana, Firenze, Sez. III, 4 ottobre 2004, n. 4104; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 27 giugno 2002, n. 3155).

38 Si fa riferimento al principio secondo cui le sentenze possono essere motivate *ob relationem* con richiamo ad altro precedente giurisprudenziale, purché si esprimano, seppur sinteticamente, le ragioni alla base del rinvio; questo comporta indirettamente che prima di motivare *ob relationem* debba comunque esservi un percorso valutativo critico del giudice, che non può meramente aderire dogmaticamente ad altra precedente sentenza. Se è pur vero che un onere di esporre le ragioni del rinvio non è richiesto in relazione ai provvedimenti amministrativi motivati *ob relationem*, la valutazione effettiva da parte del giudice costituisce invece un punto condiviso, così da poter costituire allora una caratteristica essenziale di questa tecnica motivazionale. Per i riferimenti giurisprudenziali, si veda per il processo amministrativo: Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1643, secondo cui «*nel processo amministrativo è legittima la motivazione* per relationem *della sentenza purché il giudice, facendo proprie le argomentazioni del precedente giurisprudenziale, esprima, sia pure in modo sintetico, le ragioni della conferma della pronuncia in relazione ai singoli motivi di impugnazione proposti in modo che il percorso argomentativo desumibile attraverso la parte motiva delle due sentenze risulti appagante e corretto; è invece illegittima la sentenza allorquando la laconicità della motivazione adottata, formulata in termini di mera adesione, non renda possibile ed agevole il controllo della motivazione*». Per il processo civile, Cass., Sez. II, 3 marzo 2014, n. 4931; per quello penale, Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2014, n. 48428; per quello tributario, Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2015, n. 107.

39 Così, Cons. Stato, Sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 6189, in conferma della sentenza di primo grado che aveva respinto un ricorso contro il decreto del Ministro della Giustizia e delibera del CSM per non aver confermato un giudice di pace nel suo incarico. Nello stesso senso, in materia di giudizio di congruità sull'offerta anomala nella contrattualistica pubblica, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, secondo cui «*l'ammissibilità della motivazione per relationem (…) non esime la stazione appaltante da un obbligo di valutazione complessiva di tutto ciò che è emerso nella fase istruttoria del sub procedimento*». Ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6465, sul giudizio di rilascio della cittadinanza, dove si spiega che «*l'amministrazione, dopo aver accertato l'esistenza dei presupposti per proporre la domanda di cittadinanza, deve effettuare una valutazione ampiamente discrezionale delle ragioni che inducono lo straniero a chiedere la cittadinanza italiana e delle sue possibilità di rispettare i doveri che derivano dall'appartenenza alla comunità nazionale; tuttavia tale valutazione, proprio perché altamente discrezionale, va adeguatamente motivata, anche per relationem*» con ciò riconoscendo implicitamente un momento valutativo prima della motivazione *ob relationem*.

vera valutazione, non potendo l'autorità emanante appoggiarsi in maniera del tutto acritica all'atto cui si rinvia; in questo caso, infatti, si renderebbe una "falsa motivazione", non certamente adeguata, con elusione della funzione di garanzia che l'istituto della motivazione assolve. Da quanto appena detto non può allora accogliersi l'idea che il decreto di commissariamento derivi unicamente dagli esiti ispettivi della Banca d'Italia, senza che il MEF valuti autonomamente la situazione di crisi [40].

• Infine, la tesi sopra citata non trova neppure un adeguato supporto dai principi espressi dalla dottrina per quanto riguarda la sistematica degli atti amministrativi e le classificazioni proprie di ciascuna tipologia di atto. L'analisi deve iniziare dalla proposta [41], atto che è espressione di un potere – appunto quello propositivo – che la legge spesso riconosce alle autorità di regolazione nelle materie di relativa competenza [42]. La proposta della Banca d'Italia, in particolare, è obbligatoria, cioè ineliminabile ai fini dell'emanazione dell'atto finale, e conforme, dato che il MEF, se reputa di provvedere, può farlo solamente in conformità della stessa (con impossibilità, ad esempio, di disporre una misura più invasiva come la liquidazione coatta amministrativa, in luogo dell'amministrazione straordinaria proposta dalla Banca d'Italia) [43]. Inoltre, poiché ritenuto atto iniziale del procedimento di amministrazione straordinaria e non conclusivo di un procedimento a sé stante, non genera una decisione pluristrutturata [44]; al contrario il Legislatore, prefigurando nel medesimo procedi-

---

40 Tale lettura è peraltro coerente con quanto affermato in dottrina; si veda, ad esempio, M.A. SANDULLI, *sub art*. 3 legge n. 241/90, in *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 409, laddove, sulla base anche di alcuni richiami giurisprudenziali, si ritiene che è motivato *ob relationem* solo «*il provvedimento nel quale risulti in modo inequivoco la volontà dell'amministrazione di appropiarsi delle ragioni ostese in diverso atto o provvedimento*».

41 A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 641-642, secondo cui si tratta di un atto a "*contenuto misto*", in quanto contestualmente propulsivo (dichiarazione di volontà) e valutativo (manifestazione di giudizio). è propulsivo in quanto, con esso, un'amministrazione richiede ad un'altra l'apertura di un procedimento (c.d. etero-iniziativa pubblica). È valutativo poiché, presupponendo un procedimento interno di apprendimento, si risolve nell'enunciazione da parte dell'organo propulsivo di un giudizio valutativo anche sul contenuto da dare all'atto finale. Si distinguono in: facoltative o obbligatorie, a seconda che l'autorità attiva possa decidere o meno anche in mancanza della proposta; vincolanti o non vincolanti, a seconda che l'autorità attiva sia tenuta o meno a provvedere in conformità della proposta; può anche essere, infine, conforme/parzialmente vincolante, qualora l'autorità decidente, libera di provvedere o meno, lo possa fare solo in conformità della stessa proposta.

42 Il potere di proposta al Governo riconosciuto alle autorità di regolazione nel diritto dell'economia è davvero vasto. Cfr., ad esempio, G.P. CIRILLO-R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2010, p. 427 per le proposte dell'AEEG; p. 570 per il Garante per la protezione dei dati personali; pp. 327-328 per l'AGCM; p. 627 per l'attività propositiva dell'autorità di vigilanza sui contratti pubblici (oggi dell'Autorità nazionale anticorruzione, posto che il d.l. n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014, ha soppresso l'AVCP e trasferito tutte le competenze in materia di vigilanza dei contratti pubblici all'ANAC).

43 In questo senso, A. NIGRO, *sub* art. 70 TUB, in *Commento al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1145.

44 V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 368. Si ha decisione pluristrutturata allorché la decisione «*si articola in una pluralità di manifestazioni di volontà tra loro in vario modo collegate ed espresse in una pluralità di atti*»; in questi casi, «*l'esercizio del potere coinvolge in via primaria una pluralità di interessi (nella valutazione politica del Legislatore)* – e – *i rispettivi portatori si trasformano in autorità (co)decidenti*». Il modello dell'intesa o del concerto costituiscono modelli tipici di decisioni pluristrutturate. L'autore, in realtà, riconduce proprio la stessa fattispecie di amministrazione straordinaria di una banca ad un modello di decisione pluristrutturata (p. 371); infatti, nell'ambito di tali decisioni vanno ricondotti anche casi in cui le stesse sono assunte da un'amministrazione su proposta obbligatoria e con-

mento una proposta seguita da una decisione finale, ha concepito non una co-decisione fra le autorità, ma un solo atto finale in capo al quale si collocano gli effetti. Da ciò deriva che mentre la proposta, in quanto riconducibile agli atti strumentali, non ha portata autonomamente lesiva [45], il decreto ministeriale, comportando lo scioglimento degli organi ordinari della banca, presenta autonoma lesività, dalla quale sembra derivare anche l'obbligo di un'autonomia dell'istruttoria sulla base della quale emanare il provvedimento [46].

5. La decisione del Consiglio di Stato: il sindacato del giudice amministrativo sulle scelte discrezionali delle autorità

La sentenza costituisce anche l'occasione per analizzare il sindacato del giudice amministrativo e i suoi limiti, in relazione ai poteri esercitati dalle autorità del procedimento.

Dalla corretta lettura dell'art. 70, comma 1, TUB, nonché dalla natura conforme della proposta, risulta che il potere del MEF di emanare il provvedimento di amministrazione straordinaria è espressione di discrezionalità amministrativa [47], allo stesso modo della decisione della Banca d'Italia di proporre il commissariamento, in sede di valutazione della "gravità" dei presupposti [48].

---

forme di un'altra; si tratta qui «*di proposta come atto terminale di un procedimento che si è già svolto nell'ambito dell'amministrazione cui è imputato il potere di proposta da non confondersi dunque con le proposte come atti di iniziativa procedimentale. La decisione si scinde qui in due atti, quello di proposta e quello di decisione vero e proprio*». Tale lettura, però, in controtendenza rispetto a quanto affermato dagli studiosi di diritto bancario nonché dalla giurisprudenza amministrativa (vedi nota 33), struttura l'istituto differentemente, in particolare ritenendo la proposta atto conclusivo del sub-procedimento ispettivo e non già come atto iniziale del procedimento di amministrazione straordinaria. Tuttavia, anche aderendo a questa ricostruzione, la valutazione (e relativa istruttoria) da parte dell'autorità decidente rimane elemento necessario: in virtù della proposta dal carattere conforme, infatti, «*l'autorità decidente ha il potere di rifiutarla ove gli interessi pubblici in gioco, di cui essa è tenuta ad effettuare una piena valutazione nel merito, inducano motivatamente a ciò*».

45 E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 591. Dalla sua ricostruzione emerge che si tratta di atti strumentali preordinati all'emanazione del provvedimento finale (e non già provvedimentali), con conseguente efficacia meramente interna al procedimento amministrativo e insuscettibilità di ledere situazioni giuridiche soggettive facenti capo a terzi.

46 Sul legame fra provvedimento ed istruttoria si veda G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2014, pp. 213-214, il quale rileva un "dovere di istruttoria" in capo all'amministrazione prima di emanare un provvedimento (che incide sugli interessi dei privati); infatti, l'amministrazione «*cura interessi non propri, ma della collettività. L'ordinamento, quindi, non può essere indifferente al modo con cui l'amministrazione assume le sue decisioni. E la migliore garanzia consiste nel fatto che quelle decisioni siano adeguatamente ponderate, raccogliendo tutte le informazioni necessarie in punto di fatto e di diritto e acquisendo le valutazioni tecniche utili all'assunzione di deliberazioni di competenza. Si spiega così perché l'ordinamento imponga all'amministrazione di svolgere un'istruttoria prima di adottare un provvedimento*».

47 Infatti l'art. 70, comma 1, TUB, dispone la facoltà e non il dovere di commissariare in capo al MEF; tale circostanza, assieme alla ricostruzione della proposta come conforme, comporta discrezionalità sotto il profilo dell'*an* e del *quando* (differentemente il *quid* ed il *quomodo* sono vincolati). In questo senso, A. NIGRO, *sub* art. 70 TUB, in *Commento al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1150.

48 A. NIGRO, *sub* art. 70 TUB, in *Commento al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia,* cit., p. 1150. Dalla ricostruzione di M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 111, si evince infatti che la "gravità" rende l'attività amministrativa discrezionale poiché, rientrando nei concetti giuridici normativi/di

Entrambe le scelte ricadono, più precisamente, nel merito, posto che sono riconducibili a tale sfera le «*scelte discrezionali nell'ambito di soluzioni tutte aventi un loro profilo di non irragionevole opportunità*» [49], con un sindacato del giudice amministrativo di tipo estrinseco e limitato (in particolare, alla manifesta irragionevolezza, logicità, congruità) sulle decisioni adottate dalle amministrazioni [50].

Maggiori problematiche sono sorte invece in relazione all'accertamento dei presupposti oggettivi e soggettivi, posto che tale momento è da ascrivere all'area della discrezionalità tecnica.

Dato che la stessa era originariamente ritenuta insindacabile [51], la giurisprudenza evitava qualsiasi sindacato sugli accertamenti ispettivi della Banca d'Italia pur se sugli stessi, come si è visto, si fondava il decreto di amministrazione straordinaria, ritenuto a sua volta pienamente legittimo dai giudici in avallo alla prassi del MEF di riportasi acriticamente a quanto accertato dall'autorità di vigilanza. Ciò che veniva da quest'ultima accertato, di fatto, costituiva il contenuto essenziale della proposta e del decreto di commissariamento e nessuno, neppure il giudice, svolgeva un controllo sugli atti ispettivi.

Su tale orientamento ha inciso, più tardi, oltre al già descritto riconoscimento di un ruolo autonomo all'autorità ministeriale, anche la naturale evoluzione del sindacato in materia di discrezionalità tecnica. In particolare, sulla scorta di spinte dottrinali sorte già dagli anni Ottanta, la IV sezione del Consiglio di Stato ha – con la famosa sentenza n. 601/1999 – sancito il passaggio da un sindacato estrinseco ad uno intrinseco; così, se in passato il giudice poteva compiere un controllo esterno sulle valutazioni tecniche utilizzando massime di esperienza di dominio dell'intera collettività, ora il giudice – anche con l'ausilio della consulenza tecnica – può ripetere quelle valutazioni utilizzando le regole e conoscenze specifiche appartenenti alla stessa scienza specialistica adoperata in origine dall'amministrazione [52]. Divenuto intrinseco, permanevano però i dubbi relativi all'intensità del sindacato, cioè se esso fosse "forte" o – come ri-

---

valore, contiene un ineliminabile elemento di soggettività, involgendo giudizi che coprono l'area della discrezionalità amministrativa.

49 R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 146-147.

50 R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 177-178, dove si rileva che il merito sia stato ritenuto non sindacabile giurisdizionalmente o sindacabile in maniera molto limitata (per esempio, sotto i profili del difetto di istruttoria e congruità della motivazione). Per la materia specifica: Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8106: «*l'ampia discrezionalità di cui dispone la Banca d'Italia nella valutazione dei presupposti legittimanti il commissariamento degli istituti di credito induce ad escludere ogni sindacato giurisdizionale sulle valutazioni di merito da essa compiute in ordine ad essi, con esclusione dei soli casi di manifesta erroneità o irragionevolezza*». TAR Lazio, Roma, 29 agosto 2002, n. 7462: «*la valutazione della loro rilevanza, invece, costituendo una valutazione di merito propria della Banca d'Italia e del Ministero del tesoro, è sindacabile solo nei limiti della manifesta illogicità*». La sentenza in commento, nell'affermare che in questi casi «*il sindacato del giudice deve arrestarsi dopo aver verificato la legittimità delle regole tecniche sottostanti alla scelta dell'amministrazione, poiché "diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato"*», rinvia invece espressamente alla sentenza, Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873.

51 Fra le altre, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 20 marzo 1996, n. 429. Infatti, come evidenziato da R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 120, nota n. 180, in passato erano individuabili due filoni giurisprudenziali: l'uno che assimilava la discrezionalità tecnica al merito con conseguente assoluta insindacabilità della prima; l'altro che assimilava la stessa alla discrezionalità amministrativa con un sindacato soltanto estrinseco sulla discrezionalità tecnica.

52 Cfr., ad esempio, R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 362.

tiene oggi la giurisprudenza prevalente, specialmente in riferimento all'attività delle autorità amministrative indipendenti – "debole", cioè se consentisse rispettivamente al giudice di sovrapporre il proprio giudizio (ormai tecnico) a quello dell'amministrazione o di controllare solamente la ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione adottata [53].

Analoga problematica è sorta in materia di amministrazione straordinaria [54] e anche qui è prevalsa l'idea di un sindacato debole, che postula l'impossibilità del giudice amministrativo di sovrapporre il proprio giudizio rispetto a quello tecnico dei funzionari ispettori, con possibilità di censurare soltanto le valutazioni tecniche senza dubbio inattendibili (sul piano scientifico), dopo un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della determinazione amministrativa.

Del resto ci troviamo in settori in cui operano le autorità amministrative indipendenti, «*in cui non è facile distinguere la fase di acquisizione dei fatti da quella della loro valutazione e nelle quali quindi un sindacato intrinseco pregnante potrebbe condurre alla sostituzione del giudice nella funzione amministrativa*» [55].

Si crea così un "muro di (parziale) insindacabiltà" sull'attività delle autorità creditizie (poiché anche laddove non vi è discrezionalità amministrativa, vi è discrezionalità tecnica ma con sindacato non pieno), criticato da parte della dottrina [56], ma conforme alla prevalente giurisprudenza riguardo al sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sulle operazioni compiute dalle autorità amministrative indipendenti [57].

---

53 Per le nozioni di sindacato sostitutivo e non (che corrispondono rispettivamente al sindacato forte e debole) piuttosto esaustivo, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo, Parte I (L'attività)*, Cedam, Padova, 2005, pp. 46-49. Per il sindacato forte era la stessa sentenza, Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 1999, n. 601, ma la prevalente giurisprudenza si è attestata nel senso dell'inammissibilità di un sindacato pienamente sostitutivo (per riferimenti giurisprudenziali, vedi nota n. 57). Infatti, come rilevato da R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 135, «*la giurisprudenza successiva alla storica decisione n. 601/1999 (…), condividendo la necessità di un sindacato di tipo anche intrinseco, non sviluppa però l'implicazione ultima di questa posizione e cioè la possibilità di sovrapposizioni o sostituzioni della valutazione amministrativa con quella giudiziale*». Fra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2011, n. 5519; Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694; Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4635; Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201.

54 Per la tesi del sindacato forte, TAR Sicilia, Catania, 8 settembre 2000, n. 1591. Per quello debole, Cons. Giust. Amm. reg. Sicilia, 19 marzo 2002, n. 145. Sulla base di quest'ultima sentenza e di quella in commento, si afferma che è prevalsa la tesi del sindacato debole.

55 Così, F. MAIMERI, in A. NIGRO (a cura di), *Libertà e Responsabilità nel nuovo diritto societario: atti del Convegno tenuto a Roma il 23/24 aprile 2004*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 166-167.

56 Per una critica, si veda A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: ritorno al passato?,* cit., p. 103.

57 La giurisprudenza sul punto è molto vasta; la sentenza in commento, nell'affermare che in fase di accertamento il giudice può «*solo verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti alla base del provvedimento*», rinvia espressamente alle sentenze, Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856, Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6313. Lo stesso principio è poi rinvenibile pedissequamente in Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2011, n. 1712, in relazione agli atti dell'AGCM. Sempre per l'autorità antitrust, Cons. Stato, Sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228; Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673; sull'attività dell'AEEG, Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6041, che afferma che «*gli atti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale, in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo, esclusivamente nel caso in cui l'Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica*». Analogamente, per la me-

La sentenza in commento, conformamente con quanto finora espresso, ribadisce: da una lato, che la determinazione di disporre (così come di proporre) l'amministrazione straordinaria è scelta di opportunità riconducibile al merito, con sindacato solo estrinseco; dall'altro, che l'attività di accertamento dei presupposti è operazione da ricondursi alla discrezionalità tecnica, sottoposta ad un sindacato sì intrinseco, ma sotto vari profili limitato. Testualmente: *«nella fase di impulso del procedimento descritto dagli artt. 70 e ss. del TUB, una valutazione di merito, insindacabile dal giudice amministrativo, sussiste in relazione alla scelta di disporre o meno l'amministrazione straordinaria ad un istituto di credito. Esula da questa tipologia di valutazione, rientrando nell'alveo della discrezionalità tecnica, l'individuazione delle modalità di esercizio del potere istruttorio sui fatti che costituiscono il presupposto della scelta effettuata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze»; pertanto,* se nel momento propositivo-decisorio «*il sindacato del giudice deve arrestarsi dopo aver verificato la legittimità delle regole tecniche sottostanti alla scelta dell'amministrazione, poiché "diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato"*», nella fase di accertamento invece il giudice può «*solo verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti alla base del provvedimento*».

Sotto questo profilo, pertanto, senza costituire punti di svolta rivoluzionari, la sentenza si pone in piena linea con la giurisprudenza prevalente che, sebbene non riconosca più alle amministrazioni una riserva sull'attività compiuta, non arriva ad affermare la piena sostituzione del giudice sulle valutazioni da loro effettuate, limitando il suo compito ad un controllo – peraltro, potenzialmente assai penetrante – sulla ragionevolezza e coerenza della decisione assunta.

6. Conclusioni. Una riflessione sui rapporti fra autorità di vigilanza e autorità governativa

Nel "governo del credito" si riscontra la presenza di più soggetti pubblici nell'attuare un penetrante regime di controllo sulle imprese bancarie, dalla fase costitutiva fino alla loro eventuale crisi. Se formalmente il Legislatore ha di-

---

desima autorità, Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2012, n. 6153; Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2014, n. 4629; Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 2 aprile 2014, n. 854. Sull'AGCOM, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 12 aprile 2010, n. 6341. In via generale, ma molto esaustiva, TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 9 ottobre 2014, n. 2437, laddove si spiega che ***«****è ormai acquisito che il giudice amministrativo possa esercitare sulle valutazioni tecnico discrezionali delle Autorità indipendenti anche un sindacato a carattere intrinseco, impiegando cioè – eventualmente anche con l'ausilio di conoscenze esterne fornite da verificazioni o consulenze tecniche – i parametri specialistici di cui si è avvalsa l'Amministrazione, fermo comunque il limite costituito dal divieto per il Giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio della sua funzione di cura concreta dell'interesse pubblico, nonché quello inerente le valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità. Su tale ultimo punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare (…) la nota distinzione tra inattendibilità e opinabilità. Il giudice può sindacare e censurare l'inattendibilità, anche sul piano tecnico scientifico, della conclusione cui giunge l'Amministrazione, perché attiene all'uso irrazionale del potere amministrativo; ma si deve arrestare di fronte ad un risultato che, per quanto intrinsecamente opinabile, non risulti tuttavia oggettivamente inattendibile (Cons. Stato, Sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3901)*».

stribuito le varie competenze fra CICR, MEF e Banca d'Italia [58], sostanzialmente il ruolo interministeriale appare oggi fortemente ridimensionato [59] a vantaggio delle altre autorità, fra le quali, poi, se una deve prevalere, è l'autorità di vigilanza a farlo. Basti pensare, ad esempio, che alla Banca d'Italia spetta il controllo preventivo all'accesso al mercato, la vigilanza sull'organizzazione ed attività delle banche, la potestà sanzionatoria, oltre ad una potestà d'intervento nelle situazioni critiche.

Tale prevalenza è riscontrabile anche analizzando l'istituto di amministrazione straordinaria nel suo complesso (senza cioè limitarsi ad osservare la sola fase di iniziativa); è solo la Banca d'Italia infatti che dirige il commissariamento una volta disposto. In particolare, l'autorità di vigilanza può impartire istruzioni agli organi straordinari, potendo anche esercitare nei loro confronti il potere di revoca o sostituzione; può autorizzare l'esercizio di azioni sociali di responsabilità verso i componenti degli organi disciolti; può autorizzare la misura eccezionale della sospensione dei pagamenti; infine, può approvare il bilancio dell'amministrazione straordinaria.

Nella direzione opposta procede la sentenza *de qua*, dalla quale si deduce che esistono spazi di regolazione scevri da qualsiasi egemonia. In particolare, essa ci permette di utilizzare l'istituto dell'amministrazione straordinaria quale "cartina di tornasole" per ricavare in via induttiva ed interpretativa il ruolo delle autorità specificamente nella fase d'iniziativa di amministrazione straordinaria.

Come già osservato, le normative bancarie hanno sempre evitato di assegnare il "monopolio" di vigilare sulle crisi degli istituti di credito ad un unico soggetto pubblico, prevedendo sempre, al contrario, un coordinamento fra più autorità. Nell'ambito di questo potere oggi bifasico, le funzioni assegnate al MEF, da tempo limitate nella prassi, tendono – alla luce di questa pronuncia – a porsi su un piano di assoluta parità con quelle rese dalla Banca d'Italia. Da quanto espresso nella sentenza *de qua* – i cui principi sono stati testualmente ripresi anche in altre sentenze successive del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 966) [60] – la missione ministeriale non è più, infat-

---

58 Come espresso da S. AMOROSINO, in F. GABRIELLI (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*, Cacucci, Bari, 2005, pp. 12-13, tale modello – che prevede quindi un coinvolgimento di più autorità pubbliche, anche di natura politica – non contrasta: né con l'evoluzione naturale del settore, che è ormai venuta a configurare la Banca d'Italia come una vera e propria autorità indipendente dotata di tutti i poteri di regolazione del mercato bancario ed autosufficiente nel farlo, né contro la tendenza europea, che ha disegnato un modello caratterizzato dalla presenza, al vertice dell'ordinamento di settore, di una sola autorità di regolazione, tecnocratica ed indipendente. Ciò perché, da una parte, anche in altri ordinamenti vi è compresenza d'intervento fra autorità politiche e tecniche (es. in Francia), dall'altra, che alla Banca d'Italia spetta in ogni caso un'egemonia sostanziale nella regolazione del settore bancario.

59 Secondo alcuni autori, come ad esempio R. CUONZO, in *Le Banche*, cit., p. 378, l'alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio di cui si occupa il CICR, «*vale a caratterizzare ancor oggi la posizione del CICR come organo di vertice del settore creditizio, conferisce all'organo interministeriale il più ampio spettro dei poteri di direzione di controllo della materia del credito e del risparmio "ovviamente a livello politico", e a farne, sempre nel medesimo contesto, un punto di riferimento*». Secondo altri, non è invece riconoscibile al CICR alcun ruolo di preminenza. Come afferma infatti P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 49, i tre organi di vigilanza «*non sono legati tra loro da un rapporto gerarchico, diversamente da quanto potrebbe far pensare l'esistenza di alcune interferenze reciproche tra gli stessi*». Tale lettura viene avvalorata anche da A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., p. 42, che afferma che «*in realtà il CICR non ha mai svolto una generale azione di direttiva nei confronti della Banca d'Italia*».

60 Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 966 (si vedano i punti 3.2, 3.3 per la necessità di autonoma istruttoria da parte del MEF; 3.4 sui limiti al sindacato del giudice amministrativo). Si fa in particolare riferimento al commissariamento riguardante, oltre che la già menzionata

ti, solo quella di emanare il provvedimento finale, ma di svolgere, alla pari di quanto fa l'autorità di vigilanza, un'istruttoria e una valutazione effettiva sulla sussistenza dei presupposti, prima di emettere il decreto finale motivato sul punto; tutto ciò, come già evidenziato, al fine di appurare se i presupposti oggettivi e soggettivi accertati dagli organi di vigilanza al momento della proposta permangano e sussistano al momento dispositivo della procedura. Se così è, il MEF non è più destinato a ricoprire un ruolo meramente passivo ed ancillare, bensì attivo nella verifica e giudizio sul commissariamento, con conseguente realizzazione di una diarchia – ora sì effettiva – su questo aspetto di regolazione del settore del credito.

La centralità dell'istituto di amministrazione straordinaria, nonché l'assetto tendenzialmente equilibrato nei rapporti fra MEF e Banca d'Italia che lo caratterizza alla luce della commentata sentenza, rischia tuttavia di venire meno in seguito all'emanazione del decreto legislativo sugli enti creditizi (d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72), che, nel recepire la direttiva 2013/36/UE, accresce la potestà di vigilanza della Banca d'Italia. In particolare, il suddetto decreto prevede l'inserimento nel TUB di due importanti disposizioni: l'art. 53-*bis*, comma 1, lettera e), che, nell'elencare i "*poteri di intervento*" della Banca d'Italia, stabilisce che la stessa «*può disporre, qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca, la rimozione di uno o più esponenti aziendali*»; l'art. 70-*bis* che, nel disciplinare un potere di "*rimozione collettiva dei componenti degli organi di amministrazione e controllo*" delle banche, prevede che: «*la Banca d'Italia può disporre la rimozione di tutti i componenti degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo delle banche al ricorrere dei presupposti indicati all'articolo 70, comma 1, lettera a)*» (1 comma), pur restando salva «*la possibilità in ogni momento di disporre* (…) *l'amministrazione straordinaria della banca di cui all'articolo 70, secondo le modalità e con gli effetti previsti dal presente titolo*» (3 comma).

Tali norme conferiscono all'autorità di vigilanza il potere di rimuovere uno o più esponenti aziendali e addirittura l'intero *board* della banca (c.d. potere di *removal*), quale misura alternativa all'amministrazione straordinaria. Tale potestà – ed è questa la più importante peculiarità rispetto all'amministrazione straordinaria – è esercitabile, in esclusiva, dalla Banca d'Italia, senza che vi sia alcun contributo funzionale del MEF. Posto che il decreto legislativo è entrato in vigore in data 27 giugno 2015, non è ancora possibile delinearne il quadro applicativo. Nonostante ciò, è facilmente intuibile che quanto più ampio sarà l'utilizzo del potere di *removal*, tanto meno vi sarà spazio per la tradizionale gestione commissariale sostitutiva. Da questo, poi, le inevitabili ricadute sul rapporto fra MEF e Banca d'Italia, tendenzialmente paritario nell'amministrazione straordinaria, ma più sbilanciato, nella disciplina delle crisi bancarie unitariamente considerato, a favore dell'autorità di vigilanza, specialmente dopo l'emanazione del decreto sugli enti creditizi.

Banca Popolare di Spoleto spa, anche la Spoleto Credito e Servizi società cooperativa; anche in questo caso il Consiglio di Stato riforma le sentenze del TAR Lazio che avevano ritenuto legittimi gli atti della procedura.

COMMENTI

Se prendere un taxi a Londra configura un aiuto di stato. Sulla legittimità di escludere dalle corsie preferenziali i veicoli a noleggio con conducente (note a margine della sentenza Corte di Giustizia Europea, Eventech Ltd c. The Parking Adjudicator, 14 gennaio 2015)

di Valentina Gastaldo

1. Il fatto di autorizzare, al fine di creare un sistema di trasporto sicuro ed efficiente, i taxi londinesi a transitare sulle corsie riservate agli autobus predisposte sulla rete stradale pubblica durante le ore di operatività delle restrizioni alla circolazione concernenti tali corsie, vietando ai veicoli a noleggio con conducente di circolarvi, salvo che per prelevare e depositare passeggeri che li abbiano prenotati in anticipo, non appare idoneo a comportare un impegno di risorse statali né a conferire a tali taxi un vantaggio economico selettivo ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.
2. Non si può escludere che il fatto di autorizzare i taxi londinesi a transitare sulle corsie riservate agli autobus predisposte sulla rete stradale pubblica durante le ore di operatività delle restrizioni alla circolazione concernenti tali corsie, vietando ai veicoli a noleggio con conducente di circolarvi, salvo che per prelevare e depositare passeggeri che li abbiano prenotati in anticipo, possa essere idoneo ad incidere sul commercio tra gli Stati membri ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sommario: 1. Il caso. – 2. Il servizio taxi nella città di Londra. – 3. Il procedimento dinanzi alla *High Court of Justice* e alla *Court of* Appeal. – 4. Sulle questioni pregiudiziali. – 5. I principi di diritto. – 6. La nozione di aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario. – 7. Il servizio di noleggio di veicoli con conducente all'interno dei paesi dell'Unione Europea. – 8. Alcune brevi considerazioni conclusive per una rilettura critica della sentenza.

1. Il caso

Il caso oggetto della pronuncia in commento trae origine da una controversia tra la società *Eventech Ltd*[1], gestore di un parco di veicoli a noleggio con conducente (VNC), il *Parking Adjudicator*, organo indipendente istituito per gestire i ricorsi contro le contravvenzioni effettuate dalle autorità per i trasporti

1 Società controllata al 100% da Addison Lee.

locali di Londra, e dal *Transport for London* (*TfL*). In particolare, la questione attiene alla legittimità della politica, adottata da quest'ultimo ente e dalla maggior parte dei municipi della Città di Londra, di autorizzare solo i *Black cabs* e non anche i veicoli a noleggio con conducente a transitare sulle corsie riservate agli autobus nel centro di Londra durante le ore in cui la circolazione è ristretta.

2. Il servizio taxi nella città di Londra

Per comprendere al meglio la vicenda in esame pare opportuno preliminarmente ricordare che, a Londra, il servizio di trasporto taxi è offerto da due gestori in concorrenza tra loro: i *Black cabs* e i veicoli a noleggio privato (*Minicabs*)[2].

Molto differenti sono le condizioni per le due tipologie di servizio: i *Black cabs,* infatti, sono autorizzati al "*ply for hire*", vale a dire sollecitare o attendere i passeggeri in strada[3], mentre, i VNC, possono far salire a bordo solo i passeggeri che abbiano prenotato in anticipo i loro servizi. D'altra parte, solo ai *taxi neri* e non ai *Minicab* sono imposti taluni importanti requisiti riguardanti gli standard di idoneità del veicolo, le condizioni di trasporto[4], le tariffe applicate, nonché l'esame[5] per conseguire la licenza[6].

3. Il procedimento dinanzi alla *High Court of Justice* e alla *Court of Appeal*

Nel contenzioso che ha dato origine al rinvio pregiudiziale[7], la società *Even-*

2 Nella capitale del Regno Unito vi sono 25.000 *Black cabs* e ben 60.000 VCN.

3 Da un'indagine realizzata nel 2009 emerge che l'8% dei tragitti effettuati sui taxi londinesi è oggetto di prenotazione in anticipo, il 52% dei tragitti trae origine da chiamate di passeggeri in strada e la maggior parte degli altri tragitti è dovuta alla raccolta di passeggeri presso le stazioni di taxi. *Eventech Ltd* sostiene, invece, che circa il 60% dei taxi londinesi utilizza ormai un'applicazione denominata «*Hailo*», che consente agli utenti di prenotare un taxi mediante il loro telefono cellulare.

4 I *Black cabs*, in particolare, sono assoggettati all'«obbligo di presa a bordo» che impone, ai taxi che abbiano accettato la corsa, di far salire un passeggero presso una stazione di taxi o in strada di e condurre quest'ultimo sino al suo luogo di destinazione, nei limiti di una determinata distanza o di una determinata durata del tragitto. Un tale obbligo non si applica, invece, ai VNC.

5 Prima di ottenere una licenza, i conducenti dei *Black cabs* devono superare un esame intitolato «*Knowledge of London*», che richiede da due a quattro anni di preparazione. Al contrario, ai conducenti di VNC basta superare un test topografico, che dura generalmente una giornata. Va, inoltre, evidenziato che ai conducenti di taxi londinesi spetta l'esame di guida avanzato della *Driving Standards Agency* («*Driving Standards Agency Advanced Driving Assessment*»), mentre ai conducenti di VNC non viene richiesta alcuna particolare abilitazione.

6 La licenza per i taxi londinesi viene rilasciata conformemente alle disposizioni del decreto di applicazione del 1934 sui taxi londinesi (London Cab Order 1934). Detto decreto è stato emesso in forza della facoltà prevista all'art. 6 della legge del 1869 relativa al trasporto pubblico urbano (Metropolitan Public Carriage Act 1869), il cui art. 8, par. 2, prevede che un taxi possa «offrire i propri servizi» a Londra solo qualora il conducente sia provvisto di licenza rilasciata dal TfL, ai sensi dell'art. 8 della medesima legge. La licenza dei VNC è rilasciata conformemente alle disposizioni del Private Hire Vehicles (London) Act 1998.

7 Sul punto si ricorda che il rinvio pregiudiziale consente ai giudici degli Stati membri, nell'ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione o alla validità di un atto dell'Unione. La Corte non risolve la

tech Ltd, rilevava che, dal luglio 2011 al dicembre 2012, sia il *Transport for London* che i *London Boroughs* (municipi di Londra) le avevano inflitto illecitamente numerose ammende – pari ad un importo complessivo di Euro 215.166 – per aver utilizzato le corsie riservate agli autobus [8].

Queste amministrazioni, nell'esercizio dei poteri loro conferiti a partire dall'anno 2000, avevano, infatti, adottato una politica relativa alle corsie riservate agli autobus che ha consentito ai *Black cabs* di utilizzare tali passaggi durante le ore di operatività delle restrizioni alla circolazione. Ai VCN era stata, invece, negata l'autorizzazione, limitando l'utilizzo di queste vie preferenziali solo per prendere a bordo un passeggero o depositarlo.

Va, infatti, ricordato che, in base all'art. 6 del *Traffic Regulation Act* [9], il *TfL*, quale autorità competente, ha la facoltà di limitare l'uso delle strade della Grande Londra per finalità specifiche ed, in particolare, per facilitare il traffico ed il passaggio pedonale, nonché di redigere verbali di contravvenzione per violazioni della sopra menzionata restrizione.

Il ricorso avverso tale decisione, proposto dal gestore di VNC, veniva respinto dalla *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court),* con sentenza 13 luglio 2012. Ottenuta l'autorizzazione per impugnare il provvedimento, il 23 e 24 aprile 2013, veniva presentato il caso alla *Court of Appeal.*

La ricorrente affermava, in particolare, che la politica relativa alle corsie riservate costituisce un aiuto di Stato – contrario agli artt. 107, par. 1 e 108, par. 3, TFUE – a favore dei gestori di *taxi neri*, e ciò creerebbe grave danno ai veicoli a noleggio con conducente. I *Black cabs*, grazie alla deroga al pagamento di contravvenzioni o penalità per l'uso di tali corsie, avrebbero, così, beneficiato di un vantaggio economico, mediante risorse statali. Veniva inoltre rilevato che il settore commerciale in oggetto era aperto alle imprese di tutti gli Stati della Comunità, e, pertanto, non poteva essere esclusa un'incidenza della predetta politica sul commercio tra gli stati membri.

Il *TfL* sosteneva, al contrario, che il vantaggio economico conferito ai *Black cabs,* attraverso la politica relativa alle corsie riservate agli autobus, non è accordato mediante contributi statali, poiché non avrebbe alcun effetto su tali risorse. Tale politica non sarebbe nemmeno selettiva, dato che le due compagnie non sarebbero, in fatto o in diritto, in una situazione comparabile. Ad ogni modo, l'effetto differenziato della medesima sarebbe giustificato dalla natura e dall'economia generale del sistema. La misura in esame non sarebbe, infine, idonea ad incidere sul commercio tra gli Stati membri, in quanto si applica unicamente alla città di Londra.

La *Court of Appeal* decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

1) se l'apertura di una corsia riservata agli autobus ai *Black cabs,* ma non ai VNC [10], implichi un impegno di «risorse statali» e conferisca a detti

---

controversia nazionale, ma spetta al giudice nazionale risolvere la causa conformemente alla decisione della Corte stessa. Tale decisione vincola egualmente gli altri giudici nazionali ai quali venga sottoposto un problema simile.

8 Il *London Borough of Camden*, in particolare, ha notificato due verbali di contravvenzione alla *Eventech* poiché due conducenti di VNC della Addison Lee avevano utilizzato una corsia riservata agli autobus nel centro di Londra.

9 Per ulteriori approfondimenti il *Road Traffic Regulation Act 1984* disponibile all'indirizzo: *http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/27/section/6.*

10 Salvo che per prelevare e depositare passeggeri che li abbiano prenotati in anticipo.

taxi un vantaggio economico selettivo ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE;

2 a) quale sia l'obiettivo rilevante alla luce del quale si deve valutare la questione se i *Black cabs* e i VNC si trovino in una situazione giuridica e di fatto comparabile;

b) qualora si possa dimostrare che l'*obiettivo rilevante* è, almeno in parte, quello di creare un sistema di trasporti sicuro ed efficiente e che esistono considerazioni di sicurezza e/o di efficienza che giustificano l'accesso alle corsie riservate ai soli *Black cabs*, se si possa affermare che la misura non è selettiva ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE;

c) se sia necessario esaminare se lo Stato membro, che invoca tale giustificazione, abbia, inoltre, dimostrato che il trattamento favorevole riservato ai *Black cabs* rispetto ai VNC è proporzionato e non eccede quanto necessario;

3) se, infine, tale pratica possa incidere sul commercio tra gli Stati membri, ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, in circostanze in cui la strada in questione è situata nel centro di Londra e non si configurano ostacoli per i cittadini di un altro Stato membro che possiedano o guidino taxi londinesi o VNC.

4. Sulle questioni pregiudiziali

La Corte ha preliminarmente statuito che, per quanto riguarda la condizione relativa all'impegno di risorse statali, il concetto di aiuto comprende, non soltanto prestazioni positive quali le sovvenzioni, ma anche interventi che, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che, senza essere sovvenzioni in senso stretto, hanno la stessa natura e producono identici effetti [11]. Di conseguenza, ai fini della constatazione dell'esistenza di un aiuto di Stato, deve essere dimostrato un nesso sufficientemente diretto tra il vantaggio accordato al beneficiario e una riduzione del bilancio statale o l'esistenza di un rischio economico sufficientemente concreto di oneri gravanti sul bilancio pubblico [12].

Il Tribunale ha, quindi, precisato che la politica messa in atto dall'amministrazione londinese non appare idonea a comportare un impegno di risorse statali: l'esenzione per i *Black cabs* dall'obbligo di pagamento delle ammende non determina, infatti, alcun onere supplementare per i poteri pubblici tale da comportare un impegno di risorse statali.

Secondo la Corte, il corrispettivo per il valore economico del diritto di accesso preferenziale che le amministrazioni sono tenute a riscuotere ha lo scopo di garantire un sistema di trasporto sicuro ed efficiente. Pertanto, accordare ad alcuni utenti l'utilizzo di un'infrastruttura pubblica con conseguente rinuncia allo sfruttamento in termini monetari non conferisce necessariamente un vantaggio economico. Tale circostanza deve essere, in ogni caso, accertata dai giudici interni.

Occorre, poi, verificare se il criterio di aggiudicazione del diritto d'accesso

11 Corte di Giustizia, Sez. II, 24 gennaio 2013, causa 73/11, Frucona Kosice a.s. c. Commissione europea, in *Foro it.,* 2013, IV, p. 473.

12 Si veda, in tal senso, Corte di Giustizia, Grande Sez., 19 marzo 2013, cause riunite 399/10 P e 401/10, P, Bouygues SA, Bouygues Télécom SA c. Commissione europea e a., Commissione europea, Repubblica francese / Bouygues SA e a., in *Foro amm. CDS,* 2013, III, p. 625.

adottato dall'autorità competente si applichi agli operatori economici interessati in maniera non discriminatoria. Tale esame, in sostanza, coincide con quello diretto a sapere se la politica relativa alle corsie riservate agli autobus conferisca ai *taxi neri* un vantaggio economico selettivo, di cui all'art. 107 par. 1 del TFUE. A tal proposito viene rammentato che la disposizione in esame vieta, in linea di principio, gli aiuti che «*favor[iscono] talune imprese o talune produzioni*» – ossia gli aiuti selettivi – rispetto ad altre imprese che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga [13].

La valutazione in ordine all'eventuale comparabilità tra la posizione dei *Black cabs e* VCN è una questione che rientra nuovamente nella competenza del giudice del rinvio, unico soggetto a disporre di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti. La Corte, tuttavia, dopo tale premessa, entra nel merito della questione, statuendo che, tenuto conto dell'obiettivo perseguito, l'attribuzione del diritto di accesso riservato ai soli *Black cabs* non appare, invece, idonea a conferire un vantaggio economico selettivo. Secondo i Giudici, infatti, i *taxi neri* non si trovano nella stessa situazione di fatto e di diritto rispetto ai veicoli a noleggio con conducente. Si tratta di due realtà diverse che, sebbene in concorrenza, non sono tra loro comparabili. Del resto, i *Black cabs* sono obbligati alla presa a bordo, sono riconoscibili, devono trasportare anche persone che utilizzano la sedia a rotelle, devono usare il tassametro e, come già ricordato, avere una conoscenza approfondita di Londra, tanto più che i tassisti sono sottoposti a un esame preliminare per ottenere la licenza. Obblighi che, invece, non gravano, nella stessa misura, sui veicoli a noleggio con conducente.

Infine, con riguardo alla terza questione, i giudici del Kirchberg affermano che non si può escludere che la politica relativa alle corsie riservate agli autobus possa avere l'effetto di scoraggiare la prestazione di servizi [14] da parte dei VCN a Londra, e conseguentemente, veder diminuite le possibilità di imprese stabilite in un altro Stato membro di penetrare in tale mercato, con ciò risultando, in potenza, idonea ad incidere sul commercio degli Stati membri ai sensi dell'art. 107, par. 1 del TFUE.

5. I principi di diritto

Per tali motivi la Seconda Sezione dispone che l'autorizzazione all'utilizzo delle corsie preferenziali per gli autobus, concessa unicamente ai *taxi neri* e non anche ai veicoli a noleggio con conducente, è compatibile con il diritto Ue. Non vi è, pertanto, alcuna violazione delle regole sugli aiuti di Stato da parte di un sistema nazionale che ammette, all'uso di corsie riservate, i soli taxi dotati di una licenza rilasciata dalle autorità nazionali.

---

13 Corte di Giustizia, Sez. III, 28 luglio 2011, causa 403/10 P, Mediaset s.p.a. c. Commissione europea, in *Guida dir.,* 2011, 33-34, p. 8, con nota di G. LUCHENA.

14 Sul punto va ricordato che per qualificare una misura nazionale come aiuto di Stato, non è necessario dimostrare una reale incidenza di tale aiuto sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, ma basta esaminare se l'aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza. In particolare, quando l'aiuto concesso da uno Stato membro rafforza la posizione di un'impresa rispetto ad altri concorrenti nell'ambito degli scambi intracomunitari, questi ultimi devono ritenersi influenzati dall'aiuto. In tal senso si veda la sentenza Corte di Giustizia, Sez. I, 8 maggio 2013, cause riunite 197/11 e 203/11, Libert e altri c. Gouvernement flamand e All Projects & Developments NV e a. c. Vlaamse Regering, in *Foro amm. CDS,* 2013, V, p.1109.

Spetterà, ora, al giudice del rinvio verificare le circostanze evidenziate dalla Corte ed applicare i principi di diritto affermati nel caso concreto.

6. La nozione di aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario

La sentenza in commento affronta il tema dell'applicabilità degli aiuti di Stato [15]. Appare, allora, opportuno fornire alcuni cenni in ordine all'istituto in esame.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (Trattato FUE) prevede che l'azione dell'Unione Europea comporti, tra l'altro, la «*definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*» [16]. Tra queste regole vi sono quelle applicabili alle imprese – relative alle intese, all'abuso di posizione dominante ed alle concentrazioni – e quelle relative agli aiuti concessi dagli Stati. Queste ultime hanno l'obiettivo di evitare che la concorrenza sia falsata da interventi a sostengo di uno o più soggetti che operano sul mercato e di creare uguali condizioni di crescita fra le PMI e le grandi imprese [17].

A livello comunitario, i principi fondamentali in materia sono delineati dallo stesso Trattato FUE. La norma fondamentale in materia [18] è, in particolare, costituita dall'art. 107 [19], secondo cui debbono considerarsi incompatibili quegli interventi che comportino una elargizione pubblica che favorisca talune imprese o produzioni, pregiudicando il corretto scambio tra gli Stati membri e conseguentemente la concorrenza [20].

Sebbene la disposizione in esame introduca il principio dell'incompatibilità [21] dell'intervento statale con il mercato interno, non fornisce, tuttavia, alcuna definizione di aiuto. La prassi della Commissione europea e la giurisprudenza

---

15 Per uno studio approfondito della tematica degli aiuti di Stato si rinvia, *ex multis*, F. GIGLIONI, *Governare per differenza,* ETS, Pisa, 2012, p. 83 ss.; L. HANCHER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT, *E.U. State Aids*, Sweet & Maxwell, London, 2012; L. DANIELE, *Diritto del Mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. p. 311 ss.; C. SCHEPISI, *Aiuti di stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale,* Giappichelli, Torino, 2012; D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, Giuffrè, Milano, 2010; S. MARINO, *Gli aiuti di stato nella recente giurisprudenza comunitaria, (2000-2005),* in *Dir. UE*, 2006, p. 607; C. BUZZACCHI, *Gli aiuti di Stato tra politica della concorrenza e politica sociale* in *Il diritto dell'economia*, 2004, p. 623 ss.; M. LARICCIA, *Sull'incompatibilità degli aiuti di Stato con il diritto comunitario,* in *Giust. civ.,* 2003, p. 271; T. BALLARINO-L. BELLODI, *Sugli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, ESI, Napoli, 1997.

16 Art. 3, lett. b).

17 È chiaro, infatti, come gli aiuti rischiano di ostacolare le imprese più competitive e di alimentare un sostanziale assistenzialismo.

18 Oltre agli artt. 107-109 occorre ricordare anche gli articoli 42 (che riguarda l'applicabilità delle disposizioni della concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli soltanto nella misura determinata dal Parlamento europeo e dal Consiglio), 93 (relativo ai trasporti) e 106 (sui servizi d'interesse generale).

19 L'art. 107, in particolare, prevede che «salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sul commercio tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

20 G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea,* Cedam, Milano, 2012, p. 806 ss.; S. ZUNARELLI, *Lezioni di Diritto dei Trasporti,* III ed., Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2006, p. 75 e *Il sostegno finanziario pubblico al servizio dei trasporti*, in S. ZUNARELLI-A. ROMAGNOLI-A. CLARONI, *Casi e materiali di diritto pubblico dei trasporti*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2005, p. 315.

21 A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in A. FRIGRANI-R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza, Trattato di diritto privato dell'UE*, Giappichelli, Torino, 2006; M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, ESI, Napoli, 1995.

della Corte di giustizia dell'Unione Europea hanno, tuttavia, permesso di definire i contenuti e l'interpretazione della disposizione del Trattato. In particolare, la Corte, cercando di riassumere le caratteristiche necessarie per definire il concetto di aiuto di Stato [22], ha stabilito che «*in primo luogo deve trattarsi di un intervento dello Stato ed effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra gli Stati membri. In terzo luogo, deve concedere al suo beneficiario. In quarto luogo deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza*» [23].

Allo stesso modo, sebbene l'art 107 non individui un elenco delle misure vietate [24], la perifrasi «*sotto qualsiasi forma*», utilizzata dalla norma, permette un'interpretazione eccezionalmente estensiva degli interventi [25]. In tale definizione deve, infatti, essere inclusa ogni agevolazione economica concessa senza corrispettivo dallo Stato o, comunque, mediante risorse pubbliche [26] ad un numero determinato di soggetti che siano imprese o che quantomeno svolgano attività d'impresa [27]. Essa comprende tanto gli interventi diretti [28], quanto lo sgravio di oneri che dovrebbero essere sostenuti dalle imprese e che consentono, quindi, la realizzazione di un risparmio di spesa [29]: in entrambi i casi

---

22 Vanno, invece, ricordate le difficoltà di carattere sistematico da parte della Commissione, nel cercare di "codificare" la nozione di aiuto di Stato. Si pensi, ad es., alla questione relativa alla gerarchia delle fonti, particolarmente significativa laddove l'approccio della Commissione non sembra pienamente conforme alla giurisprudenza della Corte. Cfr. il par. 124 sul requisito della selettività del *Progetto di comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1 del TFUE.*

23 Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, causa 280/00, Altmark, in *Racc,* 2003*,* p. I-7747, punto 75. Si veda anche Corte di Giustizia, 3 marzo 2005, causa 172/03, Heiser, in *Racc,* 2005*,* p. I-1627, punto 27; Corte di Giustizia, 23 marzo 2006, causa 237/04, Enirisorse, in *Racc,* 2006*,* p. I-2843, punto 39; Tribunale, 22 febbraio 2006, T-34702, De Gezamenlijke Steenkolenmijen in Luxemburg, in *Racc,* 1961, p. 19, punto 110; A. FRIGNANI-M. WAELBROECK, *La disciplina nella concorrenza della CE,* Utet, Torino, 1996, p. 309.

24 D. WAELBROECK, *La notion d'aide d'Etat dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in AA.VV., *Mélange en hommage à Georges Vandersanden*, Bruylant, Bruxelles, 2009.

25 V. DI BUCCI, *Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'État,* in *EC State Aid Law. Le droit des aides d'Etat dans la CE: Liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Wolters Kluwer, Austin, 2008, p. 65; J.A. WINTER, *Re(de)fininig the notion of state aid in Article 87(1) of the EC Treaty,* in *CMLRev,* 2004, p. 475; C.W. RODRÌGUEZ, *Chronique de jurisprudence: quelques réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière d'aides d'état*, in *Rev. int. de droit éc.*, 1993, pp. 433-460; M.M. SLOTBOOM, *State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?*, in *Eur. Law Rev.,* 1995, pp. 289-301.

26 *Ex plurimis*, Corte di Giustizia, 9 marzo 2011, causa 494/2010, Italia, Regime di aiuti per la realizzazione di impianti e reti di teleriscaldamento in Veneto, punto 18.

27 Ad es. anche enti pubblici o consorzi.

28 Sul punto giova ricordare che l'art. 107 prevede una serie di casi nei quali gli aiuti possono essere concessi, in quanto automaticamente compatibili con il diritto comunitario. Ci si riferisce agli aiuti di carattere sociale concessi a singoli consumatori, che non contengano discriminazioni circa l'origine dei prodotti, e agli aiuti conseguenti a calamità naturali. Accanto a questi, vi sono poi, i c.d. aiuti "esentabili": 1) a favore delle imprese operanti in regioni disagiate; 2) volti a realizzare importanti progetti di comune interesse europeo; 3) destinati a favorire lo sviluppo di talune attività o regioni economiche, che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; 3) per la promozione della cultura e della conservazione del patrimonio, che non alterino la concorrenza in misura contraria all'interesse comune; 4) altre categorie di aiuti deliberati dal Consiglio. In tutti questi casi, il Legislatore comunitario ha attenuato il rigore di un divieto che, se indiscriminatamente applicato, toglierebbe agli Stati le possibilità di operare in settori di particolare delicatezza e rilevanza sociale. In tal senso, G. LEMME, *Diritto ed economia del mercato*, Cedam, Padova, 2014, p. 182. Per ulteriori approfondimenti sugli aiuti di stato alle imprese in crisi L. TEBANO, *Sostegno all'occupazione e aiuti di Stato "compatibili",* Cedam, Padova, 2012, p. 65.

29 Per calcolare l'aiuto effettivo ricevuto da un'impresa, la Commissione si basa sul criterio dell'Equivalente Sovvenzione Lordo, che corrisponde al valore nominale dell'aiuto al lordo delle

l'impatto economico della misura statale è il medesimo [30]. La forma di aiuto può, quindi, essere estremamente varia [31], in considerazione del fatto che non assumono rilievo la causa o lo scopo dell'intervento, ma i suoi effetti [32]. Analogamente, risulta del tutto indifferente, rispetto alla qualificazione giuridica della misura, lo strumento con il quale questa è stata predisposta, potendo consistere sia in un atto normativo che in un strumento amministrativo o privatistico [33].

Relativamente alla natura di aiuto, le caratteristiche sono, dunque, quelle della provenienza pubblica dell'agevolazione monetizzabile e dell'esistenza di un vantaggio derivante dalla gratuità dell'intervento pubblico, nonché della selettività dei beneficiari-imprese [34].

Quanto a quest'ultimo requisito, gli aiuti rilevano se sono destinati solamente ad alcune imprese o a determinati settori economici ovvero se l'applicazione degli aiuti è limitata a parte di un territorio dello Stato membro e comportano un vantaggio rispetto ai concorrenti che si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga.

In particolare, per quanto riguarda il soggetto favorito, deve trattarsi di un'impresa che opera all'interno del mercato, cioè di un'entità che esercita un'attività economicamente rilevante, un soggetto che produce o scambia beni o servizi [35]. Sul punto va precisato che la natura giuridica del beneficiario non è sempre rilevante [36], per cui anche un'organizzazione senza scopo di lucro o un ente pubblico possono esercitare attività economiche e ricevere aiuti rilevanti ai fini del citato art. 107 [37].

---

imposte, dei contributi in conto capitale, ovvero il valore attualizzato, sempre al lordo delle imposte, dei contributi sugli interessi e sui crediti a tasso agevolato, entrambi espressi in termini di percentuale del costo dell'investimento ammissibile.

30 Corte di Giustizia, 8 novembre 2001, causa 143/99, Adria-Wein Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, in *Racc.* 2001, p. I-1627, punto 36. Sul punto si veda anche A. PISAPIA, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Cedam, Padova, 2012, p. 7.

31 Tra i numerosi esempi di interventi che possono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato unico vanno ricordate le sovvenzioni, le agevolazioni fiscali, le esenzioni fiscali, la riduzione dei tassi di interesse, l'applicazione di una tariffa preferenziale per la fornitura di beni e servizi, etc. Per ulteriori approfondimenti sull'argomento F. FONZO-M. DE SANTIS, *La Corte di Giustizia e gli aiuti di stato. L'evoluzione della giurisprudenza della CGUE sulle diverse forme di Aiuti di Stato e sulle obbligazioni degli Stati membri,* in *Lav. nella giur.*, 2012, p. 396.

32 Corte di Giustizia, 15 dicembre 2005, causa 66/02, Repubblica Italiana c. Commissione della Comunità Europea, in *Racc.* 2005, p. I-10901, punto 73.

33 È questo il caso della tariffa preferenziale concessa dal governo per la fornitura di energia. Cfr. Corte di Giustizia, 2 febbraio 1988, causa 67 68 e 70/85, Van der Kooy, in *Racc.* 19988, p. 219, punto 36, Corte di Giustizia, 29 febbraio 1996, causa 56/93, Belgio c. Commissione, in *Racc.*, 1993, p. I-723, punto 10.

34 Va, infine, ricordato che, ai sensi dell'art. 108 del TFUE, l'aiuto erogato illegalmente (quindi, non preventivamente notificato alla Commissione), e successivamente giudicato da questa come incompatibile con il Trattato, dovrà essere recuperato dallo Stato presso i beneficiari, i quali saranno, quindi, tenuti a rimborsare all'amministrazione nazionale quanto ricevuto illegittimamente.

35 Al contrario, gli aiuti "generali", diretti cioè a tutte le imprese in modo equo, sono ammessi, in quanto non hanno effetti distorsivi sulla concorrenza, avvantaggiando in maniera indiscriminata tutti i *players.*

36 Cfr. Raccomandazione della Commissione, 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, in *GUCE,* L 124, 20 maggio 2003. La raccomandazione è entrata in vigore il 1° gennaio 2005.

37 Né la natura giuridica del beneficiario, né la circostanza che si tratti di un ente pubblico (Comune, Provincia, Comunità montana, Regione, associazione senza scopo di lucro) sono rilevanti per escludere la presenza di aiuti di Stato, ogniqualvolta l'attività imprenditoriale agevo-

Va, infine, ricordato che la materia degli aiuti di Stato è stata oggetto di un'ampia revisione, segnatamente nel corso del biennio 2006-2007, nel quadro del c.d. *Piano d'azione nel settore degli aiuti di Stato*, adottato dalla Commissione nel giugno 2005. A maggio 2012 la Commissione ha pubblicato una Comunicazione sulla futura politica in tema di aiuti, la c.d. *SAM (EU State Aid Modernisation*), che si prefigge tre obiettivi principali in linea con le strategie di Europa 2020: rafforzare una crescita sostenibile e intelligente in un mercato interno competitivo; focalizzare il ruolo della Commissione sulla valutazione *ex ante* degli aiuti col maggior impatto sul mercato interno ed incrementare il ruolo degli Stati membri nel controllo degli aiuti concessi in *de minimis* [38] e ai sensi dei regolamenti di esenzione; semplificare le regole al fine di velocizzare il processo decisionale.

7. Il servizio di noleggio di veicoli con conducente all'interno dei paesi dell'Unione Europea

Prima di affrontare la trattazione di tutti gli aspetti problematici della sentenza in esame, appare utile ricordare quale siano le principali caratteristiche che differenziano il servizio di taxi da quello di noleggio con conducente [39].

Anzitutto, il primo servizio può essere utilizzato chiamando i numeri radiotaxi, o recandosi nelle piazzole contrassegnate e delimitate da strisce gialle [40]; la tariffa viene visualizzata sul tassametro sin dal momento della partenza ed è determinata da un calcolo misto chilometrico/tempo. Al contrario, il noleggio con conducente è, dal punto di vista tecnico, un trasporto privato non di linea, un servizio a prenotazione e noleggio auto con autista. La tariffa viene concordata al momento della prenotazione – obbligatoria ed effettuata per telefono o via *mail* – e risulta più conveniente del classico servizio taxi sulle lunghe tratte e su servizi di disposizione oraria.

Secondo i fautori dei veicoli privati a noleggio, l'affermarsi di tale servizio sarebbe strettamente collegato all'applicazione del principio di *economia della condivisione (*c.d. *sharing)* ai servizi di trasporto. I guidatori non professionisti [41] che mettono a disposizione le proprie auto offrirebbero, infatti, un servizio assimilabile al *car pooling* [42], nel quale le spese relative a pedaggi e benzina si dividono tra i passeggeri [43].

---

lata abbia un valore sul mercato, sia cioè un'attività economica ed imprenditoriale che potrebbe essere svolta anche da imprese private, la cui finalità è il profitto.

38 Cfr. Regolamento della Commissione n.1407/2013, in *GUUE*, L 352, 24 dicembre 2013, che disciplina le sovvenzioni pubbliche che rientrano nella cosiddetta regola *de minimis.*

39 Cfr. M. ALOVISIO, *Escluso l'esercizio abusivo di taxi: prima vittoria di Uber in Italia,* in *www.quotidianogiuridico.it*.

40 La clientela è pertanto casuale, in quanto il taxi non prevede l'accettazione di prenotazioni, ma solo chiamate al momento.

41 Sono requisiti necessari per fare l'autista di *Uber:* la fedina penale immacolata, patente di guida da almeno 3 anni, non aver mai avuto sospensioni di patente, essere in possesso di un'auto intestata e immatricolata non più di 8 anni fa di dimensioni medie o grandi (con almeno 4 posti e in ottime condizioni), essere in possesso di una copertura assicurativa per i passeggeri.

42 Per ulteriori approfondimenti si veda A. ADDANTE, *Autonomia contrattuale e mobilità sostenibile,* in *I Contratti*, 2011, pp. 604-616.

43 In Italia la tariffa base di *Uber* è di 2 Euro, più 0,20 Euro al minuto o 0,35 Euro per chilometro, con una tariffa minima di 5 Euro. Sempre 5 Euro anche per l'eventuale cancellazione di una corsa prenotata.

Il principio non appena affermato è stato, invece, contrastato dalle autorità amministrative e giudiziarie di quasi tutti i paesi Europei, sulla base dei seguenti presupposti: 1) il *non professionismo* degli autisti, che esercitano di fatto un servizio di trasporto pubblico senza avere la licenza prevista dalla legge; 2) le conseguenti criticità in materia di responsabilità civile e concorrenza sleale, anche in considerazione del minor costo del servizio, che non segue il piano tariffario previsto all'uopo dalle pubbliche autorità preposte; 3) le società che gestiscono il servizio in esame operano come intermediario, attraverso l'*app* scaricata sullo *smartphone* sulla quale si paga la corsa con carta di credito [44].

Nello specifico, ci si riferisce al recentissimo provvedimento del Tribunale di Milano [45], che ha disposto il blocco del servizio *UberPop* [46] su tutto il territorio nazionale, accogliendo il ricorso presentato dalle associazioni di categoria dei tassisti che accusavano di «concorrenza sleale» la società gestrice [47].

Anche le Corti territoriali Tedesche, seppur con provvedimenti provvisori, hanno accertato la violazione da parte del servizio *Uber* del diritto alla concorrenza [48] e il *Landgericht* di Berlino ha dichiarato l'illiceità di *UberBlack*, in quanto il *Personenbeförderungsgesetz* [49] stabilisce che l'auto noleggiata debba partire dalla sede del noleggiatore e non intercettare i passeggeri mentre è già in circolazione in strada. Anche il *Landgericht* di Francoforte ha, poi, affermato che l'applicazione è contraria alla legge sul trasporto, poiché i guidatori non hanno i requisiti per condurre veicoli a motore per il trasporto passeggeri a scopo di lucro e perché il corrispettivo versato dai clienti non supera il costo del viaggio [50].

---

44 In tal senso si veda E. FALLETTI, *Uber viola davvero la concorrenza? La risposta dei Giudici delle Corti straniere,* in *www.quotidianogiuridico.it.*

45 Ci si riferisce all'ordinanza 26 maggio 2015, della sezione specializzata imprese del Tribunale di Milano.

46 Sul tema, in data 21 maggio 2015, è intervenuta anche l'Autorità di Regolazione dei Trasporti che ha inviato al Governo e al Parlamento un *Atto di segnalazione sull'autotrasporto di persone non di linea*, contenente proposte di modifica normativa della *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea,* 15 gennaio 1992, n. 21. In particolare, secondo l'*Autority* è giunta l'ora di fornire un adeguato livello di regolazione alle emergenti formule del trasporto basate su piattaforme tecnologiche che offrono servizi di intermediazione su richiesta e con finalità commerciale. In sostanza, inquadrare *Uber* in un provvedimento legislativo che possa favorire la concorrenza e contribuire all'abbassamento delle tariffe. La proposta è quella di inserire gli autisti di *Uber Pop*, ad esempio, in figure professionali obbligate a non superare le 15 ore di guida settimanali. I conducenti del servizio più *easy* di *Uber* dovrebbero essere tenuti a stipulare un'assicurazione *ad hoc* e ad iscriversi ad un registro regionale. L'Autorità potrebbe però sgravare anche tassisti ed autisti NCC. I primi potrebbero in futuro, essere in grado di effettuare il servizio oltre l'area comunale, acquisire clienti anche da altre fonti, associarsi e costituirsi come impresa cumulando più licenze. Nel caso del NCC (noleggio con conducente), invece, gli autisti potrebbero non essere più obbligati a rientrare in rimessa prima di effettuare un nuovo intervento.

47 La mancata soggezione degli autisti *UberPop* ai costi inerenti al servizio taxi consentirebbe l'applicazione di tariffe sensibilmente minori rispetto a quelle del servizio pubblico e non praticabili dal tassista. L'illecito sviamento così determinato di fatto comporterebbe, dunque, un'alterazione dell'adeguatezza del tariffario imposto ai tassisti in quanto modifica anche il quadro complessivo dei fattori economici che concorrono a determinarlo in concreto (aumento incontrollato dell'offerta) determinando, altresì, ulteriori profili di scorrettezza concorrenziale consistenti nella sottrazione degli autisti *UberPop* dagli altri oneri e limiti cui i tassisti sono vincolati (rispetto di turni prefissati anche in orari in cui la domanda è minore) e che incidono anch'essi sulla redditività dell'attività economica di questi ultimi.

48 Sanzionabile con un'ammenda amministrativa che può raggiungere i 250.000 Euro.

49 Il *PBefG*, la legge tedesca sul trasporto dei passeggeri.

50 Si veda inoltre BOKraft, il regolamento per l'attività di impresa di trasporto nel traffico di

Anche in Spagna, il servizio taxi con autisti senza licenza è stato dichiarato illegittimo per concorrenza sleale dallo *Juzgado de lo Mercantil* di Madrid [51], che ha ordinato la chiusura del sito Internet di *Uber* e il blocco della *app*, con la quale gli utenti ottengono il servizio, da parte di *App Store, Google Play, Windows Store* e tutti i servizi che consentono il *download* di questo *software*.

In Belgio, il *Tribunal de Commerce de Bruxelles* ha interdetto il servizio di *UberPop* in quanto in contrasto con l'*Ordonnance du 27 avril 1995 de la Région de Bruxelles-Capitale, relative aux services de taxi et aux services de location de voitures avec chauffeurs* [52], applicando la misura dell'*astreinte* di 10.000 Euro per ogni infrazione constatata al divieto stabilito giudizialmente.

In Olanda, il *College van Beroep voor het bedrijfsleven* [53] ha respinto la richiesta di sospensiva [54] dell'interdizione a *Uber* in quanto esercita un servizio di taxi illegale, poiché l'operatore risulta privo di licenza. In particolare, non è stata accolta la tesi invocata da *Uber,* concerne l'applicazione del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, in merito alla libertà di circolazione dei servizi. Secondo i giudici olandesi, infatti, siffatta libertà deve essere sottoposta a bilanciamenti e limiti, giustificati, in questo caso, dalla prevalenza dell'interesse pubblico al rispetto delle norme in materia di trasporto di passeggeri e relativa responsabilità civile.

Solo in Francia il *Tribunal de Commerce de Paris* non ha deciso immediatamente sulla legittimità di *UberPop*, ma ha sospeso il procedimento, inviando alla verifica della *Cour de Cassation* due questioni di costituzionalità relativamente alla violazione del principio di uguaglianza e alla tutela della libertà di impresa da parte della *loi Thévenoud* che disciplina il servizio privato di trasporto pubblico.

È logico, dunque, aspettarsi che la Commissione si esprima al più presto per rappresentare il proprio indirizzo su tale innovativo servizio, vietandolo o legittimandolo all'interno dell'ordinamento europeo.

Va, infine, ricordato che tale servizio, anche al di fuori dell'Europa, non ha avuto migliore fortuna. Un recente provvedimento preso dal governo australiano ha regolamentato il profilo fiscale di chi intasca profitti attraverso la *sharing economy*. L'*Australian Taxation Office* ha, infatti, equiparato gli autisti di *UberPop* ai tassisti tradizionali [55]. E non solo dal punto di vista fiscale: per poter svolgere quello che – in questo modo – diventa un lavoro vero e proprio, dovranno anche registrarsi per la *Goods and Services Tax*, che in compenso permetterà loro di detrarre le spese dell'auto.

Infine, in India, sebbene l'autorità di Nuova Delhi non si sia pronunciata sulla legittimità di tale servizio, ne ha proibito l'utilizzo in quanto uno dei guidatori è stato accusato di aver violentato una passeggera.

---

persone e la licenza per il trasporto passeggeri (par. 48 FeV). Scopo del regolamento è la tutela e la sicurezza dei passeggeri: non è, quindi, possibile scegliere il *driver* e il veicolo.

51 Cfr. Medida Cautelar previa 707-2014.

52 Tale ordinanza è visibile su *www.gtl-taxi.be/3_0_0_0_FR_R%C3%A9glementation*.

53 Si tratta di un organo collegiale decisorio di questioni di diritto commerciale, societario, in materia di concorrenza e amministrativo.

54 Ci si riferisce al provvedimento *College van Beroep voor het bedrijfsleven*, 12 agosto 2014, disponibile sul sito internet *http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:CBB:2014:450*.

55 Gli autisti dei VCN sino ad oggi non hanno, infatti, rilasciato alcuna fattura, in quanto il pagamento sarebbe un semplice rimborso spese per la corsa, senza rilevanza per il reddito e dunque non tassabile.

8. Alcune brevi considerazioni conclusive per una rilettura critica della sentenza

Come anticipato la decisione della Corte di Giustizia [56] arriva in un momento in cui la regolamentazione del settore dei taxi è sottoposta a notevoli pressioni derivanti dall'ingresso di nuovi operatori [57], che, attraverso innovazioni tecnologiche, conquistano nuove fette di mercato [58].

Si tratta di un settore dove le regole di concorrenza sono sempre state di difficile applicazione a causa della pesante regolamentazione a cui è sottoposto [59], talché parte della dottrina sostiene che sia ormai maturo per una corretta deregolamentazione e liberalizzazione [60].

La discussione sui privilegi derivanti da tale normativa in crisi, e, in particolare, sull'utilizzo privilegiato di corsie preferenziali, ha raggiunto un livello tale di scontro che la Corte di Giustizia non si è potuta esimere dall'affrontare questo tema.

Oggetto di scrutinio della sentenza è, dunque, la legittimità di una normativa nazionale che concede il diritto di accesso ad un'infrastruttura (le corsie riservate) a determinate imprese (i *Black cabs*) e non ai loro concorrenti (i VNC), determinando, in tal modo, un vantaggio economico [61], per i primi, che possono effettuare più corse in un minor tempo.

Di indubbio interesse risulta il principio affermato dai giudici del Kirchberg, secondo cui è necessario tenere conto dell'obiettivo perseguito dalla misura statale per valutarne la selettività, in particolare, per individuare la "classe" di imprese che si trova in condizioni di fatto e di diritto comparabili. Va, infatti, ricordato, che, sino ad oggi, la Corte di Giustizia ha affrontato questa tematica con una giurisprudenza un po' ondivaga [62]. Nella pronuncia in esame, invece,

---

56 Per un primo commento alla sentenza si veda E. SZYSZCZAK, *Black Cabs in London Retain 'Exclusive' Rights to Drive in Bus Lanes* disponibile su *http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/1237*; A. SANCHEZ GRAELLS, *A criticism of the CJEU's ruling that allowing London taxis to use bus lanes while prohibiting private hire vehicles from doing so does not appear to involve State aid (Eventech, C-518/13)* in *http://eutopialaw.com*.

57 Ci si riferisce, in particolare ad *Uber,* azienda con sede a San Francisco, che fornisce un servizio di trasporto automobilistico privato attraverso un'applicazione software mobile (*app*) che mette in collegamento diretto passeggeri e autisti. Questa società offre diversi servizi, tra i quali si ricordano *UberBlack* e *Uber Van* che riguardano il noleggio di automezzi con autista, nonché *UberPop*. In quest'ultimo caso, l'autista specifica, attraverso il GPS, la sua posizione all'applicazione, che lo mette in contatto con il cliente, il quale può verificare chi sia il guidatore e come sia stato valutato dagli altri passeggeri, quanto tempo effettivamente impiegherà a raggiungerlo, la strada percorsa e, quindi, quale tariffa dovrà pagare.

58 O, riprendendo le parole dell'Avvocato Generale: "*I taxi ed i veicoli privati a noleggio (PHV) sono impegnati in una feroce competizione gli uni contro glia altri, in tutta Europa* e *Londra non è l'unica città in cui sono sorti tali conflitti*". Cfr. *Conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl,* 24 settembre 2014, C-518/13, par. 2.

59 Si veda OECD, *Competition Roundtable, Taxi Services: Competition and Regulation*, 2007, disponibile su *www.oecd.org*.

60 In ordine a questo recente dibattito si veda L. ESKENAZI, *The French Taxi Case: Where Competition Meets – and Overrides – Regulation,* in *Journal of European Competition Law & Practice, and Public policy*, 2014 e *The Taxi Market in Ireland: To Regulate or Deregulate?,* 2014.

61 Si tratta di un vantaggio non solo incontestato, ma anche sfruttato anche a fini commerciali. I gestori dei *Black Cabs,* infatti, pubblicizzavano sui propri mezzi il vantaggio di prenotare il loro servizio, anziché quello offerto dai VNC, in quanto solo i *Black Cabs* possono utilizzare le corsie riservate agli autobus nelle ore di punta. Sul punto si veda par. 21 della sentenza della Corte.

62 Il Tribunale si è, infatti, espresso sia a favore della tesi secondo cui si può tenere conto degli obiettivi intrinseci alla misura a portata generale (Adria-Wien Pipeline, causa 143/99, par.

la tutela della sicurezza e dell'efficienza del sistema di trasporto rappresentato i presupposti per qualificare come *non selettiva* la misura imposta dalle autorità londinesi.

La Corte esclude, inoltre, che l'utilizzo delle corsie riservate determini un trasferimento di risorse, non solo perché tali infrastrutture sono state costruite per gli autobus e non per i taxi, ma anche perché non sono, comunque, sfruttate dallo Stato. Nel caso di specie ci si troverebbe, poi, alla presenza di un intervento regolamentatore, che non implica alcun versamento di fondi statati, o mancato guadagno.

Parte della Dottrina [63] ritiene, invece, che i *Black cabs* abbiano goduto di un vantaggio selettivo mediante l'utilizzo di risorse statali, sul presupposto che tutti i soggetti (tra i quali i VNC) sono "liberi" di utilizzare le corsie e pagare una contravvenzione. La sanzione sarebbe, così, equiparabile ad un canone, che grava sui potenziali trasgressori che possono "acquistare" il diritto di violare la norma. In base a questa interpretazione, l'effetto conseguente sarebbe, quindi, quello di creare una discriminazione fra talune imprese (i *Black cabs*) che avrebbero, allora, accesso a un'infrastruttura pubblica senza alcun canone, mentre altre (i VNC) sarebbero tenute alla corresponsione all'autorità di un canone/sanzione per l'utilizzo del medesimo bene.

Anche a parere di chi scrive i principi enunciati dalla Corte di Giustizia non appaiono condivisibili. Come anticipato, la sentenza affronta, in particolare, due questioni chiave: se questa politica delle amministrazioni Londinesi comporti un impegno di risorse statali e se tale impegno conferisca ai *Black cabs* un vantaggio economico selettivo. Tali elementi costituiscono due dei quattro requisiti necessari affinché si possa parlare di aiuto di Stato.

I Giudici affrontano il primo profilo – relativo trasferimento di risorse statali – sostenendo che la scelta dell'amministrazione di non chiedere un pedaggio ai *Black cabs* per l'accesso alle corsie preferenziali o di non infliggere loro delle ammende quando utilizzano le corsie degli autobus non comporti una perdita di risorse pubbliche. La Corte, tuttavia, si limita ad analizzare la questione dal punto di vista dei poteri di regolamentazione dello Stato e conclude statuendo che l'amministrazione, nell'esercizio dei propri poteri di regolamentazione, non ha alcun obbligo di imporre una tassa per l'accesso alle infrastrutture pubbliche.

Tale approccio al problema non può essere condiviso. Da un punto di vista economico [64] l'utilizzo delle strade comporta un problema di buona utilizzazione di una risorsa pubblica. Soprattutto nelle città affollate come Londra, l'accesso alle strade e, indirettamente, ai mezzi di trasporto pubblico, è da considerarsi come un «*bene pubblico*», il cui uso è difficile da regolamentare. Di questo sembra essere consapevole anche la Corte quando sostiene che «*tali corsie non sono state costruite a beneficio di un'impresa specifica né di*

41; Azzorre, causa 88/03, par. 54; Mediaset, causa 403/10, par. 36) sia a favore dell'orientamento secondo cui ci si deve invece limitare alla valutazione dei suoi effetti distorsivi (British Aggregates Association, causa 487/06, par. 87; 3M, causa 417/10 par. 36; NOx, causa 279/08 par. 75;, Fineco, T-445/05, par. 170).

63 L. CALZOLARI, *Fra selettività e risorse statali: la recente giurisprudenza della corte di giustizia in tema di aiuti di stato (casi Santander, Autogrill españa e taxi londinesi,* in *www.eurojus.it*, p. 5.

64 Sull'importanza di coinvolgere gli economisti nel processo decisionale della Corte di Giustizia si veda A. SANCHEZ GRAELLS, *The Importance of Assessing the Economic Impact of the Case Law of the Court of Justice of the European Union: Some Exploratory Thoughts* (April 18, 2013), disponile su *http://ssrn.com/abstract=2253346*.

una categoria particolare di imprese, quale quella dei taxi londinesi, o addirittura i prestatori di servizi di autobus, e non sono state attribuite a queste successivamente alla loro costruzione, ma sono state costruite in quanto elemento della rete stradale londinese e, innanzitutto, per agevolare il trasporto pubblico effettuato mediante bus, a prescindere dalla questione se l'organizzazione di tale servizio pubblico rientrasse nel settore pubblico in quello privato» [65]. È, allora, davvero difficile comprendere come i giudici possano respingere l'argomento, piuttosto evidente, che la costruzione e manutenzione di tale bene pubblico si basa su risorse statali e, di conseguenza, che la creazione di un diritto *privato* di uso del bene pubblico implichi un trasferimento di risorse statali per i beneficiari di tale diritto (in questo caso, i soli *Black cabs*). Se le corsie preferenziali sono destinate esclusivamente a determinati soggetti privati, è evidente che i costi di manutenzione e di monitoraggio di queste vie di accesso – gravando sulla municipalità e, di conseguenza, su tutti i cittadini Londinesi – non possono che rappresentare un trasferimento di finanze pubbliche, a tutto vantaggio di un categoria di imprese sulle altre [66].

È questo il secondo tema affrontato dalla Corte del Lussemburgo: il beneficio economico derivante dalla misura di sostegno al destinatario dell'aiuto. Pacificamente tale requisito è stato interpretato dalla giurisprudenza in senso esteso, ricomprendendo qualsiasi beneficio, incluso «*l'alleviamento dagli oneri che normalmente gravano sui conti dell'impresa*» [67], a prescindere dalla forma del provvedimento pubblico che lo ha ingenerato. Tale beneficio può realizzarsi anche in maniera indiretta [68]. È questo il caso dei *Black cabs,* che hanno potuto effettuare le proprie *corse*, percorrendo tragitti più brevi dei concorrenti, offrendo, quindi, ai propri clienti un servizio più efficiente in un tempo minore. Di nuovo è, dunque, evidente come tale categoria, sfruttando le infrastrutture statali concesse in esclusiva, abbia ottenuto un indubbio vantaggio economico.

---

65 Paragrafo 45 della sentenza in commento.

66 Allo stesso modo, indebiti trasferimenti di finanze pubbliche devono essere considerati anche i costi di monitoraggio sostenuti dalla pubblica autorità per garantire che gli utenti della strada (tra i quali i VNC) non utilizzino le corsie riservate.

67 Corte di Giustizia, 23 febbraio 1961, causa 30/59, Altmark, in *Racc,* 2003*,* p. I-7747, punto 75.

68 Cfr. proprio in tema di trasporti la Decisione della Commissione, 30 novembre 1994 (94/996/EC) relativa alla cessione di una scuola per piloti alla KLM effettuata dai Paesi Bassi (causa 31/93), in *GUCE*, L 379, 31 dicembre 1994, p. 13 ss. Per un approfondimento sul tema degli aiuti nel settore dei trasporti si veda, inoltre, E. ORRÙ, *Il sostegno finanziario pubblico nel settore dei servizi di trasporto*, in S. ZUNARELLI, *Il diritto del mercato del trasporto,* Cedam, Padova, 2008, p. 166 ss.

Sindacato del giudice amministrativo e atti regolatori dell'AEEGSI

di Carlo Mariani

Sommario: 1. Premessa: la difficoltà del sindacato sul potere regolatorio dell'AEEGSI. – 2. Il parametro legislativo: gli obiettivi del potere regolatorio. – 3. L'eccesso di potere: le figure sintomatiche utilizzate per sindacare la scelta tecnica. – 4. L'accesso al fatto. – 5. La legalità formale nel potere regolatorio. La partecipazione e il dovere di motivazione. – 6. Il riflesso della specialità del potere regolatorio sul potere sanzionatorio. – 7. L'esecuzione del giudicato sul potere regolatorio. – 8. Conclusioni.

1. Premessa: la difficoltà del sindacato sul potere regolatorio dell'AEEGSI

Come è noto, tratto caratteristico del potere di regolazione del mercato posto in capo all'AEEG[1], e più in generale alle *Authorities* operanti nei servizi di pubblica utilità, è la scarsa pregnanza del principio di legalità sostanziale che ne guida l'esercizio[2].

Ciò ha comportato la centralità dell'opera ricostruttiva della giurisprudenza nella definizione dello statuto del potere in questione, che nel corso degli anni si è concentrata su tre principali problematiche, ovverosia: il fondamento del potere regolatorio, il ruolo della partecipazione procedimentale nella definizione della scelta regolatoria (come contraltare alla caduta della legalità sostanziale), l'intensità del sindacato esercitabile dal G.A.

Il primo aspetto è stato affrontato soprattutto nei primi anni di operatività dell'Autorità, quando, in ragione della vaghezza della norma attributiva del potere, le censure dei regolati si appuntavano prevalentemente sull'insussistenza del potere di intervento[3].

L'esame della giurisprudenza recente mostra invece come tale questione non sia più di stretta "attualità", mentre invece risulti molto più spesso invocata dagli operatori l'irragionevolezza delle regole costruite dall'AEEGSI per rendere efficiente il mercato energetico (c.d. regolazione pro-concorrenziale).

Sennonché, in tale ambito il largo margine di discrezionalità concesso all'Autorità e la tecnicità dell'oggetto della regolazione rendono in qualche modo

1 Ora AEEGSI, a seguito dell'attribuzione delle funzioni in materia di regolazione e vigilanza nel settore dei servizi idrici da parte del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214.

2 Il G.A. ha, infatti, messo in luce come la legge istitutiva delle dette Autorità, sia una «*legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti generali che spetta all'Autorità concretizzare*»; cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

3 M. Ramajoli, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, p. 82.

difficoltoso il sindacato giurisdizionale; problematicità accentuata dal fatto che la giurisprudenza pare non abbia ancora preso una posizione chiara in ordine all'inquadramento (quantomeno tendenziale) dell'attività regolatoria nelle categorie classiche della discrezionalità amministrativa o della discrezionalità tecnica [4].

Ciò premesso, si è ritenuto di interesse esaminare alcuni recenti arresti pretori al fine di cogliere le tendenze in atto nella giurisprudenza amministrativa relativamente ai margini di censurabilità del potere di regolazione del mercato energetico.

2. Il parametro legislativo: gli obiettivi del potere regolatorio

L'art. 1 della legge 14 novembre 1995, n. 481 detta una serie di principi di massima che devono ispirare l'esercizio della funzione regolatoria delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

Vengono infatti utilizzate espressioni vaghe quali la necessità di garantire «*la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità*» nonché «*adeguati livelli di qualità dei servizi in condizioni di economicità e redditività*» e di definire «*un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti*».

Nonostante la norma attributiva del potere regolatorio lasci tale ampio margine di manovra, il G.A. mostra di utilizzare i detti principi legislativi al fine di sindacare la corrispondenza agli stessi della scelta regolatoria compiuta dall'AEEGSI.

Ed infatti in un caso di determinazione di una componente tariffaria, il giudice ha rilevato che la soluzione adottata dall'Autorità contrastava con il surrichiamato obiettivo legislativo di garantire nel contempo l'efficienza nella produttività e un'adeguata redditività per imprese. In tal senso, veniva in particolare stabilito che la misura dei costi riconosciuti in tariffa dovesse corrispondere agli effettivi costi sostenuti dalle imprese, in virtù dei principi di trasparenza, certezza, non discriminazione sanciti dal suddetto art. 1 della legge n. 481/1995; nella specie l'Autorità, nella definizione dei costi riconosciuti, aveva invece valorizzato dati meramente previsionali e relativi ad alcuni soltanto degli operatori presenti nel mercato [5].

Un ulteriore interessante dato che si rileva sempre in ordine al rapporto tra obiettivi legislativi e potere regolatorio è che, nel caso in cui le norme legislative impongano in maniera vincolata un determinato parametro tecnico, il G.A. ritiene che manchi in capo all'Autorità qualsiasi potestà di modificare o integrare il detto parametro stabilito, anche se la medesima ritenga l'integrazione

4 Sul punto cfr. *amplius* paragrafo 3.

5 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 24 gennaio 2014, n. 265 in *www.giustizia-amministrativa.it*; in particolare la questione aveva ad oggetto l'impugnazione delle delibere con le quali l'Autorità era intervenuta sui criteri di quantificazione dei costi di approvvigionamento del gas naturale rilevanti al fine di individuare le condizioni economiche di riferimento (ovvero le condizioni che devono essere necessariamente offerte dalle imprese esercenti la vendita del gas). L'intervento era consistito nell'introduzione di un coefficiente di demoltiplicazione che riduceva l'ammontare dei costi di approvvigionamento riconosciuti; la riduzione veniva tuttavia calcolata sulla base di una mera possibilità di rinegoziazione dei prezzi, ipotizzata dall'AEEGSI sulla base dell'acquisizione di contratti di approvvigionamento di alcuni operatori che appunto avevano rinegoziato i costi di approvvigionamento.

funzionale al miglior raggiungimento dell'obiettivo dell'efficienza del mercato.

Così è stato stabilito ad esempio in una vertenza riguardante l'impugnazione di una delibera con la quale l'Autorità aveva specificato, rendendolo più restrittivo, un parametro tecnico, previsto a livello legislativo, per la qualificazione di "impianto di cogenerazione ad alto rendimento" necessaria al fine del riconoscimento della priorità di dispacciamento [6].

Se ne ricava dunque che il compito dell'AEEGSI di rendere più efficiente il mercato energetico non ricomprende il potere di modificare o integrare i parametri tecnici già definiti dal legislatore in maniera puntuale.

3. L'eccesso di potere: le figure sintomatiche utilizzate per sindacare la scelta tecnica

Come si è già accennato, la giurisprudenza amministrativa stenta a trovare un disegno preciso allo statuto dell'attività regolatoria.

L'atteggiamento di deferenza del G.A. nei confronti del potere di regolazione del mercato dell'AEEGSI è stato in passato giustificato sul presupposto che «*le funzioni dell'autorità non sono di valutazione e di giudizio meramente tecnico, ma di regolazione del mercato*» [7].

Sembrerebbe quindi che il G.A. consideri l'attività regolatoria non un'attività di giudizio, seppur tecnico, bensì una vera e propria potestà discrezionale volta a definire le regole per il miglior funzionamento del mercato, guidata da criteri tecnici.

In altre pronunce si legge tuttavia che «*gli atti dell'Autorità (…) sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale, in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo*» [8].

Sta di fatto che, al di là delle classificazioni, tale ruolo di "dominio del settore" riconosciuto in capo all'AEEGSI genera anche nella giurisprudenza recente una sorta di timidezza nell'esercizio del sindacato giurisdizionale.

Ciò almeno sembra ricavarsi da recenti affermazioni di principio secondo le quali «*le valutazioni compiute dall'Autorità nell'ambito dell'esercizio dei propri poteri di regolazione sono connotate da ampia discrezionalità che il giudice amministrativo può sindacare solo nel caso in cui l'Autorità stessa abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica. Non è consentito, infatti, al giudice amministrativo – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Autorità, ed è, pertanto, necessario che le parti interessate deducano l'esistenza di specifiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere mediante le quali dimostrare che la deter-*

---

6 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 11 settembre 2014, n. 2347 in *www.giustizia-amministrativa.it*; in particolare il TAR, qualificando il vizio in questione come violazione di legge, ha stabilito che «*dall'esame della normativa di riferimento si ricava che, ai fini della qualificazione di unità di produzione di cogenerazione ad alto rendimento, ciò che rileva è il risparmio di produzione di energia primaria (c.d. PES), e non già la quantità di energia prodotta mediante cogenerazione. La delibera dell'Autorità* (…) *invece introduce un criterio che non trova rispondenza nella normativa di riferimento*».

7 TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 23 ottobre 2008, n. 5197, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

8 Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

minazione assunta si pone in contrasto con il suddetto principio di ragionevolezza tecnica» [9].

Da tale affermazione di principio può ricavarsi che la giurisprudenza amministrativa, se da un lato ritiene che l'ampia discrezionalità concessa dalla legge all'Autorità per l'esercizio del potere di regolazione non costituisca una barriera invalicabile al proprio sindacato, dall'altro considera che il vaglio di legittimità sia confinato al livello estrinseco dell'eccesso di potere.

Vieppiù si ricava che la tecnicità della scelta comporti una sorta di specialità della ragionevolezza che deve guidarne l'esercizio.

A tal proposito peraltro la dottrina aveva già messo in luce come la ragionevolezza che deve connotare il potere di regolazione delle *Authorities* dei servizi di pubblica utilità debba essere non una ragionevolezza astratta (non adatta al contesto di riferimento), ma una «*ragionevolezza economica*» [10].

Si tratta ora di capire cosa la giurisprudenza intenda per irragionevolezza tecnica e quali figure sintomatiche di eccesso di potere vengono ritenute compatibili con tale concetto.

Ebbene, dall'esame degli ultimi arresti pretori, un primo dato che si può ricavare è che, di fronte alla contestazione della scelta tecnica operata dall'AEEGSI, il giudice tenda in primo luogo a verificare il *modus procedendi* e la logica interna della decisione dell'Autorità.

E così è stata ritenuta irragionevole la decisione sotto i profili di difetto di istruttoria, contraddittorietà interna e difetto di motivazione in un caso in cui l'AEEGSI aveva definito una componente tariffaria in contraddizione con le premesse fissate dalla stessa AEEGSI per il proprio intervento tariffario [11].

In altra vicenda l'irragionevolezza è stata sancita in relazione all'insussistenza dei presupposti di fatto posti a base della modifica tariffaria, insussistenza rilevata sulla scorta di atti istruttori compiuti dal Gestore della rete Terna S.p.A. su incarico della stessa AEEGSI a seguito dell'adozione della delibera [12].

---

9 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 17 giugno 2014, n.1587 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

10 A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 77 ss.

11 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 17 giugno 2014, n. 1587 in *www.giustizia-amministrativa.it*; al fine di risolvere un problema di insolvenza di crediti da parte degli utenti di rete nei confronti del Gestore della rete in relazione al servizio di bilanciamento nel mercato del gas naturale, l'AEEGSI aveva istituito un meccanismo di garanzia nonché, in caso non funzionamento del primo, un ulteriore meccanismo di socializzazione dei detti crediti non recuperati da parte del gestore tramite creazione di apposita componente tariffaria gravante sugli utenti della rete. Ciò posto, nella ricostruzione fatta dalla sentenza, nelle premesse dell'azione dell'Autorità vi era l'idea che il meccanismo di socializzazione dei crediti non recuperati dal Gestore dovesse operare solo come *extrema ratio*, in caso di non funzionamento del sistema di garanzie ed in ogni caso solo ove non vi fosse responsabilità del gestore nella gestione dei crediti. Nel concreto invece il meccanismo di socializzazione è stato adottato prima di effettuare l'istruttoria volta a chiarire l'inevitabilità dei presupposti.

12 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 24 giugno 2014, n. 1648 in *www.giustizia-amministrativa.it*; nello specifico, l'AEEGSI sul presupposto della registrazione di una consistente differenza tra l'energia programmata in prelievo e l'energia prelevata effettivamente dagli utenti, ed al fine di prevenire un pericolo per il sistema elettrico, adottava una delibera in cui calcolava i prezzi di sbilanciamento in maniera deteriore per gli operatori. In particolare, l'assunto dell'Autorità circa la sussistenza di un aumento dei costi per gli utenti e di pericolo del sistema veniva dedotto dalla rilevazione della divaricazione tra energia programmata e energia prelevata, senza svolgimento di attività istruttoria sull'effettivo aumento dei costi e dell'effettivo pericolo del sistema. Successivamente alla suddetta delibera, l'insussistenza di rischi veniva rilevata dall'indagine dello stesso Gestore della rete.

Parrebbe dall'osservazione di tali pronunce che il giudice ritenga di attestare il livello del proprio sindacato al concetto di manifesta irragionevolezza e palese eccesso di potere.

L'analisi di ulteriori pronunce mostra tuttavia come in alcuni casi la censura del giudicante si spinga più in profondità, fino a lambire in qualche modo il merito della scelta regolatoria.

Lo strumento adoperato in tal senso è innanzitutto il principio di non discriminazione, in una accezione però particolare e conforme alle finalità della regolazione pro-concorrenziale, ovverosia l'agevolazione della massima apertura del mercato.

E così viene ritenuto in particolare discriminatoria una misura che, seppur formalmente equipara gli attori presenti nell'arena economica, tende in realtà a privilegiare, rafforzare o comunque mantenere la posizione di mercato dei c.d. *incumbents* (ovverosia, gli ex monopolisti, o comunque i grandi gruppi industriali) [13].

La finalità di apertura effettiva del mercato necessita infatti dell'adozione di misure asimmetriche in relazione a soggetti posti in posizione di condizionare le dinamiche del mercato in senso non concorrenziale [14].

Attraverso il principio di non discriminazione il G.A. decide in sostanza quali misure non aprono a sufficienza il mercato a scapito degli ex monopolisti e dunque in qualche modo giudica della visione dell'efficienza del mercato adottata dall'AEEGSI.

Un'altra importante manifestazione del principio in parola si rinviene in relazione agli atti regolatori che incidono sulla posizione di imprese produttrici di energia da fonti rinnovabili.

La violazione del principio di non discriminazione viene evidenziato in questo caso in relazione a interventi di regolazione dell'accesso alla rete che annullano o diminuiscono significativamente la portata degli incentivi previsti dalla normativa nazionale per le suddette fonti [15].

Anche qui dunque l'operatività del principio in parola postula l'adozione di misure asimmetriche, ma in questo caso in ragione di particolari obiettivi politi-

---

13 Così la già citata TAR Milano, III, 24 gennaio 2014, n. 265 in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove viene messo in rilievo che considerare come riferimento i costi di approvvigionamento dei grandi operatori di mercato sia discriminatorio nei confronti dei piccoli operatori che non possono vantare il potere contrattuale dei primi nella determinazione del prezzo di acquisto del gas; la diminuzione del prezzo di approvvigionamento del gas non è dunque una previsione realistica e oggettiva se basata solo sulla quota parte di contratti stipulati dagli operatori rilevanti.

14 In particolare per regolazioni asimmetriche devono intendersi quelle misure di carattere temporaneo volte a disciplinare diversamente imprese operanti nello stesso mercato, per favorire l'ingresso e lo sviluppo degli ultimi entranti a spese dei monopolisti e dei precedenti entranti; cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mer. conc. reg.*, 2002, 2, p. 131.

15 Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2014, n. 2936 in *www.giustizia-amministrativa.it*; oggetto della controversia erano le delibere con le quali l'Autorità provvedeva a modificare la disciplina della ripartizione dei costi di sbilanciamento (ovvero il servizio reso dal Gestore di rete per garantire l'equilibrio tra energia immessa ed energia prelevata dalla rete) tra gli utenti della rete; in particolare, le delibere in questione, premettendo la finalità di sgravare la collettività del costo di sbilanciamento rendendo più responsabile il comportamento dei produttori di fonti rinnovabili, sostituiva il precedente regime di socializzazione dei costi con l'imputazione degli stessi in capo ai suddetti produttori da fonti rinnovabili. Il Consiglio di Stato considera la delibera discriminatoria nei confronti delle imprese produttrici da fonti rinnovabili, ritenute non in grado di programmare la produzione e dunque evitare i costi con comportamento virtuoso; un'ulteriore applicazione del principio di non discriminazione in termini analoghi si ha in Cons. Stato, Sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3051 in *www.giustizia-amministrativa.it*, che conferma le sentenze del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, nn. 2310, 2311, 2312, 2313 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ci stabiliti dal legislatore (ovvero la promozione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili).

In questo caso l'invadenza del sindacato può considerarsi minore dal momento che la necessità dell'asimmetria nella regolazione discende direttamente da scelte politiche del legislatore e non è propriamente frutto di una valutazione del giudice.

Oltre al principio di non discriminazione, un'altra categoria di vizio che risulta utilizzata per sindacare la scelta tecnica dell'Autorità è quella del principio di non retroattività della disciplina regolatoria [16].

Viene in particolare sancito che «*l'estensione della disciplina contenuta nella deliberazione impugnata ha un'efficacia retroattiva che si pone in contrasto con la libertà di iniziata economica e con l'affidamento venutosi a creare in capo agli operatori, come la ricorrente*».

La tutela del legittimo affidamento dei regolati è del resto in linea con il canone di efficienza del mercato, dal momento che la certezza e stabilità delle regole costituiscono presupposti fondamentali per il buon funzionamento dello stesso.

Un'ultima declinazione che si rileva assumere il concetto di irragionevolezza tecnica nella giurisprudenza è infine la violazione del principio di proporzionalità; tale censura potrebbe costituire uno strumento molto penetrante per il sindacato della scelta regolatoria.

Tuttavia il giudicante nel recente caso in cui ne ha fatto utilizzo mostra di impiegare il principio in una accezione di manifesta sproporzione rispetto all'obiettivo perseguito [17].

4. L'accesso al fatto

L'esame della giurisprudenza consente di cogliere altresì una certa ritrosia del G.A. a procedere ad una verifica diretta dei fatti posti a fondamento della detta scelta regolatoria dell'AEEGSI.

Questo atteggiamento si ricava ad esempio nella già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 24 gennaio 2014, n. 265.

In particolare in tale controversia l'AEEGSI, nell'esercizio del potere di determinare i parametri della tariffa di vendita del gas da applicare da parte degli operatori del settore ai clienti finali facenti parte del servizio di tutela [18], aveva

16 In tal senso la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 24 giugno 2014, n. 1648.

17 Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4629 in *www.giustizia-amministrativa.it*; in tale controversia oggetto di contestazione da parte degli operatori erano le forme di garanzie previste dall'AEEGSI in relazione ai crediti vantati dal Gestore del servizio di bilanciamento nei confronti degli utenti della rete. In particolare, tra le forme di garanzia la delibera prevedeva, tra le altre, il vincolo sul gas che i venditori hanno nelle riserve di stoccaggio, che, secondo la suddetta delibera, può costituire non più del 90% del totale delle garanzie prestate dall'utente e il cui valore viene ridotto del 10%, in ragione della variazione del prezzo del gas in dipendenza dei consumi stagionali. Il TAR ritiene sproporzionata tale misura rispetto all'obiettivo e propone l'introduzione di meccanismi alternativi.

18 Trattasi di regime speciale introdotto in seguito alla liberalizzazione della vendita dell'energia elettrica e del gas naturale nei confronti di tutti i clienti finali, nell'ambito del quale, in virtù dell'art. 1, comma 3, d.l. 18 giugno 2007, n. 73, «*l'Autorità per l'energia elettrica e il gas indica condizioni standard di erogazione del servizio e definisce, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento per le forniture di energia elettrica ai clienti di cui al comma 2 (clienti finali domestici) e per le forniture di gas naturale ai clienti domestici,*

diminuito un coefficiente corrispondente ai costi di approvvigionamento nel mercato all'ingrosso dei suddetti operatori.

Nello specifico, dall'istruttoria compiuta dall'Autorità (attraverso la richiesta di informazioni a 18 operatori che approvvigionano il 90% delle forniture di gas destinate al servizio di tutela) risultava che gli esercenti la vendita per il servizio di tutela erano in grado di approvvigionarsi a condizioni economiche anche sensibilmente inferiori a quelle di cui alla componente relativa alla commercializzazione all'ingrosso.

Ciò posto, il TAR ha ritenuto che l'azione dell'Autorità fosse in contrasto con l'art. 1 della legge n. 481/1995, nella parte in cui prescrive all'Autorità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore di riferimento nel rispetto delle "condizioni di economicità e di redditività", sulla base del fatto che «*non vi sarebbero elementi concreti e verificabili in forza dei quali ritenere che in relazione al periodo considerato sia dalla delibera, sia dalle successive determinazioni impugnate con ricorsi per motivi aggiunti, i costi degli operatori per l'approvvigionamento del gas si siano effettivamente ridotti in misura corrispondente a quella che deriva dall'applicazione del coefficiente K*».

Tale impostazione si riscontra anche nella già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 24 giugno 2014, n. 1648, nella quale il G.A. ha affermato l'insussistenza dei presupposti di fatto (ossia l'aumento dei costi per gli utenti e la presenza di rischi per il sistema elettrico) posti a base della delibera di modifica dei prezzi di sbilanciamento, in virtù delle circostanze che «*nel corpo della deliberazione impugnata non»* fosse emersa *«la sussistenza di un tale presupposto che, pertanto, risulta*(va) *assolutamente apodittico*» e vieppiù che «*dall'esito dell'indagine conoscitiva*» condotta dal gestore della rete Terna S.p.A. fosse emerso «*che nessun rischio effettivo risultava gravare sul sistema elettrico*».

In entrambi i casi dunque il G.A. non procede ad una verifica diretta dei fatti rilevanti per la decisione, ma si limita ad affermarne l'esistenza sulla base degli stessi atti dell'AEEGSI o ad altri atti prodotti in causa; nel primo caso non accerta gli elementi concreti in forza dei quali si possa ritenere che i costi degli operatori per l'approvvigionamento del gas si siano effettivamente ridotti in misura corrispondente a quella che deriva dall'applicazione del coefficiente K; nel secondo caso non verifica l'effettivo aumento dei costi per gli utenti.

Sennonché già da tempo il Consiglio di Stato ha chiarito, con riferimento al sindacato della discrezionalità tecnica propria degli atti dell'Antitrust, che la natura tecnica della valutazione non preclude al giudicante di verificare l'effettiva esistenza del fatto storico posto a base del provvedimento, ma, piuttosto, limita il vaglio della qualificazione del detto fatto nel concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma attributiva di potere [19].

Seppur affermato in relazione alla diversa attività di aggiudicazione propria dell'AGCM, non si rinvengono ostacoli alla sua applicazione all'attività di rego-

---

che le imprese di distribuzione o di vendita sono tenute ad inserire nelle proprie offerte commerciali».

19 Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2002, n. 2199 in *www.giustizia-amministrativa.it*; più in generale il Supremo Consesso ha precisato che in realtà con l'espressione "sindacato debole" il G.A. «*non abbia inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso solo porre un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anche esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere*».

lazione, dal momento che anche quest'ultima fonda la propria scelta normativa sulla base del rilevamento di fatti storici [20].

Sotto tale profilo la giurisprudenza pare ancora influenzata da un eccessiva timidezza nell'approccio a questioni tecniche. Timidezza che invero dovrebbe appartenere alla storia del processo, considerato che il giudice amministrativo, anche di fronte al mondo della tecnica, «*si è da tempo impadronito del fatto e ne possiede piena conoscenza* [21]».

5. La legalità formale nel potere regolatorio. La partecipazione e il dovere di motivazione

Come noto, la funzione di regolazione dei mercati è caratterizzata da una fase di partecipazione procedimentale che assume valenza sostanziale, e ciò per plurime ragioni.

In primo luogo, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter superare il *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione democratica, non solo, come visto, potenziando il sindacato sull'eccesso di potere, ma anche valorizzando gli aspetti relativi alla c.d. legalità procedimentale.

In tal senso la giurisprudenza ha infatti sancito che «*la caduta del valore della legalità sostanziale sia compensata da un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzia del contraddittorio*» [22].

Da un'altra parte la partecipazione delle imprese consente di recuperare la democraticità dell'Autorità dal basso, prevedendo appunto una condivisione della decisione coi regolati. In tal senso la partecipazione diventa dunque titolo di legittimazione dell'agire di un'Amministrazione di fatto slegata dal circuito democratico [23].

In terzo luogo, l'importanza specifica della partecipazione nel settore deriva dalla circostanza che le informazioni necessarie per le decisioni tecniche sono spesso possedute solo dagli operatori; vieppiù una visione sull'impatto della regolazione può aversi solamente una volta consultato il mercato stesso [24].

Tuttavia, per avere una prospettiva dell'effettiva consistenza che assume la partecipazione nel sistema regolatorio, al di là delle dichiarazioni di principio, occorre analizzare come viene declinata tale dichiarata centralità del contraddittorio.

A tal proposito, può osservarsi innanzitutto che il principio in parola può assumere una effettiva valenza sostanziale solo ove la doglianza della mancata o insufficiente attivazione delle garanzie procedimentali non venga assorbita

---

20 Nelle sentenze prese in considerazione sono invero mutamenti di fatti storici che inducono l'Autorità ad intervenire nel mercato.

21 F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 985.

22 Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

23 Cfr. la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 24 gennaio 2014, n. 265, «*l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti deve ormai ritenersi compatibile con il nostro sistema ordinamentale, ma è necessario che le Autorità prevedano idonee garanzie partecipative e si dotino di sistemi di consultazione preventiva, volti a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati*».

24 La necessità della consultazione è del resto condizione di efficacia della strategia elaborata dallo stesso regolatore, M.RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione,* in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 216.

in caso di accoglimento di motivo attinente alla erroneità della scelta tecnica. Invero la ridefinizione del criterio tecnico in base alle coordinate fissate dal giudice necessita in ogni caso, e a maggior ragione, dell'apporto partecipativo all'origine pretermesso.

Tale ragionamento trova in effetti riscontro positivo in alcuni recenti pronunciamenti, ove risulta l'accoglimento, accanto al motivo di censura della scelta tecnica, del motivo sulla violazione del principio del contraddittorio procedimentale. In particolare, viene sottolineata l'importanza della consultazione, non solo con riferimento alla definizione della regola tecnica, ma anche, in un'ottica di deflazione del contenzioso, relativamente alla effettiva sussistenza di fatti posti dall'Autorità a base delle proprie decisioni, oppure relativamente all'interpretazione di norme [25].

In altri casi, il motivo risulta invece assorbito. Ad un'attenta osservazione si tratta tuttavia di casi in cui l'accoglimento del motivo di ordine sostanziale ha comportato di fatto l'esaurimento della discrezionalità nella successiva attività dell'Autorità [26].

In altri casi analoghi, tuttavia il G.A. non mostra di adottare la medesima soluzione; nonostante l'accoglimento del motivo non elimini la discrezionalità successiva dell'Autorità, risulta infatti assorbito il motivo relativo alla violazione del contraddittorio [27].

Il principio del contraddittorio potrebbe altresì ricevere spessore nel caso in cui si riconosca un onere di motivazione rafforzata con riferimento alle osservazioni presentate dagli operatori; tuttavia la giurisprudenza continua a non ritenere sussistenti particolari obblighi motivazionali in capo all'Autorità, considerando sufficiente che le osservazioni risultino prese in considerazione ai fini della deliberazione [28].

L'assenza di un onere di motivazione rafforzata viene affermata anche con riferimento all'adozione di provvedimenti ordinatori [29] di cui all'art. 2, comma 20, lett. d), legge n. 481/1995 [30], e ciò sulla base del fatto che anche questi ultimi sarebbero "*pur sempre atti di regolazione*».

La maggiore pregnanza del principio del contraddittorio si manifesta tuttavia sotto altro versante.

Viene infatti ritenuto che la centralità del principio del contraddittorio debba

---

25 Cfr. la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 24 gennaio 2014, n. 265, «*l'effettuazione della consultazione avrebbe consentito alla parte ricorrente di poter evidenziare le proprie ragioni, inducendo l'Autorità a non assumere alcuna determinazione, oppure ad adottarne con contenuti diversi, determinando conseguenze di impatto meno rilevante nei confronti della medesima ricorrente*».

26 Cfr. la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 11 settembre 2014, n. 2347, in cui il TAR rileva l'illegittimità dell'inserimento di un parametro tecnico ulteriore rispetto a quello già previsto normativamente in relazione alla qualifica di un impianto di cogenerazione ad alto rendimento.

27 Cfr. la già citata sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 17 giugno 2014, n. 1587, in cui la delibera avente ad oggetto la definizione di una componente tariffaria (relativa ai costi di bilanciamento) viene annullata per difetto di istruttoria in merito a fatti rilevanti per la determinazione dell'*an* e del *quantum* della componente medesima. Decisione quindi che non elimina lo spazio di manovra dell'AEEGSI e dunque la necessità di un confronto con gli operatori.

28 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 23 settembre 2014, n. 2366 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

29 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 29 dicembre 2014, n. 3215 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

30 Secondo il quale, per lo svolgimento delle proprie funzioni, l'Autorità «*ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo ai sensi del comma 12, lett. g), l'obbligo di corrispondere un indennizzo*».

tradursi in un criterio di interpretazione degli istituti partecipativi che, nel dubbio, garantisca la più ampia partecipazione possibile per le imprese regolate.

In tal senso è stata ritenuta illegittima la delibera preceduta da un documento di consultazione che «*avverte solo dell'intenzione dell'Autorità di mutare il criterio ma nulla dice in ordine al diverso metodo di calcolo e che alla compiuta meditazione da parte dei soggetti interessati è necessaria la previa comunicazione dell'argomento da trattare, non sostituibile con il semplice svolgimento del confronto* [31]».

Non basta dunque che le imprese abbiano partecipato, ma è necessario che il progetto di deliberazione sia reso noto in dettaglio per una proficua consultazione.

6. Il riflesso della specialità del potere regolatorio sul potere sanzionatorio

A presidio del rispetto dei propri provvedimenti regolatori, la legge attribuisce all'AEEGSI poteri sanzionatori verso gli operatori economici del settore [32].

In recenti pronunce si trova affermato che tale potere sanzionatorio posto a valle del potere di regolazione dell'Autorità partecipa della specialità di quest'ultimo. Specialità che, nel particolare caso, viene tradotta nell'inapplicabilità della legge 24 novembre 1981, n. 689 in ordine agli aspetti non specificamente regolati dalla disciplina di settore.

Infatti, in una controversia originatasi dall'impugnazione un provvedimento sanzionatorio emanato dall'AEEGSI per mancata applicazione di un coefficiente tariffario da parte di un operatore del settore della distribuzione e fornitura dell'energia elettrica ai clienti del mercato vincolato, il Consiglio di Stato ha sancito la non applicabilità ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità del termine perentorio di novanta giorni dall'accertamento dell'infrazione per la contestazione stabilito dall'art. 14, legge n. 689/1981 [33].

Gli argomenti a sostegno della decisione sono due.

In primo luogo viene evidenziato che i procedimenti sanzionatori dell'AEEGSI sono disciplinati dal D.P.R. 9 maggio 2001, n. 244 [34], il quale pone una dettagliata disciplina del procedimento, dalla fase prodromica, istruttoria e partecipativa, fino all'esito finale e non prevede una scansione delle varie fasi, e relativi termini, corrispondente o analoga a quella di cui alla legge n. 689/1981.

---

31 Cfr. la già citata sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3051; ciò significa che non risulta sufficiente, come nel caso *de quo*, che il criterio sia comunque illustrato e discusso in sede di consultazione, ma risulta necessario che il medesimo sia preventivamente descritto nel documento di consultazione cosicché gli operatori possano studiare preventivamente eventuali varianti e proposte di modifica.

32 In base all'art. 2, comma 20, lett. c), legge n. 481/1995 «*per lo svolgimento delle proprie funzioni, ciascuna Autorità: (…) irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a euro 2.500 e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi*».

33 Cons. Stato, Sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3893 in *www.giustizia-amministrativa.it*; negli stessi termini Cons. Stato, Sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3894 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

34 Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, a norma dell'art. 2, comma 24, lett. a), legge n. 481/1995.

A tale argomento si aggiungono poi più sostanziali e fondamentali considerazioni.

Viene infatti affermato che l'intervento sanzionatorio dell'AEEGSI «*non perde la caratteristica primaria ed essenziale, de futuro, di regolazione pubblica di attività economiche private in un particolare mercato richiesta per la tutela delle condizioni di concorrenza»* ragion per cui *«è fuor di luogo riferirvi un procedimento finalizzato invece alla mera retribuzione sanzionatoria de praeterito di comportamenti individuali, qual è quello del Capo I della l. n. 689 del 1981*».

Si sostiene inoltre che «*l'accertamento della violazione è frutto di una sequenza procedimentale nella quale l'attività accertativa non è istantanea, ma presuppone una serie di atti conoscitivi, a finalità patentemente regolatoria, nell'ambito dei quali non è individuabile quello a cui attribuire con la dovuta certezza l'effetto di costituire il momento iniziale della decorrenza del termine decadenziale*».

Sembra evincersi da tali passaggi che secondo il G.A. i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità non abbiano funzione meramente punitiva bensì costituiscano una sorta di prosecuzione dell'attività regolatoria. Non si comprende tuttavia se tale concezione si traduca solo in una deroga all'applicazione della disciplina generale dei procedimenti sanzionatori o anche in una limitazione del sindacato giurisdizionale quanto ai presupposti dell'applicazione della sanzione e tale dubbio deriva dall'affermazione secondo la quale gli atti conoscitivi presenterebbero finalità patentemente regolatoria.

7. L'esecuzione del giudicato sul potere regolatorio

L'esame della giurisprudenza evidenzia infine un duplice ordine di problemi in relazione all'esecuzione delle sentenze di annullamento dei provvedimenti regolatori, ovverosia la consistenza dell'effetto confermativo e i poteri sostitutivi del giudice dell'ottemperanza.

Quanto al primo aspetto, la natura della norma attributiva di potere, che come detto pone vincoli di mero indirizzo, nonché la concezione di una sorta di competenza esclusiva dell'AEEGSI di regolare il mercato energetico, sembrano determinare una certa evanescenza della regola sulla modalità del riesercizio del potere enunciata (o ricavabile) nella sentenza di annullamento.

In tal senso sembra infatti ragionare la VI sezione del Consiglio di Stato nella sentenza 8 luglio 2014, n. 3465 [35].

Trattasi di giudizio per l'ottemperanza della sentenza con la quale il Consiglio di Stato, in parziale riforma della sentenza di primo grado [36] ha accolto il ricorso della società ricorrente attiva nel settore di produzione di energia da fonti rinnovabili contro la delibera di determinazione del costo evitato del combustibile ("CEC") necessario per la determinazione del prezzo incentivante di cui alla delibera CIP-6/92 (in sostanza la ricorrente lamentava una erronea determinazione del CEC che si ripercuoteva sulla misura del prezzo incentivante ad essa società spettante).

Il giudicato affermava come principio di diritto la necessità di determinazio-

35 In *www.giustizia-amministrativa.it.*

36 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 1 aprile 2009, n. 3357 in *www.giustizia-amministrativa.it*; in particolare il Consiglio di Stato ha confermato l'annullamento della delibera impugnata ma con diversa motivazione rispetto alla sentenza di primo grado, stabilendo diversi criteri istruttori rispetti a quelli individuati dal TAR, cfr. nota 37.

ne del CEC sulla base dei costi di mercato, da desumersi dal mercato del gas naturale fornito alle centrali termoelettriche, secondo criteri dettati dalla sentenza medesima [37].

Nel respingere il ricorso il G.A. ha affermato che le prescrizioni del giudicato di annullamento non dovessero intendersi come «*rigidamente prescrittive in ordine alle modalità attraverso le quali individuare il prezzo di riferimento (anche perché un siffatto contenuto avrebbe esulato dai confini propri del vaglio esercitabile dal giudice amministrativo nei confronti dell'esercizio di un'attività regolatrice connotata da lata discrezionalità tecnica)*» e che non fosse possibile attribuire al suddetto principio di diritto «*un significato tale da aver imposto all'Autorità, in sede di riesercizio del potere, un preciso vincolo nel quomodo, sino a vincolarne in modo pressoché totale l'attività conformativa e sino a determinare la nullità dei conseguenti atti conformativi laddove divergenti, sia pure in una parte minore, rispetto al vincolo in tal modo imposto*».

Da questi passaggi motivazionali parrebbe che in capo al G.A. vi sia l'idea di una sorta di limitazione dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento di provvedimenti regolatori dell'AEEGSI.

Osservando altre pronunce però, pare cogliersi un'ulteriore tendenza, ovverosia il tentativo del G.A. di fornire delle coordinate più precise per l'attuazione del giudicato, sempre però facendo salva l'ampia discrezionalità dell'AEEGSI.

La soluzione che in particolare si riscontra è quella di accompagnare le prescrizioni per il riesercizio del potere con una esemplificazione, che si sottolinea, non essere vincolante per l'Amministrazione nel riesercizio del potere, ma che può fungere da guida per l'interpretazione e applicazione delle coordinate correttive (secondo una tecnica che sembra inquadrarsi nelle misure idonee per l'attuazione del giudicato di cui all'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.) [38].

Così, ad esempio, accade nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4629 [39].

Oggetto di contestazione da parte degli operatori erano le forme di garanzie previste dall'AEEGSI in relazione ai crediti vantati dal Gestore del servizio di bilanciamento nei confronti degli utenti della rete. In particolare, tra le forme di garanzie la delibera prevedeva, tra le altre, il vincolo sul gas che i venditori hanno nelle riserve di stoccaggio, che, secondo la suddetta delibera, poteva costituire non più del 90% del totale delle garanzie prestate dall'utente e il cui valore viene ridotto del 10%.

---

37 La sentenza aveva stabilito, ai fini della corretta determinazione del valore del CEC, i seguenti criteri analitici:

«*– tenere conto dell'effettiva struttura dei costi che incontra una centrale termoelettrica per l'approvvigionamento del gas naturale;*

– avere riguardo, a tal fine, non ad una qualsivoglia centrale termoelettrica, ma ad un modello di operatore virtuoso (…) che agisce in modo da conseguire il più conveniente prezzo del gas naturale;

– individuare parametri oggettivi e ragionevoli atti ad individuare, nella richiamata ottica dell'operatività dell'operatore virtuoso di mercato, il costo medio del gas naturale nell'ambito del mercato di riferimento;

– assumere ulteriori elementi correttivi (ulteriori rispetto alla pura e semplice valutazione del prezzo medio di mercato) laddove emergesse che il costo medio in tal modo determinato risultasse iniquo, irreale, sbilanciato. Ciò, al fine di evitare che il puro e semplice utilizzo della media dei prezzi potesse condurre a un prezzo medio di riferimento influenzato da elementi distorsivi quali: i) il carattere non pienamente concorrenziale del mercato di riferimento; ii) l'esistenza di asimmetrie nei rapporti di forza contrattuali fra gli operatori».

38 Cfr. la già citata sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4629.

39 In *www.giustizia-amministrativa.it.*

Il TAR [40] aveva accolto, tra gli altri, il motivo relativo all'irragionevolezza di tale previsione nella parte in cui dispone l'abbattimento del valore del gas nella suddetta misura del 10%.

Il Consiglio di Stato nel respingere l'appello dell'AEEGSI, e dunque nel confermare l'irragionevolezza della previsione, ha indicato le coordinate per la correzione del criterio tecnico aggiungendovi una possibile soluzione applicativa al fine di indicare all'Amministrazione cosa debba intendersi per misura ragionevole, ferma restando l'autonomia della AEEGSI nella scelta in concreto del meccanismo [41].

Quanto ai poteri sostitutivi del giudice dell'ottemperanza in ordine ai provvedimenti regolatori, viene in rilievo la sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 22 maggio 2014, n. 1325 [42].

La questione riguardava la mancata attuazione di un giudicato di annullamento in cui veniva sancita l'illegittimità delle delibere di approvazione delle tariffe per il servizio di stoccaggio del gas naturale per il mancato riconoscimento di costi, previsti invece *expressis verbis* e senza margine di scelta per l'Autorità, dalla norma regolatrice della tariffa.

Nell'accogliere il ricorso con nomina di un commissario ad acta il TAR ha affermato che «*nel caso di specie la nomina di un soggetto che si sostituisca all'Autorità non trova ostacolo nella peculiare natura dell'Autorità indipendente, considerato che in relazione alla questione oggetto del presente giudizio la stessa è tenuta ad esercitare poteri tipicamente amministrativi, del tutto simili a quelli di qualunque pubblica amministrazione*».

Il passaggio è sibillino nella misura in cui sancisce una sorta di differenziazione tra attività tipicamente amministrativa (che nella fattispecie è identificata nell'introduzione di un parametro tariffario stabilito in maniera vincolata dal legislatore) e attività regolatoria, adombrando per quest'ultima attività una qualche limitazione della giurisdizione di merito propria del giudizio di ottemperanza.

8. Conclusioni

Lo scorcio giurisprudenziale che si è proposto mostra come sussistano ancora diverse problematiche irrisolte in ordine al rapporto tra potere regolatorio dell'AEEGSI (ed in generale delle *Authorities* la cui missione è regolamentare un mercato) e sindacato giurisdizionale.

Ciò, come evidenziato, pone una certa ambiguità nelle affermazioni di principio del G.A. in ordine alla classificazione dell'attività in questione, ambiguità che si scarica poi sulle decisioni concrete.

Si assiste infatti ad uno spettro di pronunce che in alcuni casi contengono

40 TAR Lombardia, Milano, III, 13 dicembre 2012, n. 3030, in www.giustizia-amministrativa.it.

41 In particolare secondo il giudice «s*i potrebbe stipulare un contratto di garanzia avente ad oggetto un quantitativo di gas nella misura pari al valore del credito con l'aggiunta di una clausola di rinegoziazione finalizzata ad assicurare l'equilibrio economico-giuridico dell'assetto di interessi. In particolare, detta clausola potrebbe prevedere che, in caso di mutamento di valore favorevole al creditore o al debitore, le parti modifichino l'oggetto del contratto per adeguarlo alle sopravvenienze. Si potrebbe anche prevedere che a tale sistema possano ricorrere soltanto quelle imprese che hanno una riserva di stoccaggio tale da avere a disposizione, in caso di variazione dei valori, quel quantitativo di gas necessario ad assicurare la modificazione, nel senso indicato, dell'oggetto del contratto di garanzia*».

42 In *www.giustizia-amministrativa.it*.

un sindacato sulla mera correttezza logica della decisione, in altri casi invece valorizzano canoni penetranti e vicini al merito, quali i principi di non discriminazione e proporzionalità.

La tensione tra la volontà di non invadere il terreno dell'Autorità e la necessità di verificare la legalità del suo agire si riscontra in tutta la sua evidenza in merito al tema dell'esecuzione del giudicato, dove ad affermazioni vaghe sul peso conformativo dei criteri dettati si somma un certo imbarazzo (nel caso specifico evitato [43] sull'esercizio di poteri sostitutivi del G.A.

Si coglie tuttavia lo sforzo del giudice, nelle sentenze che si sono esaminate, di effettuare un sindacato attraverso alcune selezionate figure sintomatiche, in qualche modo congegnali al contesto di riferimento (ovvero il mercato), secondo una concezione già evidenziata in dottrina [44].

Sotto altro punto di vista, il G.A. in alcune pronunce mostra effettivamente un'attenzione particolare al rispetto del principio del contradditorio nella formulazione della disciplina regolatoria, nella consapevolezza che la regola corretta è innanzitutto quella costruita insieme agli operatori di settore, depositari delle necessarie informazioni sul funzionamento del mercato; dunque la possibilità di esprimere un giudizio sulla ragionevolezza della soluzione adottata passa *in primis* attraverso il rigoroso rispetto del confronto procedimentale.

Quest'ultimo aspetto, unitamente all'evidenziato tentativo del G.A. in alcune decisioni di esemplificare la soluzione corretta dal punto di vista della ragionevolezza tecnica, manifestano il fenomeno proprio della regolazione del mercato «*come disciplina non solo in divenire, ma addirittura da costruire, che segue una strada lunga e complessa e che procede per via di assestamenti successivi*» [45].

Il problema che pare ancora aperto è quello di definire chiaramente il ruolo del giudice in tale processo di costruzione.

---

43 Considerato che l'attività non viene classificata come regolatoria; cfr. la già citata sentenza del TAR Milano, III, 22 maggio 2014, n. 1325.

44 A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo* cit., pp. 76-77 il quale osserva che «*semmai sono le categorie del giudice (e ancora in primo luogo le figure dell'eccesso di potere) a doversi adattare alla regolazione di attività economiche*» e che d'altra parte «*le regole del sindacato di legittimità non sono categorie logiche, ma sono strumenti pratici e perciò devono misurarsi col contesto nel quale vanno applicate*»; cfr. altresì B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista n. 1/2014*, secondo il quale «*il mercato non è mai semplicemente l'oggetto della regolazione, perché in realtà ne determina tanto il problema quanto le via 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 ad una logica particolare*».

45 M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, cit., p. 214.

RECENSIONI

Stefano Mannoni, La regolazione delle comunicazioni elettroniche, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 1-288.

La regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche è una materia tanto studiata quanto poco compresa. La regolazione (o regolamentazione) consiste nella produzione di norme di rango sub-primario da parte di soggetti dotati di una forte specializzazione tecnica e operanti in posizione di tendenziale indipendenza dagli organi politicamente rappresentativi. È opinione diffusa che al regolatore sia concessa una discrezionalità di natura meramente tecnica, essendo la sua libertà di azione sostanzialmente limitata dal primato delle tecnologie, del mercato e dell'Europa. La regolazione interviene infatti su settori di interesse generale che, per i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea, per i condizionamenti derivanti dalla tecnica e per la necessità di salvaguardare e promuovere dinamiche concorrenziali, non si prestano ad essere disciplinati secondo scelte discrezionali o di natura politica. Di qui la retorica sul carattere "*neutrale*" della regolazione.

Il libro di Stefano Mannoni, dal titolo "*La regolazione delle comunicazioni elettroniche*" (Il Mulino, Bologna, 2014, 267 pp.), mette in discussione alla radice queste premesse. L'obiettivo, assai ambizioso, è quello di chiarire le dinamiche profonde alla base di uno dei settori più complessi e arcani del nostro ordinamento, caratterizzato da un intreccio inestricabile tra diritto, tecnica e economia. Obiettivo che l'Autore persegue combinando la qualità di studioso, che discende da una importante carriera accademica, e l'esperienza pratica di chi ha ricoperto per sette anni la carica di commissario dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Ne è nato un lavoro originale e innovativo, accattivante per lo stile e convincente per gli argomenti.

La tesi sostenuta dall'Autore è forte e chiara. Nonostante il rilevo assunto dalla tecnica e dalle dinamiche di mercato, la regolazione è esercizio di una *auctoritas* statale volta a risolvere conflitti di interesse e a orientare i comportamenti degli attori del sistema, *in primis* imprese e utenti. Nonostante il primato dell'Europa, le autorità nazionali di regolazione continuano a mantenere un'ampia discrezionalità nell'attuazione di direttive e regolamenti e a svolgere un ruolo importante anche nella definizione delle regole europee, ruolo destinato a valorizzarsi con il progresso di quel modello policentrico che trova il proprio punto di snodo e di equilibrio nel BEREC, l'organismo dei regolatori europei. Sotto questo profilo, il lavoro dell'Autore trova conferma nelle conclusioni cui recentemente è giunto anche un noto studioso d'oltre Manica, che ha dimostrato proprio sulle colonne di questa Rivista che l'attività regolatoria in molti casi evidenzia l'esercizio di una nuova forma di politica industriale (Mark Thatcher, *From old to new industrial policy via economic regulation*).

Il delicato tema dell'indipendenza delle autorità di regolazione è affrontato alla luce di queste premesse teoriche. Le istituzioni di regolazione, secondo l'Autore, necessitano di una investitura politica in quanto un potere discrezionale, come è quello che viene esercitato attraverso la regolazione, necessita di una propria legittimazione democratica. Una tesi forte e ben argomentata che non esclude tuttavia la possibilità di introdurre metodi di selezione (ad

esempio attraverso audizioni pubbliche) volti a valorizzare almeno la capacità professionale dei candidati e l'assenza di conflitti di interessi.

La discrezionalità del regolatore, precisa l'Autore, rimane comunque diversa da quella riconosciuta agli organi di indirizzo politico, per almeno due profili. Il primo attiene al fatto che gli organi di regolazione, ed in particolare l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, operano in settori quasi interamente disciplinati dal diritto dell'Unione europea. Il quale, se da una parte lascia ampi margini di autonomia alle autorità nazionali, dall'altra traccia alcuni principi e obiettivi di fondo cui le stesse sono vincolati. Primo tra questi il principio della scala degli investimenti (*ladder of investments*), secondo cui il regolatore deve incentivare lo sforzo degli operatori concorrenti a salire la scala della infrastrutturazione mediante investimenti nella rete volti a consentire una progressiva emancipazione dall'operatore storico. Ciò al fine di favorire l'affermarsi di un quadro concorrenziale che riduca progressivamente la necessità di una regolamentazione *ex ante*. Il secondo profilo che limita la discrezionalità del regolatore ruota attorno ai numerosi "contrappesi" che finiscono inevitabilmente per condizionarne e limitarne la libertà di scelta. Tra questi rientrano in particolare le garanzie procedurali, incentrate sulla consultazione pubblica e sulla dialettica con la Commissione europea, il dialogo con l'autorità *antitrust* e, soprattutto, l'esistenza di un sindacato giurisdizionale sempre più penetrante sulle scelte discrezionali delle istituzioni di regolazione.

Il libro si articola in tre parti. Nella prima parte l'Autore, dopo avere analizzato i principi generali della regolazione, si interroga sulla convergenza, un principio che secondo la *communis opinio* avrebbe ormai divelto le barriere che per molto tempo hanno diviso il settore delle comunicazioni interpersonali dal mondo dei *media*. L'Autore evidenzia tuttavia che, ad oggi, una piena integrazione e convergenza tra le reti nel segno di internet (*All-IP*) ha ancora da venire. Di qui la scelta di dedicare due parti del volume, rispettivamente, alle telecomunicazioni e all'audiovisivo.

La parte sulle telecomunicazioni analizza i due diversi tipi di regolazione introdotti dalle direttive europee: quella asimmetrica, che ruota attorno al concetto di posizione dominante ed è volta a riequilibrare la posizione di svantaggio che alcuni concorrenti hanno nei confronti di altri, e quella simmetrica, che impone regole uniformi per tutti gli operatori a tutela dei diritti degli utenti. Di particolare interesse è l'analisi dedicata al tema delle reti di accesso di nuova generazione, che fa toccare con mano il condizionamento che la tecnologia inevitabilmente finisce per imporre alle scelte del regolatore, e la difficoltà di trovare un giusto equilibrio tra l'esigenza di favorire la concorrenza tra le imprese e quella di non scoraggiare l'innovazione e gli investimenti da parte dell'operatore proprietario dell'infrastruttura di accesso.

Nella parte sull'audiovisivo l'Autore muove da una premessa condivisibile: le regole di fondo del settore sono dettate dall'Unione europea, per quanto attiene al mercato interno, mentre rimangono saldamente nelle mani degli Stati, per quanto attiene al pluralismo. L'Autore descrive i tratti principale della vigente disciplina in questi campi, sottolineando tuttavia l'esigenza di un profondo ripensamento della stessa alla luce degli sviluppo della tecnica e del mercato.

In effetti i principi introdotti dall'Unione europea in vista della realizzazione del mercato interno dell'audiovisivo sono rivolti essenzialmente ai *broadcasters* tradizionali. La diffusione della banda larga ha però favorito la comparsa sul mercato di nuovi attori, che operano in competizione con le emittenti tradi-

zionali senza però essere soggette ai numerosi vincoli che invece gravano su queste. Di qui la necessità di ripensare numerose regole (ad esempio quelle in materia di pubblicità, di tutela dei minori e di protezione delle opere europee ecc.) al fine di porre su un piano di sostanziale parità tutti gli editori che, attraverso diverse piattaforme, si contendono il mercato dell'audiovisivo.

Anche i tradizionali strumenti a garanzia del pluralismo informativo (tetto al numero dei canali o alla raccolta di risorse, limiti all'audience, divieti di incroci tra televisioni e carta stampata) faticano a tenere il passo con l'evoluzione tecnologica e dei mercati. Oggi è difficile persino trovare criteri condivisi per misurare il tasso di pluralismo all'interno di un determinato ordinamento. Da una parte sono comparsi nuovi strumenti, come ad esempio i motori di ricerca, che appaiono in grado di incidere sulla diffusione e sull'accesso alle fonti informative, dei quali occorre ormai tenere conto accanto ai media tradizionali. Dall'altra parte è progressivamente emersa la consapevolezza della difficoltà di offrire una valutazione d'insieme che tenga conto di fonti informative riconducibili a mercati assai diversi (televisione digitale terrestre, televisione satellitare, televisione on-line, giornali, blog, portali, motori di ricerca ecc.). In questo contesto si pone anche il problema relativo al ruolo del servizio pubblico, ed al modo in cui lo stesso può oggi contribuire ad arricchire il pluralismo e quindi la democrazia.

Il lavoro, che nasce dichiaratamente con lo scopo di fare chiarezza nel campo della regolazione delle comunicazioni, finisce dunque per evidenziare una serie di questioni aperte, sulle quali gli organi di indirizzo politico saranno chiamati in un prossimo futuro a prendere posizione. L'analisi svolta dall'Autore è di grande utilità per comprendere una realtà in continuo mutamento. Anche sotto questo profilo, il libro merita senz'altro di essere letto.

(Filippo Donati)

Mariana Mazzucato, Lo Stato innovatore, Laterza, Bari, 2014, pp. I-351.

1. "*Sfatare il mito del pubblico contro il privato*": è questo lo scopo perseguito dal saggio, intelligente quanto provocatorio, di Mariana Mazzucato.

Il volume intende, infatti, mettere in discussione molte delle idee e dei luoghi comuni su cui si è concentrato il dibattito pubblico sviluppatosi all'esito della crisi economica del 2008, ingaggiando una "*battaglia discorsiva*" contro la prevalente tesi liberista secondo cui la riduzione dell'intervento pubblico è l'unico strumento in grado produrre sviluppo economico.

Secondo l'Autrice lo Stato non si limita, né deve limitarsi, a correggere i fallimenti del mercato, ma è (da sempre) un autentico promotore (o agente) di sviluppo economico, soggetto proattivo in grado di assumersi i rischi che il settore privato non potrebbe sostenere. Lo Stato dispone, infatti, di "*visione*" e di "*capitali pazienti*", che possono attendere la remunerazione del rischio molto più dei fondi di *venture capital*, e, solo grazie a tali caratteristiche, a differenza dei privati, può farsi promotore di innovazione nei settori ad elevato rischio tecnologico e ad alta densità di capitale. Lo Stato, dunque, non è solo facilitatore, ma creatore di nuovi mercati e di "*sistemi di innovazione*".

2. La tesi, che pure si presterebbe ad essere ideologizzata, è in realtà dimostrata empiricamente, con una serie di *case studies*, attraverso cui l'Autrice ricostruisce l'origine di alcuni dei più importanti progressi concepiti nei principali settori dell'innovazione.

In linea con la *vis* polemica del saggio, i casi passati in rassegna sono efficaci e provocatori, non solo perché interessano il nostro quotidiano, ma anche perché – e qui si manifestano con forza le intenzioni dell'Autrice – investono direttamente gli ambiti considerati dall'opinione comune come gli emblemi dell'innovazione: le nanotecnologie, l'industria farmaceutica, le nuove tecnologie e le energie verdi.

Particolarmente incisivo è il capitolo V, dedicato alla Apple, impresa simbolo della *new economy* e del capitalismo coraggioso dei *garage tinkerers*, gli inventori da garage. Esaminando la storia dell'azienda di Cupertino, l'Autrice dimostra come tutte le tecnologie all'avanguardia contenute in prodotti innovativi e di successo come l'IPhone e l'IPad siano, in realtà, il risultato di ingenti investimenti pubblici. Il *touch screen*, Internet e l'Http/Html, il Gps e il Siri, sono, infatti, tecnologie nate grazie agli sforzi di ricerca e ai finanziamenti del governo e delle forze armate degli Stati Uniti, prodotti che la Apple non ha certamente sviluppato, ma solo integrato e commercializzato. L'Autrice ricorda, inoltre, come la Apple, oltre ad avvalersi delle innovazioni elaborate grazie ai programmi di ricerca promossi a livello federale, abbia goduto, in fase di avviamento, di ingenti investimenti statali nel capitale aziendale ed, in seguito, di politiche fiscali e commerciali di sostegno, ricavandone un indubbio vantaggio competitivo sui mercati.

Altrettanto interessanti sono i capitoli VI e VII, in cui, con lo stesso intento demolitorio che percorre l'analisi compiuta sull'origine e lo sviluppo delle nuove tecnologie, l'Autrice conduce un interessante esame della rivoluzione indu-

striale verde, mettendo in luce tutti i casi in cui lo Stato si è fatto imprenditore, sviluppando e sostenendo le tecnologie pulite dell'eolico e del fotovoltaico. Dalla disamina emerge, infatti, come i finanziamenti pubblici, gli investimenti di capitali pazienti in settori ad alto rischio e la creazione del contesto economico essenziale al consolidarsi delle tecnologie verdi abbiano in molti casi costituito più che delle semplici "spintarelle" (*nudge*), ma delle vere e proprie "spinte" alla creazione della *green economy*.

3. I dati empirici descrivono, dunque, una situazione assai diversa da quella veicolata dalla vulgata corrente: c'è uno Stato imprenditore e innovatore dietro le nanotecnologie, l'industria farmaceutica, le tecnologie rivoluzionarie della Silicon Valley e della *green economy* e, quel che più dovrebbe farci riflettere, la sua mano, invero visibilissima, può essere osservata per lo più in quei Paesi – *in primis* negli Stati Uniti – tradizionalmente considerati come le patrie del liberismo.

A differenza di quanto sostiene la maggioranza della dottrina convenzionale e dei *policy makers*, dunque, il settore pubblico svolge un ruolo centrale nell'innovazione, facendosi attore principale della cd. economia della conoscenza, in cui lo sviluppo economico è generato dal progresso tecnico e dalla creazione e diffusione di conoscenze.

Mentre il settore privato, osserva l'Autrice, si muove secondo logiche di scarso respiro, evitando il rischio e prediligendo condotte spesso parassitarie – secondo la regola aurea del neoliberismo "privatizzare i profitti e socializzare i costi" –, è lo Stato il vero innovatore, perché, assumendosi coraggiosamente rischi assai elevati, può, contro ogni aspettativa, dare corpo a progetti visionari, facendosi non semplice facilitatore, ma autentico creatore di nuovi mercati.

4. La tesi argomentata dal volume di Mariana Mazzucato è di sicuro interesse, non solo perché mette in discussione diversi "miti" dello sviluppo economico, ma anche e soprattutto perché porta all'attenzione del dibattito pubblico l'importanza cruciale (sempre taciuta) e le potenzialità dell'intervento dello Stato nei settori più innovativi dell'economia.

È pur vero che, in alcuni casi, può cogliersi qualche fragilità nella trattazione, che a tratti rischia di incorrere nel *post hoc, ergo propter hoc*: non pare, infatti, dimostrata sempre in maniera solida la correlazione tra la mano visibile dello Stato e la creazione di innovazione, non è chiaro, cioè, se alcune delle invenzioni trattate possano considerarsi come il portato di un "disegno intelligente" dello Stato o se, invece, debbano unicamente imputarsi ai singoli che hanno, pur in contesti pubblici (forze armate, Università sovvenzionate dallo Stato), scoperto determinate tecnologie. Non sembra, poi, così certo che la condotta dei decisori pubblici sia sempre, come parrebbe suggerire, invece, l'Autrice, ispirata a logiche di ampio respiro o dotata della "visione" richiesta per la realizzazione delle grandi innovazioni.

Ancorché, dunque, la tesi del libro non sia sempre dimostrata in maniera persuasiva, non possono tacersi gli evidenti pregi del volume che, nel tentare di ristabilire un equilibrio nella percezione del ruolo svolto dallo Stato nello sviluppo economico, ne esalta finalmente i meriti e pone le basi per alcune interessanti proposte. Tra queste, in particolare, occorre menzionare l'introduzione di meccanismi atti a ripagare lo Stato dell'assunzione dei rischi e degli investimenti effettuati, garantendogli adeguati ritorni economici in caso di successo, e una più attenta considerazione dello stretto rapporto fra politiche industriali e conoscenza, con importanti conseguenze sia sull'organizzazione

interna – l'Autrice invoca la creazione di un'amministrazione dinamica e meritocratica, in grado di attrarre talenti e competenze – che sul ruolo strategico dello Stato che, attraverso adeguati investimenti in istruzione, ricerca e formazione del capitale umano, deve farsi guida e creatore di stabili "*sistemi di innovazione*".

(Valeria Gioffrè)

Giuseppe Di Gaspare, Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali, Seconda edizione, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2015, pp. XV-419.

Il testo di Giuseppe Di Gaspare "Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali" si presta certamente a un uso manualistico, per i corsi di "Diritto dell'economia", ma anche di "Diritto pubblico dell'economia", ed anzi nasce come sistematizzazione e integrazione di lezioni svolte dall'Autore. Quella qui recensita è la seconda edizione del volume (la prima è stata pubblicata nel 2003), notevolmente arricchita, con l'innesto armonico di una parte quarta. Ciò nondimeno, rispetto alla manualistica corrente, il testo qui commentato si fa apprezzare per una serie di scelte connotanti, sia metodologiche, sia contenutistiche, che ne fanno un testo di approfondimento utile anche per gli studiosi.

1. Dal punto di vista metodologico, spicca la dichiarata preferenza, che risalta sin dal titolo, per un'attenzione alle dinamiche storiche e istituzionali della regolazione dei rapporti economici e dei mercati. L'estensione dello sguardo dell'osservatore sulle dinamiche istituzionali prende le distanze da un approccio, assai frequentemente praticato tra i giuristi, che si accontenta di presentare e organizzare il quadro delle norme giuridiche, ricostruito talora anche con geometricità lineare, dai principi costituzionali, sino alle attuazioni legislative e amministrative, passando per i riferimenti normativi internazionalistici e comunitari. Tale tradizionale approccio ha senz'altro il pregio di mantenere al riparo la specificità del giurista, selezionando i materiali d'analisi, ma può presentare il limite di non prestare adeguata attenzione al fatto che le norme, per usare una metafora di Paolo Grossi, galleggiano, senza penetrarvi, su una realtà sociale ed economica attraversata da dinamiche endogene e finanche caratterizzata da autonome pretese ordinanti. Su questi presupposti, l'approccio positivistico è dunque espressamente reputato inadeguato dall'Autore che, ciò nondimeno, non per questo aderisce a un eclettismo metodologico, bensì elabora un'ottica istituzionale, alla cui delineazione egli dedica parte consistente del capitolo primo della parte prima. Tale opzione metodologica è elaborata non in termini generali, bensì come approccio privilegiato per il "diritto dell'economia", che in ciò è significativamente avvicinato al "diritto costituzionale". Anche in quest'ultima disciplina, in effetti, il dato normativo è costantemente affiancato, riempito e talora eluso o smentito da prassi e condotte istituzionali. Si tratta dunque di riconoscere che la realtà, anche quella giuridica, semplicemente non coincide con le norme poste dal legislatore.

Da qui, appunto, la scelta di prestare attenzione, oltre che ai singoli istituti, alle istituzioni e cioè, nel caso del diritto dell'economia, all'interazione tra pubblici poteri, mercato e imprese (pp. 8-9). L'importanza attribuita alle dinamiche istituzionali si riflette, quasi al modo di un corollario, sull'attenzione riservata all'evoluzione storica. Da qui il ricorso frequente, nel manuale, alla scansione in periodizzazioni. Tale evoluzione è seguita, perfino un po' analiticamente, fi-

no alla cronaca istituzionale più recente e agli ultimissimi aggiornamenti (tra cui, il cosiddetto "Jobs Act").

2. Sul piano contenutistico, il volume, rispetto al genere letterario del "manuale", presenta una caratterizzazione interpretativa marcata. Esso cioè non si attarda nel riepilogo delle davvero innumerevoli ipotesi ricostruttive che si sono succedute nel tempo a proposito della Costituzione italiana (in particolare, dell'art. 41, considerata da E. Cheli una norma "anfibologica") e dei suoi rapporti con l'ordinamento europeo, ma argomenta una precisa opzione ermeneutica che, peraltro, nel panorama della dottrina italiana, si è collocata in una posizione sostanzialmente minoritaria (si può richiamare, a conferma, la posizione di G. Bognetti al convegno dei costituzionalisti di Ferrara del 1991). In chiave storica, l'A. segue l'emersione del modello liberale, contestuale alla formazione e al consolidamento dello Stato moderno, e la sua successiva sottoposizione a tensione ad opera del processo di democratizzazione e della conseguente pressione esercitata dai diritti sociali. Proprio la relazione tra diritti sociali e libertà economiche assurge a criterio alla luce del quale il volume classifica i diversi modelli di costituzione economica degli Stati democratici. In particolare, la prevalenza dei diritti economici (iniziativa economica e proprietà privata, soprattutto) sui diritti sociali caratterizza la costituzione democratico-liberale; in caso di relazione opposta, si parla di costituzioni socialdemocratiche.

L'A. insiste molto, nella delineazione del modello democratico-liberale, sulla complementare (rispetto alla protezione delle libertà economiche) garanzia che in esso è prestata al valore del risparmio con il conseguente rigoroso controllo dell'emissione monetaria e la limitazione al ricorso all'indebitamento, nonché con il contenimento dell'imposizione fiscale e della spesa pubblica. Nello schema socialdemocratico, viceversa, mancano, secondo la delineazione proposta dall'A., norme costituzionali volte a garantire rigorosamente la stabilità finanziaria.

Se questa è la prospettiva interpretativa adottata, è ben chiaro perché l'A. non legga il processo integrativo europeo in termini di rottura rispetto all'impianto costituzionalistico italiano, bensì quasi come l'opportunità, offerta a quest'ultimo, di riprendere un sentiero frettolosamente e improvvidamente abbandonato. L'Autore coglie infatti, nella lenta attuazione o inattuazione costituzionale, il consumarsi di un "tradimento" che ha compromesso le possibilità di tenuta, soprattutto sotto il profilo della finanza pubblica, del sistema. Nella periodizzazione proposta dall'A., la Costituzione, di impronta democratico-liberale, ha subito, ad opera delle dinamiche istituzionali, una torsione già nel decennio '60-'70, fino a "trapassare nell'equilibrio catastrofico di un modello democratico-sociale tra il '70 e il '92" (p. 72) e al ritorno a un riferimento democratico-liberale con il Trattato di Maastricht. Nella Costituzione italiana, secondo Di Gaspare, la protezione dei diritti sociali doveva procedere secondo un criterio di rigorosa compatibilità con l'equilibrio finanziario. Seguendo questa interpretazione, l'Autore recupera un dato rilevante, e spesso trascurato, della Costituzione e cioè che i diritti sociali non si traducono integralmente in prestazioni poste a carico delle finanze pubbliche, ma si riflettono (anche) in puntuali obblighi posti a carico della solidarietà economica di consociati (come nel caso del datore di lavoro rispetto ai diritti sociali dei lavoratori).

Nell'ordinamento dei rapporti economici, secondo questa lettura della Costituzione, il libero mercato costituisce il principio e la regola (p. 87), con rigetto pertanto delle interpretazioni svalutanti le fondamentali libertà economiche

(art. 41 Cost.). La concorrenza rinviene anzi già nella Costituzione un terreno propizio al suo radicamento. In quest'ottica, è evidente l'affinità rispetto ai principi introiettati dall'ordinamento comunitario. Questa impostazione è stata però abbandonata nelle fasi di attuazione, a cominciare dalla degradazione delle libertà economiche a interessi legittimi. I diritti sociali sono invece ascesi allo stesso rango delle libertà economiche, impegnando lo Stato in prestazioni ben più sostanziose rispetto a quanto la Costituzione prevedesse.

A questo scivolamento hanno contribuito anche variabili esogene e, in primis, la crisi del sistema monetario di Bretton Woods, con il susseguente abbandono di un rapporto fisso di conversione tra il dollaro e l'oro. Si è aperta a questo punto, anche nel nostro Paese, una stagione segnata dall'indebitamento crescente, avallata, secondo la lettura data dall'Autore, dalla stessa Corte costituzionale con la celebre sent. n. 1/1966. È dunque servito un diverso vincolo esogeno, rappresentato dal primato del diritto comunitario, per riavvicinare l'Italia al sentiero virtuoso del pareggio sostanziale di bilancio (art. 81) e della tutela del risparmio (art. 47) e rendere più restrittive le condizioni d'uso del "forno" del ricorso all'indebitamento per finanziare la spesa pubblica.

3. Ancora su di un piano contenutistico, l'Autore analizza con precisione e con riferimenti illuminanti, tutt'altro che frequenti nella dottrina, l'impatto dell'adesione dell'Unione Europea all'Organizzazione Mondiale del Commercio in termini di definizione delle politiche commerciali e di integrazione delle medesime con le politiche del lavoro. L'importanza del passaggio è sottolineata con forza: "la demolizione della tariffa doganale comune (TDC) ha avuto lo stesso effetto dell'abbattimento di un confine" (p. 282). Questo sviluppo, a cui non sempre si è prestata la dovuta attenzione, appare in effetti in grado di segnare una discontinuità nel complessivo "progetto" politico-sociale europeo, svuotando addirittura la possibilità di proteggere e promuovere un'omogeneità interna agli Stati membri e aprendo la strada a un pericoloso *dumping* sociale. Questo processo apre pertanto una fase nuova entro il cammino di integrazione europea, che l'A. chiama di "destrutturazione del mercato comune europeo" (p. 281). La stessa industria europea finisce largamente fuori mercato. Questa novità ha un impatto negativo anche sul bilancio comunitario, poiché lo depaupera delle entrate derivanti dall'imposta daziaria, ciò che mette l'Unione in una condizione ulteriormente svantaggiosa rispetto agli Stati membri. L'autonomia politica UE risulta dunque indebolita proprio quando se ne sentirebbe maggiormente il bisogno per provare a riaffermare il governo dei processi economico-finanziari ormai globalizzati. In quest'ottica, un'ulteriore deriva si prospetta, per l'Autore, con l'eventuale conclusione positiva del negoziato in corso sul TTIP (*Transatlantic Trade Investment Partnership*).

4. Un ultimo punto che merita un apprezzamento del tutto particolare è la grande attenzione riservata, resa possibile da una specifica competenza maturata dall'Autore (di cui si veda l'opera *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Cedam, Padova, 2011), per il rilievo dei mercati finanziari nell'ordinamento dei rapporti economici. Al punto è dedicata soprattutto la parte quarta, intitolata alle "dinamiche globalizzanti". L'Autore individua e segue un processo di crescente deregolamentazione dei mercati finanziari, che ha il suo abbrivio in due atti legislativi del 1999 e 2000 del Congresso USA che hanno prodotto una unificazione dei mercati finanziari stessi. Alla stregua di un virus, il processo di liberalizzazione dei servizi finanziari si è propagato dalla "anglosfera", da cui prende av-

vio, all'Europa tutta. Le lentezze e i ritardi nell'integrazione politica europea non riescono infatti a colmare la lacuna rispetto alla interconnessione dello spazio finanziario europeo e mondiale. Da qui l'esplosione della crisi e le successive misure, ancorché insoddisfacenti, di "messa in sicurezza" del sistema creditizio dell'eurozona. In questa parte, il volume diventa molto analitico, anche perché è difficile "oggettivare" e ricondurre a un assetto sintetico eventi che si stanno susseguendo in questo periodo e in modo frenetico e fluido. L'Autore analizza le tappe della riforma europea della governance finanziaria, evidenziandone le lacune e i ritardi, nonché il percorso della progressiva comunitarizzazione delle politiche di bilancio. Di questa evoluzione sono seguite anche le ripercussioni e le "convulsioni" interne all'ordinamento repubblicano, dal federalismo fiscale ai tentativi di "spending review". Un aspetto davvero apprezzabile del volume, coerente peraltro con l'attenzione riservata alla disciplina della finanza pubblica, è la considerazione accurata, e finanche allarmata, per gli effetti della corruzione e dell'inadeguatezza del sistema partitico. Non è infrequente, anche in sede scientifica, che si vada alla ricerca di cause strutturali del disordine finanziario e dell'inefficienza amministrativa e si trascurino, quasi fossero grossolanità di cui non è elegante occuparsi o, peggio, un dato fisiologico a cui rassegnarsi, l'impatto dell'illegalità e della corruzione, nonché la vischiosità delle resistenze corporative e dei rapporti non sempre limpidi tra regolatore e interessi organizzati. Questo volume, senza rinunciare al rigore scientifico, offre agli studenti e agli studiosi una prospettiva in cui anche questi problemi occupano finalmente lo spazio che meritano.

(Filippo Pizzolato)