



INDICE

Editoriale
di Antonella Sciarrone Alibrandi 1

SAGGI

La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
di Sara Valaguzza 9

Mercati selvaggi e palingenesi "benecomuniste". Quale spazio per un liberalismo sociale?
di Ermanno Vitale 58

La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa nel sistema?
di Pierluigi De Biasi 69

La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione
di Beatrice Rabai 89

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1| 2016

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. Giofrè, A. Marra

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

COMMENTI

Il sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria a seguito dell'adozione della delibera n. 96/2015 dell'ART
di Luca Belviso 115

Il Ruolo dei Consumatori nello Spazio Regolatorio: Partecipazione, Informazione e Legittimazione Sociale
di Emanuela Michetti 135

Alla ricerca di un modello di regolazione per l'economia dei dati. Commento al Regolamento (UE) 2016/679
di Alessandro Spina 143

RECENSIONI

Gustavo Zagrebelsky, Liberi servi, Einaudi, Torino, 2015, pp. XI-292
di Simone Lucattini 153

DIBATTITI

Ottemperanza al giudicato di annullamento e regolazione retroattiva
di Francesco Sclafani, Francesco Caringella, Antonio Perrucci, Alfredo Marra 163



EDITORIALE

Editoriale

Dalla tutela informativa alla *product governance*: nuove strategie regolatorie dei rapporti tra clientela e intermediari finanziari

di Antonella Sciarrone Alibrandi

1. Le strategie di regolazione a tutela della clientela degli intermediari finanziari stanno vivendo a livello europeo, anche in ragione della recente crisi che ha scosso equilibri normativi assestati nel tempo, un'interessante fase di cambiamento e di introduzione di nuovi orientamenti.

In particolare, alcuni recenti regolamenti e direttive esprimono un mutato approccio del legislatore europeo, che, andando ben oltre il paradigma della mera trasparenza, è volto a stabilire una stretta interdipendenza tra normativa a tutela della clientela e sana e prudente gestione dell'attività con l'obiettivo di accrescere la consapevolezza diffusa in seno all'impresa dei rischi cui l'attività è esposta e la capacità di gestire e prevenire tali rischi, affinché i clienti continuino ad avere fiducia nell'attività bancaria, finanziaria e assicurativa percependola come idonea a soddisfare effettivamente i loro bisogni ed esigenze.

Mentre infatti, in una prima stagione, si era fiduciosi nella efficacia di regole volte a superare l'opacità derivante dalle asimmetrie sussistenti fra intermediari e clientela attraverso l'imposizione di dettagliati e minuziosi obblighi informativi, oggi – all'esito di una forte mancanza di fiducia negli intermediari, nonché di indagini condotte da studiosi di *behavioural economics* che hanno messo fortemente in discussione l'idea del cliente come soggetto razionale – si è assai più scettici sull'effettiva utilità, al fine del superamento delle asimmetrie, di una più intensa circolazione di informazioni. La preferenza va invece a regole di taglio diverso, volte a introdurre vincoli diretti ad assicurare una maggiore corrispondenza fra i prodotti offerti alla clientela e le reali esigenze di quest'ultima e, più in generale, un adeguato equilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti.

Non può certo dirsi che questo tipo di approccio rappresenti nel panorama europeo una totale novità. Sin dagli anni Novanta, infatti, accanto a discipline settoriali di trasparenza in senso stretto (come, ad esempio, quella sul credito al consumo) la prospettiva del riequilibrio è stata seguita sia pure nell'ambito di interventi non specificamente rivolti al settore bancario-finanziario ma di tratto generale (relativi cioè a tutti i rapporti contrattuali intercorrenti fra professionisti e consumatori).

Ci si riferisce, *in primis*, alle disposizioni sulle clausole vessatorie (oggi trasposte nel nostro ordinamento negli artt. 33-38 c. cons.), che si pongono l'obiettivo di intervenire sull'equilibrio contrattuale in favore del consumatore, sanzionando con la nullità le clausole che determinano a carico di quest'ultimo un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ivi

comprese quelle che, per mancanza di trasparenza, impediscono un sufficiente grado di consapevolezza del consumatore sull'effettiva portata delle condizioni negoziali. Di rilievo è stato poi anche un altro intervento normativo nel segno del riequilibrio, anch'esso di portata generale, ma con un forte impatto sulle relazioni fra intermediari finanziari e clienti: la disciplina delle pratiche commerciali scorrette (oggi trasposta nel nostro ordinamento negli artt. 18 ss. c. cons. e di recente estesa, per effetto delle modifiche all'art. 19, co. 1, c. cons., anche alle c.d. micro-imprese). Anche tale disciplina – volta a reprimere ogni pratica contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare il comportamento economico del soggetto cui si rivolge (ad es. inducendolo a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe concluso) – è infatti collocabile nel filone della strategia normativa di trasparenza in senso lato, in quanto retta sull'equazione tra scelta informata e scelta consapevole.

È interessante osservare, peraltro, che proprio le norme di tratto generale appena richiamate vengono sempre più di frequente applicate in giurisprudenza ai rapporti tra banche e clienti nella prospettiva del rafforzamento della tutela di questi ultimi. È questo un dato facilmente riscontrabile sia nell'ambito delle pronunzie della Corte di Giustizia (un numero sempre crescente delle quali riguardanti controversie contrattuali fra banche e clienti risolte alla luce di norme di equilibrio non settoriali), sia nell'ambito della giurisprudenza italiana (sempre più spesso incline a fare ricorso a clausole generali quali correttezza e buona fede, nonché a categorie di tratto ancora più ampio quali la causa concreta e la meritevolezza dell'interesse perseguito). Questa tendenza sembra potersi, peraltro, leggere come una conferma della crisi delle discipline settoriali di trasparenza in senso stretto (quali quelle dettate in materia di credito al consumo o di servizi di pagamento), che, dopo essere state introdotte anni addietro per colmare un vuoto normativo che rendeva il cliente troppo esposto alla posizione di forza contrattuale della banca, mostrano oggi i loro limiti con conseguente ritorno, nell'ambito di numerose vicende processuali, a soluzioni ricavate da regole di tratto generale.

2. Vi è poi un altro tratto della normativa di trasparenza, presente sin dalle sue origini, che ne costituisce una evidente ragione di crisi: la sua frammentazione in numerose serie disciplinari oggi coesistenti in Europa (fra loro abbastanza disomogenee per estensione ma anche per intensità di intervento regolamentare) e, per effetto della trasposizione, anche nel nostro ordinamento che pure è uno dei pochi ad essere dotato di alcune regole di trasparenza generale per i contratti bancari.

Da questa stratificazione di normative «trasversali», sono emersi nel tempo seri interrogativi sia sui precisi contorni delle varie fattispecie che ne costituiscono l'oggetto, sia, e ancor prima, sull'opportunità di fondo di una frammentazione talmente elevata da ridurre le norme di trasparenza generale ad una sorta di disciplina residuale. È bene peraltro precisare che il tema ha una rilevanza forte, nel senso che il riferimento all'una o all'altra disciplina di trasparenza non significa solo rendere applicabili le specifiche norme in esso contenute (ad es. in punto di forma e contenuto dei contratti, piuttosto che di *ius variandi* oppure di comunicazioni periodiche) ma porta con sé anche altre e importanti conseguenze. In primo luogo quella dell'attribuzione di competenze in ordine alla vigilanza sul rapporto intermediario/cliente ad una piuttosto che altra autorità di settore; e ancora la possibilità per il cliente di rivolgersi ad uno piuttosto che ad altro organismo di ADR (*alternative dispute resolution*) al fine

di risolvere in via stragiudiziale una controversia insorta con l'intermediario.

Sotto questo profilo, preferibile sembrerebbe, invece, un approccio regolatorio basato sul binomio disciplina generale/discipline speciali, nel senso di un affiancamento di alcune regole di trasparenza «speciali» – costruite in funzione della natura di particolari tipologie di attività e dei relativi contratti (finanziamenti, servizi di pagamento, servizi di investimento e altro) – a un plesso di regole di trasparenza davvero «generale»: nel senso cioè di regole applicabili a tutti contratti posti in essere dalle banche/altri intermediari nell'esercizio delle varie attività d'impresa, purché di natura finanziaria, a condizione che non ricadano sotto discipline dotate di maggior specificità. In questa prospettiva, peraltro, si riuscirebbe a dare maggior risalto anche al fatto che i contratti posti in essere dalle banche sono resi oggetto di una serie di regole trasversali che li riguardano non solo (e non tanto) nella dimensione della singola vicenda negoziale, quanto nel loro essere strumenti di svolgimento dell'attività di impresa nei confronti della clientela. E un tale approccio invita, tra l'altro, a superare quanto prima quella sorta di dissociazione a livello normativo ancora sussistente nel sistema fra il piano della disciplina dei contratti e quello dello svolgimento dell'attività.

3. Sempre con riguardo alla pluralità di normative di trasparenza esistenti, va peraltro segnalato come, a livello europeo, si stia vivendo una stagione per certi versi contraddittoria. Da un lato, si continua, infatti, ad assistere all'incessante produzione di testi normativi (direttive e regolamenti) volti a regolare, nella prospettiva della tutela del cliente, specifiche – e spesso parecchio circoscritte – aree del settore finanziario, come pure si è assistito all'edificarsi di una nuova architettura istituzionale fondata sulla presenza di tre ESAs (EBA, ESMA, EIOPA) in ossequio alla tradizionale tripartizione del settore finanziario nei comparti bancario, mobiliare e assicurativo. D'altro canto, però, sempre in Europa si è cominciato ad avvertire l'esigenza di un approccio più trasversale alla tutela del cliente che vada oltre la presenza di una pluralità di normative come pure di una pluralità di autorità.

Da quest'angolo visuale, due sono gli aspetti che si è presentano di particolare interesse: uno più strettamente connesso a scelte compiute a livello di produzione normativa primaria; l'altro riguardante invece il ruolo delle ESAs e la valorizzazione di un organismo di raccordo fra le medesime, denominato Joint Committee.

Sotto il primo profilo, il riferimento va al recente Regolamento europeo n. 1286/2014 concernente i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi pre-assemblati (*Packaged Retail and Insurance-based Investment Products – PRIIPs*), guardati per la prima volta in maniera trasversale – a prescindere cioè dalla specifica forma giuridica assunta (polizza assicurativa, deposito strutturato, derivato) – allo scopo di introdurre a livello dell'Unione norme uniformi in materia di trasparenza, per rafforzare la protezione della clientela *retail* innalzando la comparabilità di questi prodotti attraverso la redazione del *Key Investment Product* (KID). La *ratio* di tale assetto normativo è da rintracciare principalmente nella volontà di superare la disomogeneità oggi esistente tra le normative dei diversi Paesi dell'Unione europea e fornire alcune informazioni chiave di immediata comprensibilità per la clientela *retail*, necessarie per confrontare i prodotti, stimare il costo totale dell'investimento, nonché rendere chiaro il rapporto tra rischio e rendimento. Pur trattandosi, quindi, dell'introduzione di nuove regole di trasparenza in senso stretto (con correlati ulteriori obblighi informativi a carico degli intermediari), il Regolamento in discorso si segnala tuttavia per due non

marginali profili di novità: il tentativo di superamento della frammentazione disciplinare che più sopra si è individuata come un fattore di crisi del paradigma di trasparenza, nonché la proposta di utilizzo di un *kit* di informazioni sintetiche e facilmente comprensibili, in luogo della predisposizione di una documentazione eccessivamente dettagliata e minuziosa.

Per quanto concerne invece il ruolo delle ESAs, non si può tacere il sempre più intenso ruolo svolto dal Joint Committee (Comitato congiunto delle autorità europee di vigilanza) costituito da esponenti di EIOPA, EBA ed ESMA in materia di protezione del consumatore, proprio allo scopo di uniformare le differenti tutele offerte a tali soggetti nei tre settori (bancario, finanziario e assicurativo). Grazie al Joint Committee si sta realizzando un sempre maggiore coordinamento tra le autorità di vigilanza europee (EBA, ESMA ed EIOPA) e, in particolare, si sta consolidando un approccio trasversale (o “*cross-sectoral*”) certamente più adeguato a regolare l’attività dei conglomerati finanziari ed il sempre crescente numero di prodotti strutturati.

Fra i più importanti esiti dell’attività del Joint Committee si segnala l’adozione di una posizione comune, nel 2013, consistente in otto principi in materia di processi di controllo e *governance* dei prodotti (*Product Oversight Governance*: POG) realizzati e distribuiti dai soggetti compresi nella sfera di competenza di tali autorità, che attengono allo sviluppo di prodotti e servizi principalmente rivolti ai consumatori dei settori bancario, finanziario e assicurativo.

Le autorità europee hanno assunto questa posizione comune in vista dell’attività di consulenza e regolazione che ciascuna di esse è chiamata a svolgere, in conformità alle disposizioni che ne disciplinano la costituzione e il funzionamento, per l’attuazione di numerosi regolamenti e direttive nei rispettivi settori di competenza.

4. Merita ora soffermarsi in particolare sulla *product governance* perché, come si è accennato in esordio a queste riflessioni, essa un mutato approccio del legislatore europeo, divenuto maggiormente consapevole del fatto che condotte scorrette degli intermediari nei confronti dei propri clienti – come l’inserimento di clausole vessatorie o non trasparenti all’interno di contratti piuttosto che l’offerta di prodotti manifestamente inadeguati rispetto ai bisogni e alle aspettative dei clienti medesimi – non solo comportano un danno significativo per questi ultimi sul piano della diretta relazione con l’intermediario (*retail conduct failure*), ma possono anche minare la fiducia nel mercato, nonché mettere a repentaglio la stabilità e l’integrità del sistema finanziario (*market conduct failure*).

Di conseguenza, questioni relative al comportamento tenuto da intermediari finanziari verso i clienti hanno cominciato ad essere prese in considerazione dai *regulator* internazionali non solo nell’ottica della protezione della clientela, ma anche in una prospettiva prudenziale e in relazione alle finalità di vigilanza concretantisi nel perseguimento della fiducia verso il mercato, nella stabilità finanziaria e nell’integrità del sistema a livello sia nazionale che europeo.

Esattamente in questa linea si spiega il fatto che – accanto a un incessante processo di elaborazione di normative di tutela del cliente nel segno di una maggiore trasparenza e correttezza sostanziale (risultano ormai regolati, a livello europeo, praticamente tutti i settori dell’attività bancaria: dal credito ai consumatori ai mutui immobiliari, dai servizi di pagamento ai conti correnti; e ugualmente regolati sono il settore dei servizi di investimento e quello assicurativo) – si stia verificando una crescita di interesse anche per il processo di “produzione” e di “distribuzione” dei contratti bancari-finanziari-assicurativi allo scopo di pervenire ad una limitazione del c.d. *conduct risk*.

Più precisamente, si assiste ad un sempre più deciso superamento della tutela basata sull'informazione, in favore di una *Product Oversight and Governance* (POG) che mira ad assicurare l'adeguatezza del prodotto bancario-finanziario-assicurativo rispetto alle caratteristiche ed alle esigenze del cliente, richiedendo alle imprese di adottare, implementare e revisionare processi e procedure dirette ad assicurare che gli interessi, gli obiettivi e le caratteristiche dei destinatari dei prodotti siano sempre tenuti in considerazione evitando, altresì, potenziali pregiudizi nei loro confronti e riducendo, se non eliminando, i conflitti d'interesse.

La POG riguarda la fase dell'ideazione stessa del prodotto, intesa come sua creazione, sviluppo, combinazione o modifica significativa, e della sua distribuzione, a prescindere se fatta direttamente dal produttore o da soggetti di cui si avvale. Spetta al produttore monitorare che permangano le caratteristiche del prodotto e la sua capacità di soddisfare il target di clientela per il quale è stato ideato, scegliere il canale distributivo – interno o esterno al produttore – adeguato al target cui è il prodotto è destinato, assicurare che il canale scelto sia consapevole delle caratteristiche del prodotto e del target di riferimento e lo distribuisca effettivamente a quest'ultimo; mentre il distributore dovrà dimostrare di conoscere il prodotto e il mercato cui è destinato informando costantemente il produttore sia del permanere delle caratteristiche distintive del prodotto, sia di circostanze che dovessero precluderne la rispondenza a bisogni e interessi del target di riferimento.

Le previsioni sulla POG contenute nei diversi regolamenti e direttive in materia bancaria, finanziaria e assicurativa sono spesso molto simili anche se non perfettamente sovrapponibili tra loro. L'adozione di una posizione comune tra le autorità europee nell'elaborazione delle Linee Guida che ciascuna è chiamata a predisporre è, perciò, da valutare positivamente perché evita, o quantomeno attenua, possibili difformità che non siano giustificate dalle peculiarità del settore interessato.

Tale "armonizzazione" è auspicabile specie da parte delle banche che sono le principali candidate a rivestire il ruolo di produttore o distributore di prodotti che, essendo disciplinati da differenti testi normativi europei, sono destinatari di POG simili ma non identiche.

È noto che questo tipo di approccio è stato adottato innanzitutto con riguardo ai prodotti finanziari nell'ambito della nuova regolamentazione, costituita dalla direttiva 2014/65/UE (direttiva MiFID II) e dal Regolamento n. 600/2014 (regolamento MiFIR), ove sono state introdotte misure specifiche in materia di *product governance*, di conoscenze e competenze adeguate del personale, di divieto di politiche di remunerazione del personale volte ad incentivare la distribuzione di un particolare prodotto, etc.

La scelta dell'estensione dell'approccio di *product oversight and governance* anche all'ambito dei prodotti bancari classici, fra cui *in primis* i contratti di finanziamento, è stata compiuta di recente dall'EBA nelle *Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail banking products* del 15 luglio 2015 che entreranno in vigore a partire dal 3 gennaio 2017.

Le *Guidelines* EBA costituiscono parte integrante della disciplina generale sui requisiti organizzativi e sul sistema dei controlli interni delle imprese poiché incidono sui processi interni, sulle funzioni e sulle strategie finalizzate all'elaborazione dei prodotti, alla loro immissione sul mercato e alla loro revisione durante l'intero ciclo di vita, andando così ad integrare altri orientamenti EBA relativi alla *governance* e, in particolare, le *Guidelines on Internal Governance* del settembre 2011.

Si tratta di un rilevante cambiamento metodologico che potrebbe segnare in modo significativo il futuro della normativa di tutela del cliente, quantomeno di quello al dettaglio, e che sembra preferibile in termini di effettività alle più tradizionali modalità di tutela basate sia sul rispetto di norme di trasparenza, sia sul divieto di clausole vessatorie.

5. La scelta di fondo compiuta dall'EBA sotto il profilo soggettivo è quella di limitare l'ambito di riferimento delle *Guidelines* al solo cliente consumatore (definito, in linea con il quadro europeo, alla stregua di "*natural person, who is acting for purposes which are outside his trade, business or profession*") e di lasciar valutare alle Autorità nazionali competenti se estendere la medesima protezione a soggetti ulteriori, quali le microimprese e le piccole e medie imprese.

Le ragioni di tale impostazione risultano per certi versi comprensibili poiché le *Guidelines* si applicano ai produttori e ai distributori di prodotti offerti e venduti ai consumatori e specificano i dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti in relazione a:

– l'art. 74, par. 1, della direttiva 2013/36/UE (la "direttiva sui requisiti patrimoniali IV (CRD IV)"), l'articolo 10, paragrafo 4, della direttiva 2007/64/CE (la "direttiva sui servizi di pagamento (PSD)") e l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2009/110/CE (la "direttiva sulla moneta elettronica (EMD)") in combinato disposto con l'articolo 10, paragrafo 4, della direttiva PSD; e

– l'art. 7, par. 1, della direttiva 2014/17/UE (la "direttiva sui contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali, o direttiva sul credito ipotecario (MCD)"). direttiva, quest'ultima, che introduce l'idea che pure in relazione ad alcuni prodotti di credito sia richiesto all'intermediario non solo di informare esaurientemente il cliente ma anche di vagliare a monte la "compatibilità" dei prodotti offerti rispetto al profilo del medesimo.

Va segnalato, tuttavia, che la (eventuale) mancata scelta rimessa dall'EBA alle Autorità nazionali competenti di estendere l'ambito di applicazione soggettivo anche a soggetti diversi dai consumatori potrebbe essere un *vulnus* per il nuovo approccio.

In tale eventualità, verrebbe infatti a crearsi una differenza piuttosto significativa rispetto all'ambito di riferimento delle norme in tema di *product oversight and governance* della MIFID II che è costruito sulla distinta (e ben più ampia) nozione di cliente *retail* (posta alla base anche di una serie di altri set di regole volti ad innalzare il livello di protezione di tale come ad esempio la Comunicazione Consob del 22 dicembre 2014 in materia di distribuzione e collocamento di prodotti finanziari complessi presso la clientela al dettaglio, il cd. *retail*, in vigore dal 1° luglio 2015 e avente lo scopo di contenere i rischi connessi con l'offerta di prodotti complessi).

È piuttosto evidente che la probabilità di perpetuare, anche in questo nuovo scenario, una frammentazione eccessiva di tutele nei confronti della clientela – ad oggi diversificate non solo, come si è già detto, in funzione della tipologia di operazioni e della loro natura (bancaria, finanziaria, assicurativa; crediti ipotecari; credito al consumo; servizi di pagamento), ma anche delle caratteristiche soggettive del cliente (consumatore/non consumatore) – andrebbe a discapito della stessa efficacia della tutela.

Al di là delle appena svolte considerazioni sul profilo soggettivo dell'intervento e scendendo ora a descrivere un po' più in dettaglio le *Guidelines* dell'EBA in materia di strutturazione e distribuzione di prodotti bancari a clienti

consumatori, va evidenziato che le medesime delineano gli obblighi che dovranno essere rispettati dagli operatori in materia di strutturazione e distribuzione di prodotti bancari, con particolare riguardo a mutui ipotecari, prestiti personali, depositi e strumenti di pagamento. Le *Guidelines* in discorso vanno peraltro ad aggiungersi ad altre *Guidelines* di recente emanate dall'EBA e, in particolare, quelle ben note in materia di *Internal Governance* che già comprendono alcune previsioni relative al processo di approvazione di nuovi prodotti.

Le Linee Guida sono suddivise in due sezioni: la prima, ove sono dettate regole per i soggetti che strutturano prodotti bancari destinati a essere acquistati da clienti consumatori; la seconda, in cui l'EBA disciplina la condotta dei distributori di tali prodotti bancari. L'elemento comune è individuabile nella finalità delle due serie regole, ossia la tutela dei clienti, il cui interesse deve essere sempre analizzato e tutelato da parte degli strutturatori (*manufacturers*) e dei distributori (*distributors*).

La prima sezione delle Linee Guida, dedicata all'attività degli strutturatori di prodotti bancari destinati a essere acquistati da consumatori, sancisce innanzitutto l'obbligo di definire, implementare e revisionare un adeguato sistema di monitoraggio e gestione dei prodotti. In particolare, i soggetti che strutturano tali prodotti devono garantire che: (i) siano tenuti in debito conto gli interessi, gli obiettivi e le caratteristiche dei consumatori coinvolti; (ii) siano evitati eventi potenzialmente dannosi per i medesimi; nonché (iii) siano ridotte le situazioni di conflitto d'interessi.

Al fine di tutelare in modo efficace ed efficiente i consumatori, gli strutturatori di prodotti bancari sono tenuti altresì a identificare il proprio mercato rilevante di potenziali acquirenti (*relevant target market of a product*). Ciò si pone, infatti, alla base dell'obbligo di valutazione degli interessi, degli obiettivi e delle caratteristiche dei consumatori coinvolti, finalizzato a poter comprendere l'adeguatezza dei prodotti strutturati (con particolare riferimento al costo e al rischio di tali prodotti, nonché alle capacità finanziarie dei clienti). Fondamentale a tale riguardo è anche l'obbligo per gli strutturatori di testare i propri prodotti bancari, secondo diversi scenari potenziali.

La seconda sezione delle Linee Guida affronta l'attività dei distributori, fortemente legata – secondo l'EBA – a quella degli strutturatori. Come sancito per questi ultimi, anche i distributori devono dotarsi di specifici sistemi di monitoraggio e gestione dei prodotti bancari, distribuiti, debitamente integrati nei propri modelli di *governance*, di *risk management* e dei controlli interni. Analogamente, il distributore deve: (i) valutare gli interessi, gli obiettivi e le caratteristiche dei consumatori coinvolti; (ii) evitare eventi potenzialmente dannosi per medesimi; nonché (iii) ridurre le situazioni di conflitto d'interessi.

Dal punto di vista dei rapporti con i consumatori, i distributori saranno tenuti a garantire una piena informazione a favore di questi ultimi, riguardante le principali caratteristiche, la rischiosità e il costo totale dei prodotti. Essi potranno, peraltro, distribuire i prodotti bancari esclusivamente ai consumatori del mercato rilevante di potenziali acquirenti, così come individuato dallo strutturatore; in caso contrario, i distributori dovranno fornire un'adeguata giustificazione.

In sintesi, può quindi dirsi che le Linee Guida sono orientate a una sempre più approfondita valutazione della potenziale clientela (sia pure limitatamente ai soli consumatori), mediante l'attribuzione di significativi oneri in capo ai distributori e agli strutturatori di prodotti bancari. Questi ultimi, segnatamente,

sono destinatari, da un punto di vista interno, di requisiti di *governance* e di valutazione del proprio mercato di riferimento e, da un punto di vista esterno, di obblighi di monitoraggio e vigilanza dell'operato dei distributori selezionati.

6. All'esito della panoramica sin qui tracciata e volendo tirare le fila del discorso, emerge che – soprattutto nel settore della prestazione dei servizi di investimento e nel settore assicurativo ma, più di recente, anche in relazione alle operazioni bancarie classiche – si sta progressivamente verificando uno spostamento d'attenzione del legislatore dal terreno dei doveri informativi a quello di altri tipi di obblighi imposti all'intermediario, fra cui l'obbligo di assistenza del cliente e l'obbligo di offrire prodotti adeguati al profilo di quest'ultimo. Solo l'assistenza consente, infatti, di superare il *gap* tra informazione e comprensione, inevitabilmente indotto dalla complessità dei prodotti finanziari in senso lato. E in questa prospettiva sono da leggersi le norme, presenti in ciascun comparto pur se con differente ampiezza e intensità, che introducono la necessità di una valutazione di adeguatezza del prodotto offerto rispetto al profilo del cliente destinatario dell'offerta.

È del resto da tempo presente, sia pure solo a livello dottrinale (tra gli altri, in questi termini, v., di recente, NIGRO, *Crisi finanziaria, banche, derivati*, in *Dir. della banca e dei merc. fin.*, 2009, I, 18 e, più in generale, MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 646), il suggerimento di un'altra modalità di tutela del cliente, differente dalla semplice trasparenza e certamente più forte di quest'ultima. Ci si riferisce alla tesi per la quale occorrerebbe una tutela preventiva forte, che si avvalga di misure di tipizzazione e classificazione dei prodotti e degli strumenti finanziari ovvero di selezione dei prodotti e degli strumenti che possano essere oggetto di rapporti con i clienti/investitori. Forse, attraverso la strategia di *Product Oversight and Governance* si è imboccata questa direzione.

La regolazione strategica dell’Autorità Nazionale Anticorruzione¹

di Sara Valaguzza

ABSTRACT

In the global World, the law has changed. The entangled relation among global policy, legal instruments and economy has favored the spread of a new language, characterized as atypical, flexible and fragmented. The political and democratic legitimacy has left the floor to (procedural and substantial) legitimacy coming from international rules, principles and values. The described phenomenon also affects the public contracts’ regulation. This kind of regulation highly differs from the economic one, as it doesn’t aim to protect the freedom of enterprises but it creates the market itself, introducing the obligation for public administration not to negotiate out of a certain competitive procedure. In the Italian public contracts’ sector, the “Autorità Nazionale Anticorruzione” regulates the market through hard and soft regulation methods, increasingly evaluating the latter. Indeed, in the filed at stake, the use of soft regulation has numerous advantages, because it can coexist with the administrative discretionary power and with the spontaneous adjustments of behaviors referred to as “nudging” (thus overtaking the criticisms made by the supporters of coercive paternalism). The essay examines this dynamic, outlining the importance of strategic regulation in the global framework, and suggests to consider with attention the premises, the ratios, the technics and the consequences of soft regulation as a method of governance, whose potential has not been completely understood yet, at least in the national sphere.

SOMMARIO: 1. Nel diritto globale le premesse della regolazione strategica e delle funzioni svolte dall’Autorità Nazionale Anticorruzione. – 2. La Convenzione di Merida come fonte di legittimazione dei poteri di ANAC e le torsioni del principio di legalità come effetto dei principi guida del diritto globale. – 3. La regolazione di spettanza di ANAC: il mercato dei contratti pubblici come oggetto della regolazione e la marginalizzazione della finalità procompetitiva. – 3.1. L’esigenza di *soft regulation* in luce nella conflittualità del settore. – 4. La finalità della regolazione di spettanza di ANAC e le sue caratteristiche peculiari. – 4.1. Regolazione anticorruzione e *nudging*. – 5. Le tecniche regolatorie di ANAC. – 5.1. Gli strumenti della regolazione di ANAC. – 6. Conclusioni.

1. Nel diritto globale le premesse della regolazione strategica e delle funzioni svolte dall’Autorità Nazionale Anticorruzione

Osservare, con gli occhi dello studioso del diritto amministrativo, il ruolo che l’Autorità Nazionale Anticorruzione oggi riveste ed interrogarsi sui caratteri del potere regolatorio che esercita, richiede, a meno di voler isolare il proprio

¹ Ringrazio gli anonimi referees per i loro commenti.

contribuito dal contesto circostante, una riflessione più generale sul rapporto tra il diritto e le sue fonti, oltre che sul significato attuale della regolazione e delle diverse forme in cui essa si articola.

La presenza di autorità o di agenzie dotate di compiti che la dottrina ha definito di regolazione indipendente² è oramai un'esperienza comune nel mondo globale, nel quale organismi non inseriti direttamente (perché non elettivi) nel circuito democratico, attraggono a sé funzioni disciplinatrici di importanti ambiti dell'economia, acquisendo – via via e per diverse ragioni – un ruolo strategico. La vicenda, oltre a comportare una progressiva dequotazione della legittimazione politico-democratica, in favore di una economico-tecnocratica³, muta, evidentemente, il modo di essere del diritto e arricchisce le sue fonti di produzione⁴.

Gli studi sulla *governance*, da un lato, e sul diritto globale, dall'altro, portano l'attenzione sulle implicazioni discendenti dal diffondersi di necessità sempre più urgenti da affrontare⁵ e connesse allo «sconfinamento» del diritto oltre i confini nazionali⁶. Ne derivano principalmente: il superamento di una delle grandi dicotomie della tradizione giuridica europea, ossia quella che divideva,

2 Cfr., anche in senso generale, L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Relazione svolta al convegno *Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati* – Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013, in <http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/gli-scritti-di-luisa-torchia/>.

3 Secondo l'efficace espressione di N. IRTI, *Fenomenologia del diritto debole*, in *Nuove Frontiere del diritto: dialoghi su giustizia e verità*, a cura di P. BARCELLONA, Dedalo, Bari, 2001, p. 37, «l'economia di mercato amministra il consenso economico» come «la democrazia amministra il consenso politico». Secondo lo stesso Autore (N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 13 ss.) sarebbe in atto un processo di neutralizzazione, inteso come «protezione di ambiti neutrali» dall'azione dello Stato, individuati per limitare l'azione della sfera politica e legislativa: l'Autore ricorda che C. SCHMITT osservò già nel 1929 che i processi di neutralizzazione si spostano «dal teleologico al metafisico, da qui al morale-umanitario e infine all'economico» (nel suo *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni* (1929), trad. it. in ID., *Le categorie del politico*, a cura di G. MIGLIO-P. SCHIERA, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 169).

Sul tema, infine, più in generale, si v. N. IRTI, *Del salire in politica: il problema tecnocrazia*, Aragno, Torino, 2014.

4 Il dibattito, come è noto, vede la dottrina separarsi tra chi, primo fra tutti Sabino Cassese, ricerca una fonte di legittimazione per i nuovi poteri (organizzazioni internazionali, corti dei diritti, agenzie specializzate dell'Onu, Ong, ecc.) in schemi di ragionamento difficilmente riconducibili ai canoni tradizionali e basati sulla forza del diritto globale (Cassese da ultimo ragiona, per esempio, di *global policy* in S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Il Mulino, Bologna, 2013) e chi, al contrario (si veda, tra tutti, un articolato ed interessante saggio di B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015), tenta di contrastare quello che viene definito come l'iperconstituzionalismo (europeo) dei diritti (citando, tra gli altri ed in chiave fortemente critica, i lavori di Dogliani, Ferrajoli, Zagrebelsky e Rodotà), riaffermando la centralità politica del concetto di sovranità. Al tema è dedicata la parte generale del numero 6/2015 della Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario, cui si rinvia per gli interessanti contributi ivi concentrati in commento al citato lavoro di Cassese in tema di *global policy*.

5 La dottrina introduce il concetto di «diritto delle necessità», significando che occorre intervenire per garantire tempestivamente l'effettività del godimento dei diritti dei cittadini, delle libertà economiche e così via; cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 78 ss.; anche J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014.

6 M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., che parla di «crisi della cultura dei confini», p. 17 ss.; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012. Interessante pure lo sguardo di A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, II ed., 1998, spec. p. 97 ss. Per quanto concerne lo sconfinamento del diritto, con particolare riferimento alle tematiche commerciali e all'odierna *lex mercatoria*, si veda F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

in maniera precisa, diritto pubblico e diritto privato⁷, ora entrambi frammisti in un circuito di interscambio di funzioni e principi trasversali, nel perseguimento degli interessi generali⁸; la perdita del «mito» della legalità formale⁹, con la conquista di nuove forme di legittimazione basate sul procedimento seguito, anziché sulle norme attributive dei poteri¹⁰; la crisi delle codificazioni generali spesso incapaci di rispondere in maniera convincente alle esigenze impreve-

7 N. BOBBIO, *Stato, governo e società*, Einaudi, Torino, 1995, p. 3 ss.; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., p. 28 ss.

8 «L'interesse pubblico da tempo non è più singolare, ma plurale»: A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2016*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 139.

9 Interessanti riflessioni a riguardo, anche con riferimento al ruolo del giurista, sono contenute nella relazione di Grossi, dal titolo *Il diritto tra norma e applicazione*, ora in P. GROSSI, *Società, diritto, stato*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 235 ss. Si v. anche la raccolta di scritti di S. FOIS, *La crisi della legalità*, Giuffrè, Milano, 2010. Fa riferimento alla crisi della legislazione e dell'amministrazione, nel contesto attuale, anche il Presidente del Consiglio di Stato nella relazione tenuta in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 (si v. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2016*, cit., p. 139 ss.).

10 Il saldarsi del legame tra economia, società e regolazione va di pari passo con la diffusione, per esempio, di strumenti regolatori tesi a verificare gli impatti di nuove norme sui mercati e sul vivere civile. Anticipando quanto verrà esaminato nel prosieguo, con specifico riguardo alle Autorità indipendenti, si è affermato che la legittimazione delle Autorità «non discende dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale» (S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 42), che «nel procedimento si contiene (...) la democraticità complessiva o l'insieme democratico dell'amministrazione» (G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 465 ss.) e che mediante «garanzie procedurali rinforzate» si verrebbe a «colmare il deficit di legalità sostanziale» (M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, cit., p. 19).

Tali argomentazioni si ritrovano anche nella giurisprudenza. Partendo dalle sentenze della Corte Costituzionale che hanno escluso l'illegittimità costituzionale, da un lato, di discipline basate su «un modulo procedimentale con il quale venga a realizzarsi la collaborazione di una pluralità di organi al fine di escludere eventuali arbitri dell'amministrazione» (sentenze n. 157/1996, n. 507/1988, n. 67/1973) e, dall'altro, per la presenza di strumenti capaci di delimitare «in modo congruo la discrezionalità della pubblica amministrazione» (sentt. n. 215/1998 e 180/1996), il Consiglio di Stato ha potuto indagare il rispetto del principio di legalità sostanziale. Così, per esempio, si è ritenuto che la sottoposizione dell'attività normativa dell'ISVAP a una analisi relativa all'impatto della regolazione e a procedure di consultazione aperte e trasparenti, ha «conseguenze rilevanti non solo sulla ponderazione dei diversi interessi in gioco, ma anche sul versante del controllo sulla correttezza dell'esercizio del relativo potere di regolazione dei medesimi». Ciò, ad avviso dei giudici, costituisce «non soltanto uno dei primi casi di adozione dei più avanzati strumenti di qualità normativa (...), ma altresì una ulteriore garanzia di osservanza del principio di legalità sostanziale, nel senso, precisato anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che la indeterminatezza del parametro legislativo può essere compensata da garanzie di ordine procedurale» (in questi termini, Cons. St., parere, Sez. consultiva per gli atti normativi, Adunanza 14 febbraio 2005, n. 11603). In particolare, il Consiglio di Stato ha riconosciuto esplicitamente una legittimazione dal basso delle Autorità indipendenti: così, in Cons. St., 2 marzo 2010, n. 1215 si è affermato che «in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e la neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale; tuttavia ciò impone di considerare che l'obbligo di motivazione deve essere adempiuto con riferimento ed aderenza specifica alla natura degli atti di competenza dell'AEEG che sono pur sempre atti di regolazione». Ancora più significativamente, in Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, si afferma che «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 Cost., è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative». Per uno sguardo critico, si v. almeno G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, spec. p. 82 ss.

dibili dell'economia e della società; la scarsa efficienza dei modelli basati sull'imposizione autoritaria e sulla connessa coercibilità del diritto¹¹; l'affermarsi del primato dell'economia sulla politica¹²; la diffusione di analisi preliminari di impatto della regolazione e di metodologie di *better regulation*, in rielaborazione dei canoni della americana *cost benefit analysis*¹³.

Lo sgretolarsi di una costruzione giuridica, come è naturale, giunge al suo compimento quando un'altra è matura per sostituirla. Ora, nel caso dei rapporti tra poteri pubblici e mercato, l'indissolubilità del legame (interattivo) tra economia, imprese, società, strategia globale e regolazione si è imposta, modificando i tradizionali metodi di produzione del diritto e il «timbro» dell'azione amministrativa (pervasa dalla consensualità) ed ha condotto, tra l'altro, all'impiego di strumenti di partecipazione degli *stakeholders* al processo regolatorio e all'adozione di regole flessibili, soggette alla costante verifica della loro efficienza (in un processo di continuo e dinamico divenire dei contenuti della regolazione).

Una delle tecniche che tale nuova concezione regolatoria utilizza, per essere coerente con la dimensione globale con cui spesso si confronta, è quella della ricerca e diffusione dei principi generali, attraverso i quali si favorisce una convergenza non traumatica tra diversi ordinamenti giuridici. Osservando la dimensione internazionale, ci si imbatte, in effetti, nell'egemonia di macrovalori e principi guida, diretti a proteggere il mercato mondiale dagli effetti potenzialmente drammatici derivanti da crisi locali, capaci di ripercuotersi oltre i confini dei singoli Stati.

La menzionata globalità delle problematiche che interessano la società (e delle loro eventuali conseguenze negative) è alla base anche degli interventi, sia europei sia internazionali, che hanno dettato i principi generali della lotta alla corruzione¹⁴. Poiché, dunque, anche la regolazione anticorruzione, che

11 Diffusamente a riguardo R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, London-New Haven, 2008; cfr. anche C.R. SUNSTEIN, *Simpler. The future of Government*, Simon & Schuster, New York, 2013; Sunstein, in un suo interessante saggio, critica anche le applicazioni troppo estensive del principio di precauzione, inteso come eccessiva normativizzazione delle attività umane, ritenendo che esso finisca per favorire una normativa eccessivamente invasiva ed incoerente, C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond The Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

12 M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., afferma che «insieme con la misura territoriale, viene meno anche la densità politica», p. 21; S. SASSEN, *The State and Globalization: Denationalized Participation*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 1141 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002; Id., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000; per un esame critico, interessante anche perché concentrato sulla regolazione, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, Intervento al convegno *Sistema dei controlli e diritto dell'impresa. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi* – Roma, 22 marzo 2011 – Università di Roma Tre – Facoltà di Giurisprudenza, disponibile in <http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/gli-scritti-di-luisa-torchia/>; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008; G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Il Mulino, Bologna, 2009; M. D'ALBERTI- A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2007; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005.

13 Ha di recente ripercorso i diversi significati del metodo statunitense della *cost benefit analysis*, soffermandosi sul dibattito dottrinale e sugli sviluppi giurisprudenziali in argomento, in maniera che ci è apparsa particolarmente interessante e completa, E. PARISI, *The legal transplant of cost-benefit analysis in the European Union*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 475 ss.

14 Per una visione comparata del fenomeno della corruzione negli appalti pubblici cfr. S. WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting Corruption in Public Procurement. A Comparative Analysis of Dis-*

sta alla base dei poteri attribuiti dalla normativa vigente all'Autorità Nazionale Anticorruzione, si colloca all'interno del contesto delle nuove metodologie di cui si è dinanzi accennato, dobbiamo analizzare più a fondo, come si è anticipato in esordio, in che termini si articolino sia il pluralismo delle fonti di produzione del diritto sia la presenza di organismi dotati di funzioni pubbliche, ma non appartenenti al circuito democratico parlamentare, per verificarne poi gli impatti sull'oggetto principale della nostra indagine.

Anzitutto, sarebbe fuorviante associare oggi al termine «diritto» il medesimo significato che ad esso si attribuiva solo qualche decennio orsono. Del resto, il diritto è un'esperienza che Paolo Grossi ha definito «carnale»¹⁵, per alludere alla circostanza per cui esso è reso un fatto attraverso le vicissitudini quotidiane degli uomini e della società. Prendere atto di un cambiamento, nella concezione del diritto, è segno di realismo e di vitalità dell'ordinamento, e rappresenta, al contempo, una antitesi alla soggezione autoritaria alla legge (immobile) del Sovrano. Nelle dinamiche globali, inoltre, perde peso la legislazione degli Stati nazionali¹⁶ e ci si avventura, sorprendentemente, in una realtà che è più simile al particolarismo giuridico piuttosto che all'universalismo, in quanto, a discapito della dimensione allargata di rilevanza del diritto globale, assumono valore fonti legate al caso concreto, come la giurisprudenza delle Corti internazionali¹⁷ o atti contenenti esemplificazioni riferite a situazioni specifiche.

Data appunto la sua carnalità, il diritto, ai giorni nostri, è difficilmente circoscrivibile al contenuto concreto di ciò che risulti dalle sue fonti¹⁸ tradizionali di

qualification or Debarment Measures, Hart, Oxford-Portland, 2012. Nel volume appena citato si ritrovano esposte le principali tesi e metodologie di azione nei confronti della lotta alla corruzione, oltre ad una analisi sul rapporto tra *public procurement regulation* e *policy against corruption*, nella quale si evidenzia in particolare come, nel modello europeo e in quello americano, vi sia un approccio regolatorio differente, a seconda del bilanciamento che si predilige tra diritti delle imprese e soglie di prevenzione dalla corruzione.

15 P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

16 La società globale, infatti, «non conosce quei modi di produzione del diritto che sono caratteristici degli Stati nazionali, come le leggi votate dai parlamenti (o dai governi su delega dei parlamenti); può tuttavia, conoscere quelle fonti di produzione del diritto che fondano la propria legittimità altrove che non nelle procedure democratiche e che possono prescindere dall'esistenza di una società organizzata a Stato» così F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., 201.

17 Sul ruolo della giurisprudenza come fonte del «diritto vivente» cfr. P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, cit.; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 259 ss.; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Una evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007 (specialmente sui problemi posti dal mondo globale cfr. p. 47 ss.), nella lezione magistrale del giurista si ripercorre il ruolo della giurisprudenza anche con riferimento alle tesi elaborate dalla dottrina tedesca, partendo dal concetto di «consuetudine giudiziaria», per riferire dell'influenza «di fatto» degli orientamenti giurisprudenziali e approdare all'idea che ricomprende la giurisprudenza tra le fonti del diritto; AA.VV., *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, A. MARIANI MARINI-D. CERRI (a cura di), Plus, Pisa, 2007; AA.VV., *Diritto giurisprudenziale*, M. BESSONE (a cura di), Giappichelli, Torino, 1996 e ivi specialmente G. ALPA, *La creatività all'opera. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, p. 105 ss.; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

18 In quanto il problema del diritto è pur sempre quello di risalire alla sua fonte: «per dire cosa sia il diritto si ricorre ad una metafora, quella della "fonte". Le fonti del diritto sono tutti quei documenti o quei comportamenti accreditati dalla capacità – inesauribile, ed è questo quello che vuole significare la metafora – di produrre regole che possano essere fatte valere, direttamente o indirettamente, davanti ad un giudice. Sicché, individuate le "fonti", il giurista ha risolto il problema di che cosa sia il diritto e può iniziare il suo lavoro» (R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 1).

produzione¹⁹. È «diritto», a noi pare, in quanto costituisce regola del vivere civile, non solo ciò che promana dalle fonti di produzione legislativa indicate in Costituzione, ma anche quello che sgorga da fonti atipiche, con formanti eterogenei e con valore non necessariamente vincolante, ma pure meramente suggestivo, comprendendo per esempio gli orientamenti giurisprudenziali e documenti di sintesi ed indirizzo prodotti da organismi privati. Non rileva più tanto, allora, il tema della «validità» delle norme, quanto piuttosto quello della loro «effettività»²⁰.

Uno dei risultati più interessanti del depotenziamento del potere politico nazionale, in favore della dominanza del «cinetico dinamismo»²¹ proprio del diritto globale, è che le fonti di produzione si spostano da quelle tipizzate a quelle atipiche²². Il che crea, anche all'interno degli ordinamenti statuali, un fenomeno positivo di flessibilità e di adattamento spontaneo alle esigenze del vivere civile, ma diminuisce inevitabilmente la certezza del diritto e la sua conoscibilità²³, ove non si adottino gli accorgimenti necessari (per esempio, dando pub-

19 Cfr. anche M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 91 ss.

20 Sul rapporto tra validità ed effettività, colto però con riferimento prevalente al provvedimento amministrativo, cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Edizioni ETS, Pisa, 2013.

Sul profilo dell'effettività – nell'era del diritto globale – del diritto nazionale, di cui «la sovranità era il perno», v. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 147 ss.

21 L'espressione è di M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, cit., p. 16 e *passim*.

22 Con l'espressione fonti atipiche si intendono quelle norme che non sono frutto del procedimento nomogenetico previsto dalla legge. Riprendendo la nozione di Pizzorusso si dovrebbe dire che la distinzione fra fonti legali e fonti *extra ordinem* «si fonda sulla circostanza che una fonte sia prevista da norme strumentali proprie dell'ordinamento giuridico di cui trattasi, ovvero operi in esso in violazione delle sue fonti legali, ma in modo comunque efficace. Naturalmente, che un determinato atto o fatto operi come una fonte *extra ordinem*, oppure debba essere considerato come un fatto illecito, dipende da valutazioni che possono essere compiute soltanto a posteriori e che costituiscono compito dello storico più che del giurista (per quanto non è escluso che anche dal punto di vista strettamente giuridico vicende di questo genere diano talora luogo a problemi pratici tutt'altro che privi di importanza)», A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008 (pubblicato anche in www.associazionedeicostituzionalisti.it). Lo studioso precisa, in altro contributo, che dalle fonti *extra ordinem* «derivano norme che non sono in alcun modo sanzionate dall'ordinamento giuridico – ed anzi talvolta sono persino sconfessate da esso – ma che vengono cionondimeno applicate proprio per l'influenza persuasiva derivante dalla loro passata applicazione o da altri fattori analoghi (si pensi alla consuetudine *extra ordinem*, alle convenzioni, etc.)», A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Zanichelli, Bologna, II ed., 2011, p. 143 s. L'argomento è dibattuto in dottrina anche in scritti dedicati ad interrogarsi sulla natura giuridica degli atti delle autorità indipendenti, cfr., *ex multis*, anche in senso riassuntivo e senza alcuna pretesa di esaustività, N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; F. ONNIS CUGIA, *Il potere di incisione ab extra delle autorità di vigilanza del mercato sulle condizioni contrattuali alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in www.giustiziacivile.com; G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 26 ss.; F. FRANCIOSI, *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Atti del Convegno di Siena, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 46-47; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 80 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

23 Come si ricorda in dottrina, riflettendo sul *vulnus* arrecato alla certezza del diritto dalla poca prevedibilità dei processi di produzione giuridica. Ove i processi «nomogenetici» siano tipici, il rischio della «incertezza» del diritto si riduce, cfr., *ex multis*, A. RUGGERI, *La certezza del*

blicità e trasparenza ad orientamenti interpretativi delle autorità di regolazione o preoccupandosi di consolidare determinate prassi, considerate legittime, in appositi *vademecum* operativi o in contratti tipo, e così via).

Anticipando per un momento quanto si esporrà più dettagliatamente nel prosieguo, accade in maniera piuttosto lampante nell'ambito della regolazione anticorruzione, che all'autorità e alla tipicità della fonte e del formante subentri l'autorevolezza del «regolatore».

Possiamo, dunque, confermare l'opinione degli studiosi della teoria generale secondo i quali l'esperienza giuridica è «normativa»²⁴, purché si precisi che in essa rientrano anche fonti atipiche, che sfuggono alla regolazione tradizionale, propria di ciascuno ordinamento, eppure guidano (in altri termini «normano») le condotte dei consociati.

È un dato di fatto che la connotazione statale del diritto e delle sue fonti di produzione abbia ceduto il passo al nuovo linguaggio giuridico delle autorità di regolazione (non più fatto solo di comandi e sanzioni). Linguaggio che si qualifica come *atipico*, *flessibile* e *adespota*. Esaminando l'attività delle autorità di regolazione, l'autorità statale e le sue articolazioni territoriali non solo perdono il primato dell'essere unici, o comunque prevalenti, produttori di diritto, ma divengono talvolta anche soggetti passivi della regolazione sia internazionale (come conseguenza dell'esistenza di livelli superiori di «*governance*») sia nazionale. Della regolazione in materia di anticorruzione, ad esempio, i destinatari sono (non solo gli operatori economici, ma anche e) soprattutto le amministrazioni pubbliche, le cui condotte vengono scrutinate, guidate ed eventualmente contestate dall'autorità indipendente preposta alla vigilanza, controllo e regolazione del mercato dei contratti pubblici.

Si diceva che il linguaggio del diritto è divenuto atipico, flessibile e adespota. «Atipico» perché non è riconducibile a determinate fonti, precise e univoche. «Flessibile» perché è propenso ad un moto continuo di cambiamenti, sottoposto al meccanismo delle prove ed errori, e non è ascrivibile a fonti codificate. E, infine, «adespota» perché non è riconducibile ad un centro decisionale e politico unitario, presentandosi, invece, come frammentato ed eterogeneo. Si errerebbe, tuttavia, a reputare del tutto assente il potere politico²⁵. Nel diritto globale, è il livello politico (democratico) nazionale a perdere di rilevanza, mentre, di converso, acquisisce autorevolezza la dimensione extra statale, pur in assenza di meccanismi di legittimazione democratica diretta²⁶. Nel suo

diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze giuridiche di giustizia costituzionale, in AA.VV., *Le fonti del diritto oggi, Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso, Pisa, 3-4 marzo 2005*, Plus, Pisa, 2006, p. 129 s.

²⁴ In questi termini si è espresso N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 3 ss.

²⁵ Sebbene si sia notato che «all'indirizzo politico tende a sostituirsi, espandendosi, l'autodeterminazione privata», (così A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2016*, cit., p. 140. Per quanto concerne i riflessi della regolazione delle Autorità indipendenti sull'autonomia privata, si v. L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 7 ss.

²⁶ Quindi, il punto debole di questo moderno modello di regolazione strategica derivante dal diritto globale non è propriamente l'assenza di legittimazione – che si rinviene infatti nella *expertise* tecnica, negli atti frutto delle cooperazione internazionale, o nelle leggi nazionali – ma è l'infrangersi del nesso con la democrazia rappresentativa. Tema su cui di recente si è soffermato Travi, indicando come «tragedia» della democrazia il punto di rottura tra quest'ultima e i criteri dell'efficienza, nella sua relazione introduttiva al convegno del San Martino, dedicato a *Efficienza e legittimazione delle Istituzioni Pubbliche*, Milano, 28-29 aprile 2016.

Si è quindi affermato che «gli ideali di democrazia, per quanto fortemente sentiti, debbono arrendersi di fronte alla realistica considerazione che le regole di democrazia affermatesi entro

incedere, uno dei compiti della politica internazionale è allora quello di individuare un punto di equilibrio che consenta di preservare sia la sovranità degli Stati sia la discrezionalità dei titolari del potere amministrativo. Le tecniche di cui il diritto si avvale, per fare ciò, mutano. Non a caso, come si accennava, il diritto globale non è affatto il diritto delle regole minute e delle prescrizioni puntuali, ma quello dei principi generali, delle procedure e degli obiettivi strategici²⁷.

Macro-valori, finalità strategiche e progresso interessano inevitabilmente questa allargata costruzione giuridica. Di conseguenza, anche la regolazione, ove sia influenzata o provenga da atti frutto della cooperazione internazionale o, più in generale, di *global policy* (come peraltro accade nel campo specifico di nostro esame, cioè la lotta alla corruzione) muta i suoi riferimenti: i contenuti regolatori, dovendosi prestare ad un continuo assestamento ai principi e alle finalità individuate nel diritto globale (tra cui, per esempio, lo sviluppo sostenibile), assumono i caratteri della regolazione flessibile, tendendo a sperimentare buone prassi, volte a rispondere celermente alle esigenze contingenti, e si prestano ad essere modificati attraverso percorsi che testino l'efficienza delle soluzioni proposte rispetto agli obiettivi considerati (come accade, per esempio, nel caso degli orientamenti o delle linee guida di ANAC). Inoltre, sempre per effetto della citata nuova concezione del diritto, ed in coerenza con i canoni della regolazione strategica (alla ricerca di una legittimazione che non sia quella elettiva-democratica), si riconosce, come si anticipava, un ruolo partecipativo agli *stakeholders* all'interno del procedimento regolatorio, sia nella selezione degli interessi generali che meritano un intervento *lato sensu* normativo, sia nella scelta delle regole da introdurre, in modo che la sintonia della cooperazione tra pubblico e privato possa attenuare l'istintivo rigetto verso una *governance* esercitata con il *deficit* democratico di cui si è riferito. Vedremo che la ricerca della interazione tra sfera pubblica e privata e il coinvolgimento preventivo con gli operatori del settore sono molto curati dall'Autorità nazionale anticorruzione, che ricorre di frequente, anche laddove sia facoltativo, alla consultazione con gli attori del mercato dei contratti pubblici, nell'ottica di attuare quell'analisi preliminare e successiva dell'impatto della regolazione che permette a quest'ultima di essere realmente contestualizzata e, per conseguenza, efficiente²⁸.

gli Stati nazionali non sono riproponibili entro la società globale. Ad una società incapace di esprimere una rappresentanza democratica, qual è la società globale, incapace di legittimarsi sulla base del consenso politico, altro non resta se non confidare nel libero gioco delle forze del mercato, e legittimarsi sulla base del solo consenso economico», così F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 200-201.

27 È il diritto della regolazione strategica; sul concetto di regolazione strategica sia consentito rinviare alle riflessioni già svolte in: S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An Example of Strategic Regulation*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, spec. p. 29 ss.

28 Ciò anche in virtù di una diversa concezione della vigilanza, come sottolineano, con riferimento proprio all'Autorità Nazionale Anticorruzione, R. CANTONE-C. BOVA, *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 166 s. La vigilanza, nel mercato dei contratti pubblici, infatti, non può essere intesa come un mero controllo, ma si sostanzierebbe, a detta degli Autori, in una vera e propria forma di amministrazione attiva: per essere efficiente, in relazione all'interesse pubblico da perseguire, i poteri di vigilanza devono necessariamente avere contenuti variabili e, sempre in tale ottica di efficienza, considerando l'impatto delle disfunzioni nel settore oggetto di regolazione, il potere di vigilanza può comprendere anche l'esercizio di poteri penetranti sulle amministrazioni.

2. La Convenzione di Merida come fonte di legittimazione dei poteri di ANAC e le torsioni del principio di legalità come effetto dei principi guida del diritto globale

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata a Merida dall'Assemblea Generale dell'Onu il 31 ottobre 2003, con risoluzione n. 58/4 del 2003 (nota con il nome di Convenzione di Merida) e ratificata in Italia con la legge 116 del 15 agosto 2009, dettaglia, nel suo lungo preambolo, le esigenze sottese alla necessità di un intervento massivo, in ogni realtà locale, volto a contrastare i fenomeni connessi alla corruzione. Bisogna, dunque, tenere conto che le tematiche inerenti a ciò che genericamente indichiamo con il termine «anticorruzione» vengono affrontate da atti internazionali, elaborati nel contesto globale, oltre che in quello nazionale. Il menzionato dato di fatto è rilevante per intendere correttamente l'*animus*, i criteri interpretativi e le modalità di azione della regolazione, attualmente svolta da ANAC, nella sua qualità di organismo nazionale che (subentrando alla Commissione Indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, c.d. CIVIT) è responsabile di attuare gli impegni assunti dall'Italia con la sottoscrizione della Convenzione in questione, oltre ad essere l'Autorità di regolazione del mercato dei contratti pubblici (assumendo contestualmente anche le funzioni che furono dell'Autorità di Vigilanza dei Contratti pubblici).

Ebbene, gli Stati firmatari hanno proceduto nella convinzione che «la corruzione non sia più una questione locale ma un fenomeno transnazionale che colpisce tutte le società e tutte le economie» il che rende la cooperazione internazionale essenziale affinché vi sia «un approccio globale e multidisciplinare ... per prevenire e combattere efficacemente la corruzione»²⁹. Nel preambolo è enunciato un elenco di principi generali, che indicano una determinata strategia di reazione alla corruzione, invocando il rispetto di valori etici, la giustizia, lo sviluppo sostenibile, lo Stato di diritto³⁰, le garanzie procedurali³¹, la buona gestione degli affari e dei beni pubblici, i principi di equità, responsabilità, uguaglianza dinanzi alla legge, la salvaguardia dell'integrità e la diffusione della cultura del rifiuto del fenomeno³². Se questo è il suo ambito di azione, ne segue inevitabilmente che la Convenzione di Merida deve costituire l'avvio del nostro discorso.

Dalla Convenzione di Merida, l'attività svolta da ANAC acquisisce una propria legittimazione internazionale (almeno per quanto concerne i provvedimenti o gli atti regolatori adottati con precipue finalità anticorruptive); infatti, l'art. 6 dispone che ciascuno degli Stati aderenti assicura «conformemente ai principi

29 Cfr. preambolo della Convenzione di Merida.

30 «Gli Stati Parte alla presente Convenzione, preoccupati dalla gravità dei problemi posti dalla corruzione e dalla minaccia che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni ed i valori democratici, i valori etici e la giustizia e compromettendo lo sviluppo sostenibile e lo stato di diritto (*Omissis*)», cfr. Preambolo Convenzione di Merida.

31 Gli Stati Parte alla presente Convenzione «riconoscendo i principi fondamentali del rispetto delle garanzie previste dalla legge nei procedimenti penali e nei procedimenti civili o amministrativi concernenti il riconoscimento di diritti di proprietà (*Omissis*)», cfr. Preambolo Convenzione di Merida.

32 Gli Stati Parte alla presente Convenzione «avendo inoltre a mente i principi di buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, di equità, di responsabilità e di uguaglianza dinanzi alla legge e la necessità di salvaguardare l'integrità e di favorire la cultura del rifiuto della corruzione (*Omissis*)», cfr. Preambolo Convenzione di Merida.

fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi, secondo quanto necessario, incaricati di prevenire la corruzione mediante mezzi quali: a) l'applicazione delle politiche di cui all'articolo 5 della presente Convenzione e, se necessario, la supervisione ed il coordinamento di tale applicazione; b) l'accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione». Il secondo paragrafo del citato articolo 6, inoltre, specifica come requisito fondamentale dell'organo o degli organi deputati alla prevenzione della corruzione, l'indipendenza, chiarendo che essa è «necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza»³³. Sul requisito dell'indipendenza torneremo a soffermarci più avanti.

L'intenso lavoro che è stato svolto da ANAC (e, prima, dalla CIVIT e dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici), preceduto talvolta da interventi normativi *ad hoc*, è dunque basato anche sulla necessità giuridica (che viene spesso sottaciuta presumibilmente in ragione dell'opportunità di valorizzare la paternità politica *nazionale* di scelte, quali la lotta alla corruzione, particolarmente importanti agli occhi dell'opinione pubblica), per il nostro Paese, in quanto firmatario della Convenzione di Merida, di dare attuazione ai contenuti ivi previsti³⁴. Così, per esempio, l'adozione dei Piani di Prevenzione della Corruzione e dei Codici etici, cui sono tenuti gli enti pubblici e i soggetti privati in mano pubblica, discende *in primis* e nella sostanza³⁵ (non dalla legislazione nazionale, ma) dalla necessità di dare applicazione all'art. 8 della citata Convenzione³⁶, che ha promosso l'approvazione di codici di condotta, per incoraggiare l'integrità, l'onestà e la responsabilità dei funzionari pubblici o di coloro che siano incaricati di compiti di interesse generale, prevedendo pure che siano attuati sistemi volti a facilitare la segnalazione degli atti corruttivi (il che avviene ora in Italia tramite il sistema del cosiddetto *whistleblowing*).

La Convenzione si occupa, sia pure in maniera non dettagliata, dei meccanismi di aggiudicazione dei contratti di appalto e, in generale, della gestione delle finanze pubbliche, affinché gli Stati si dotino delle misure necessarie «per creare sistemi appropriati di stipulazione degli appalti pubblici che siano basati sulla trasparenza, sulla concorrenza e su criteri obiettivi per l'as-

33 «Ogni Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, concede all'organo o agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'indipendenza necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza. Le risorse materiali ed il personale specializzato necessari, nonché la formazione di cui tale personale può aver bisogno per esercitare le sue funzioni, dovrebbero essere loro forniti».

34 L'art. 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190 attribuiva il compito di Autorità Nazionale Anticorruzione alla CIVIT (Commissione Indipendente per la Trasparenza e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche) a cui veniva anche affidata la funzione di attuare gli obiettivi derivanti dalla Convenzione di Merida. Le attribuzioni di CIVIT, assieme a quelli dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture sono poi state inglobate nell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ai sensi del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n.114.

35 Perché, come si sa, sul piano formale, il diritto internazionale è rivolto solo agli Stati e nei confronti di questi ultimi genera obbligazioni, mentre è dalla normativa di recepimento che derivano precetti diretti ai soggetti dei diversi ordinamenti giuridici.

36 «1. Ai fini della lotta alla corruzione, ciascuno Stato Parte incoraggia in particolare l'integrità, l'onestà e la responsabilità dei propri funzionari pubblici, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico. 2. In particolare, ciascuno Stato Parte si adopera al fine di applicare, nell'ambito dei propri sistemi istituzionale e giuridico, codici o norme di condotta per un esercizio corretto, onorevole ed adeguato delle funzioni pubbliche».

sunzione delle decisioni e che siano efficaci, inter alia, per prevenire la corruzione»³⁷.

Ne segue che il collegamento tra normativa sull'evidenza pubblica e strumenti di prevenzione della corruzione non è un'esperienza esclusiva della nostra, indubbiamente peculiare, storia nazionale, ma è il risultato di un intreccio tra ordinamento nazionale e diritto globale³⁸. In altri termini, analizzando la Convenzione di Merida, si scopre che l'Autorità Nazionale Anticorruzione non ha inventato, come in alcuni momenti invece pare lasciarsi intendere, un nuovo modello regolatorio, procedendo piuttosto ad un diligente adempimento alle previsioni internazionali. Il ricorso a linee guida o bandi-tipo appare, per esempio, un'attuazione del sistema previsto dall'art. 9 della Convenzione, che richiede di definire preventivamente le condizioni di partecipazione alle gare, i criteri di selezione, le regole tutte della procedura, e così via. Anche le forme di consultazione pubblica che ANAC impiega preliminarmente all'adozione di atti di regolazione rispondono al principio della c.d. «partecipazione della società» sancito dall'art. 13 della Convenzione, oltre a dare seguito – ma questo è ovvio – ai criteri della c.d. *better regulation* di matrice europea.

Quanto precede porta alla luce, sulla base di dati di riferimento oggettivi, un elemento interessante per la nostra ricerca, e cioè che la presenza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, organismo indipendente dotato di compiti di regolazione del mercato dei contratti pubblici oltre che di funzioni di prevenzione della corruzione, non si fonda solo su decisioni interne allo Stato, ma è una risposta ad una strategia globale. Appurato ciò, se ne deduce che sarebbe scorretto considerare le tematiche attinenti alla legittimazione dell'Autorità e alla sua sfera di azione solo alla luce di riferimenti concettuali e normativi propri del diritto nazionale; se, infatti, l'esistenza dell'Autorità Anticorruzione con compiti di regolazione, *inter alia* anticorruzione, in materia di contratti pubblici si fonda (non solo sulla legislazione nazionale che la istituisce e ne determina compiti ed attività, ma anche) su atti frutto della cooperazione internazionale, che indicano (non lo Stato, ma) proprio le autorità indipendenti, attive a livello locale, come destinatarie dei compiti e delle finalità convenute, ciò significa che esse sono legittimate ad operare direttamente dal diritto globale. Almeno quando si tratti di intervenire per prevenire il radicarsi di fenomeni corruttivi. Questo comporta, inevitabilmente, una torsione del principio di legalità dalla legittimazione democratica (che nella specie è carente) alla c.d. legalità-procedimentale e alla legalità-spettanza³⁹, nel senso che è il diritto internazionale a sancire che spettino ad autorità indipendenti, operanti a livello degli Stati, determinati poteri e ad indicare con quale procedimento queste debbano operare, con inevitabile sacrificio della consacrazione elettiva, che rappresentava l'investitura tradizionale delle autorità dotate di compiti normativi, ma che ora il diritto globale viene a sostituire con

37 Comma 1, art. 9 della Convenzione.

38 Sul punto torneremo nel par. 3. Qui si intende solo mettere in luce che non è corretto riferire della congiunzione tra obiettivi dell'evidenza pubblica e prevenzione delle pratiche corruttive come conseguenza solo della specificità del contesto italiano, trattandosi piuttosto di una prospettiva fatta propria dagli atti della cooperazione internazionale e, per quanto ci interessa, già dalla Convenzione di Merida.

39 Con tale espressione (legalità-spettanza o legalità-mandato) ci si riferisce al segmento con cui la legge attribuisce una determinata missione ai soggetti pubblici. Ci sia consentito a tale riguardo rinviare per un approfondimento sulla tematica in oggetto a S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 199 ss.

meccanismi alternativi di legittimazione «para-istituzionale»⁴⁰.

In questa nuova dinamica, il principio di legalità perde la sua connotazione di contraltare del principio di democraticità per assumerne una diversa, connessa al rispetto dei canoni della regolazione strategica e della collaborazione internazionale (nel rapporto tra gli Stati) e sussidiaria (nel rapporto con la società civile). Quello che si sta descrivendo, è «il segno di nuovi sviluppi e tendenze del sistema istituzionale nel suo complesso»⁴¹ e rappresenta l'inevitabile sviluppo di quella «carnalità» del diritto cui si accennava dinanzi. Intendiamo dire che, nel processo di trasformazione avviato da qualche decennio, il diritto globale non rifiuta, ma anzi valorizza il principio di legalità, cambiandone però le sembianze. Conviene infatti tenere presente che se il principio di legalità cessa di essere interlocutore della democrazia rappresentativa, resta comunque il *trait d'union* tra accordi internazionali e attività amministrativa, o regolatoria, di competenza delle diverse autorità locali. Ogni forma di cooperazione internazionale, compresa quella europea, si basa sull'incontro di volontà degli Stati e, dunque, presuppone che vi sia una fonte di legittimazione del potere.

Va rilevato che, nel diritto globale, è il concetto di attribuzione dei compiti – frammento del più ampio concetto di legalità amministrativa – ad avere un peso determinante e non il legame tra regolatore e circuito democratico: chiarito quali competenze gli Stati decidono di governare assieme, in un contesto sovranazionale, internazionale o globale – come è accaduto, per esempio, nell'unire le forze per combattere la corruzione – non occorre una delimitazione precisa di competenze, essendo sufficiente, nell'ottica della regolazione strategica, un (pur generico) conferimento di poteri ed una indicazione delle finalità da raggiungere⁴².

Abbiamo indugiato sul punto perché il *deficit* di legittimità (altra faccia della legalità intesa come attribuzione del potere) è considerato, da sempre, un aspetto particolarmente problematico del ruolo progressivamente assunto dalle autorità indipendenti e, a maggior ragione, lo diviene nel momento in cui

40 Utilizziamo il termine «para-istituzionale» in quanto, a nostro avviso, la legittimazione che si fonda sul diritto globale crea realtà che sono vere e proprie organizzazioni formali, in questo senso «istituzionali», ma con canoni differenti da quelli tradizionali, in questo senso «para-istituzionali».

41 Cfr. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, cit.

42 D'altro canto, il fondamento legislativo dei poteri attribuiti ai diversi organismi è, nel contesto sovranazionale, più generico di quanto non sia a livello nazionale, perché il sistema sovranazionale ruota attorno ad una logica simile a quella dell'«effetto utile» ben noto all'interpretazione teleologica resa dalla Corte di Giustizia delle direttive europee per fondare, anche implicitamente, i poteri delle autorità amministrative sovranazionali.

La giurisprudenza amministrativa nazionale, con riferimento ai poteri delle autorità indipendenti, ha ammesso la compatibilità costituzionale del meccanismo dei poteri impliciti, considerato che una predeterminazione legislativa eccessivamente dettagliata rischierebbe di ostacolare il perseguimento degli scopi che le autorità devono raggiungere, cfr. per esempio, Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532. V., in generale, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 64: «La teoria dei poteri impliciti chiaramente fondata su di una concezione “funzionale” e non “formale” delle regole relative alla distribuzione della competenza, ha indotto un'evoluzione del concreto funzionamento della dialettica Comunità – Stati membri, che ha visto il passaggio da una considerazione della Comunità stessa come struttura sovranazionale, dotata di poteri di imperio ma entro settori materiali circoscritti ed invalicabili, ad una realtà effettuale ben differente dalle premesse costituzionali, caratterizzata da un sostanziale superamento del principio delle competenze enumerate e da un'estensione, sempre meno definibile nella sua ampiezza, delle attribuzioni delle istituzioni comunitarie».

questi organismi siano dotati di importanti poteri regolatori, come è, appunto, per il caso dell'ANAC. Non basta, a nostro avviso, ricordare che la giurisprudenza amministrativa⁴³ ha individuato nella legalità c.d. sostanziale – cioè nella partecipazione dei privati al procedimento regolatorio, sanzionatorio o di controllo in senso lato – una valida alternativa alla carenza di legalità formale, per ritenere superata la criticità appena evidenziata. In questa maniera, infatti, ci si limiterebbe a cambiare prospettiva, mutando il punto di osservazione (dalla legalità formale a quella sostanziale), ma la problematica alla base non verrebbe risolta. È ben diverso affrontare la questione rinvenendo nel diritto globale (come accade nel nostro caso) il fondamento della legittimazione di una

⁴³ Interessante, per esempio, la casistica del contenzioso amministrativo contro gli atti dell'Autorità Antitrust, che ha segnato, con una certa consapevolezza, il passaggio dalla legalità formale alla legalità sostanziale, compendiato dal rispetto di forme di garanzia del contraddittorio, cfr. Cons. St., Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; Cons. St., Sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201. Si è ritenuto che il temperamento del principio di legalità imponga, come contraltare sistematico, il rafforzamento delle garanzie di legalità in senso procedimentale, che si concretizza, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari, cfr. Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874 (conforme in precedenza TAR Lombardia, Milano, III, 11 ottobre 2010, n. 6913); Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521. Si v. anche la giurisprudenza citata alla precedente nota 10.

Sul significato della legalità come insieme di regole del procedimento e con particolare attenzione alla partecipazione procedimentale, alla luce del diritto interno, i contributi sono molti, se ne segnalano alcuni ritenuti particolarmente interessanti: G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, c. 378; M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 128 ss.; G. GHETTI, *Il contraddittorio procedimentale*, Cedam, Padova, 1971; F. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 872 ss.; G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Maggioli, Rimini, 1987, p. 819 ss.; E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Treccani, Roma, 1987, p. 6 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Giuffrè, Milano, 1991; AA.VV., *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, L. TORCHIA (a cura di), Cedam, Padova, 1993; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento amministrativo dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 1 ss.; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1996, II, p. 1412; ID., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento)*, ivi, p. 1426; R. VILLATA-G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1996, XI, p. 574 ss.; AA.VV., *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, M.A. SANDULLI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2000; S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2000; M.A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1035 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, Relazione tenuta al Convegno «La regolazione dei servizi di interesse economico e generale», Firenze, 6 novembre 2009, reperibile sul sito www.giustamm.it.

La valorizzazione della legalità procedimentale porta all'affermarsi della logica c.d. *adversarial*, nella quale prevale non il rapporto tra legge ed amministrazione, ma quello tra garanzie procedimentali e decisione finale. Sull'*adversarial legalism* cfr. R.A. KAGAN, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2001; riflette criticamente sul punto L. TORCHIA, *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *20 anni di Antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2010. Ha studiato nei dettagli l'applicazione del principio del contraddittorio ai procedimenti di competenza dell'Autorità Antitrust, ritenendo necessario fornirne una interpretazione rigorosa, per permettere di rendere il modello amministrativo di tutela antitrust capace di soddisfare il diritto delle parti ad una decisione equa ed imparziale M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento Antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 665 ss.

determinata autorità indipendente e dei suoi poteri: se la necessità che tali autorità vengano istituite e siano dotate di poteri regolatori emerge dalla politica internazionale, essa è, sia pure indirettamente, frutto di una decisione appartenente al circuito politico-democratico (per quanto il legame con gli elettori sia flebile nel contesto della *global policy*).

Alla luce di quanto precede possiamo concludere che il potere regolatorio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, in qualità di organismo deputato, ai sensi della Convenzione di Merida, a prevenire la corruzione nel settore pubblico, ha una precisa fonte di legittimazione nel diritto internazionale e, pertanto, non è sfornito di una base legale. Dunque, è ai canoni e alle moderne forme di *governance* dei rapporti tra diritto ed economia nel diritto globale che occorre riferirsi per analizzare i caratteri della regolazione nel mercato dei contratti pubblici con finalità anticorruptive.

Chiarito il metodo del lavoro e le motivazioni di esso, ci dedicheremo, nel prosieguo, ad analizzare l'attività regolatoria dell'Autorità Nazionale Anticorruzione percorrendo principalmente tre direttrici: l'oggetto e la finalità della regolazione, gli strumenti regolatori e la relativa forza coercitiva.

3. La regolazione di spettanza di ANAC: il mercato dei contratti pubblici come oggetto della regolazione e la marginalizzazione della finalità pro-competitiva

L'attività regolatoria di ANAC riguarda quello che riteniamo di poter identificare come il «mercato⁴⁴ dei contratti pubblici»⁴⁵, ambito disciplinato *prima facie* dalla codificazione in materia, ora contenuta nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, normativa di riferimento per il c.d. *public procurement cycle*, ossia per quel complesso ed articolato procedimento che prende forma nel momento in cui un soggetto pubblico identifica una esigenza di interesse generale e si conclude con l'adempimento delle prescrizioni contrattuali da parte dell'aggiudicatario della selezione. Il mercato dei contratti pubblici coincide con l'ambito dell'economia, ampiamente e dettagliatamente disciplinato, in cui si aggregano domanda ed offerta *del o per il settore pubblico*⁴⁶.

44 Il termine «mercato» viene qui utilizzato per indicare il luogo figurato dove avvengono quegli scambi commerciali caratterizzati dalla particolare personalità di diritto pubblico di uno dei contraenti e, di conseguenza, dalle particolari modalità di contrattazione e aggiudicazione; si noti bene che tale termine – «mercato» – *non* viene qui impiegato nel senso tecnico che è proprio del diritto della concorrenza, e in particolar modo non in quello di «mercato rilevante» (per il quale si rimanda, *ex multis*, alla storica sentenza *Hoffman-La Roche* (CGCE, 13 febbraio 1979, in C-85/76, *Hoffman-La Roche c. Commissione*). Per la distinzione tra il primo (più ampio) e il secondo (più ristretto) concetto si rimanda, *inter alia*, all'efficace riassunto contenuto nella sentenza *AstraZeneca*, al par. 97 (Trib., 5 luglio 2007, in T-321/05, *AstraZeneca c. Commissione*).

45 Il mercato dei contratti pubblici è stato identificato come quello dei contratti ad oggetto pubblico, che «sono disciplinati da un codice amministrativo intersettoriale e non dal codice civile o dalle c.d. leggi speciali che in molti settori ormai disciplinano i rapporti interprivati; sono funzionalizzati alla ottimale organizzazione della domanda pubblica relativa, complessivamente, a grandi aggregati di spesa pubblica; (a questo fine) le norme ricomprendono tra le figure soggettive tenute ad attenersi alle regole del Codice tutti gli organismi di diritto pubblico», cfr. S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza)*, in *Conc. e merc.*, 2010, p. 295 ss., spec. p. 301.

46 Da tale connotazione soggettiva del mercato dei contratti pubblici (nel senso che dipende

Conviene subito chiarire che il vivace dibattito dottrinale sulla regolazione economica dei settori liberalizzati⁴⁷ appare poco pertinente al nostro campo di indagine, perché quel genere di regolazione è percorso principalmente dalla tensione tra libertà di impresa (costituzionalmente protetta) e previsioni (regolatorie)⁴⁸ che la limitino (sul presupposto della necessità di correggere i cosiddetti *market failures*⁴⁹); mentre, nel caso dei contratti pubblici, la regolazione non raccoglie quel conflitto, prendendo in considerazione, invece, l'operato delle amministrazioni, per evitare che esse, nell'affidare contratti, si sottraggano dal porre in essere confronti concorrenziali o indugino in comportamenti ingiustificati o illeciti, che incidono negativamente sulla spesa pubblica; nell'ambito di nostro interesse, perciò, mercato e regolazione (ove per regolazione si intenda la normativa in materia di procedure di gara) sono perfettamente sovrapponibili o, meglio, combaciano, nel senso che il mercato è contemporaneamente oggetto e prodotto della regolazione⁵⁰, rappresentando il luogo figurato, che la legge stessa crea, nel quale l'affidamento dei contratti pubblici passa attraverso il confronto competitivo tra i soggetti interessati⁵¹. A conferma di quanto affermato, basti rammentare che, senza l'obbligo di ricorrere a procedure di gara non ci sarebbe alcun mercato dei contratti pubblici e l'amministrazione potrebbe comportarsi co-

dai «soggetti» protagonisti di questo mercato) discendono alcune importanti conseguenze, che derivano, *in primis*, dall'impossibilità, per le amministrazioni, di contrattare liberamente, essendo esse tenute a seguire determinati procedimenti per individuare la propria controparte, oltre che vincolate al necessario perseguimento dell'interesse pubblico.

47 V. per tutti, data l'ormai sterminata quantità di contributi, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 7: «Il modello della regolazione economica può essere definito come quello in cui l'intervento dell'autorità è rivolto a modificare il funzionamento di mercati non concorrenziali, attraverso regole che conformano l'attività delle imprese che vi operano, in modo tale da avvicinarla a quella che sarebbe se si svolgesse in condizioni di concorrenza» (...) «designa regole il cui contenuto è specificamente rivolto a determinare comportamenti di operatori economici coerenti con i postulati del mercato di concorrenza». Inoltre: «Liberalizzazione e regolazione economica sono complementari. La liberalizzazione rende possibile la presenza di una pluralità di imprese sul mercato, dalla quale ci si attende quella competizione che, in prospettiva, dovrebbe rendere almeno in parte superfluo l'intervento regolatorio». (...) «Nel sistema della regolazione economica, le prescrizioni relative all'offerta in mercati che sono aperti alla concorrenza ma non ancora effettivamente concorrenziali, tendono ad adeguare le condizioni dell'offerta a quelle che risulterebbero in presenza di una reale competizione economica. Per questo, le attività che sono oggetto di regolazione sono manifestazione di libera iniziativa economica e non svolgimento di compiti di servizio pubblico», *ivi*, p. 67.

48 Messa acutamente in evidenza da B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*, 1/2014, dove si evidenzia che, nella regolazione, la relazione tra il vincolo giuridico e l'autodeterminazione dei soggetti che operano in un determinato mercato è problematica in sé.

49 Sul concetto v. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., capitolo I.

50 Con le doverose precisazioni secondo cui il mercato non è mai semplicemente l'oggetto della regolazione «perché in realtà ne determina tanto il problema quanto le vie da percorrere per risolverlo», B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, cit.

51 Tuttavia, come ampiamente noto, nel mercato dei contratti pubblici, la concorrenza non segue il suo incedere naturale, perché l'incontro tra domanda (*del o per* il settore pubblico) ed offerta (dei soggetti interessati ad aggiudicarsi il contratto posto a base di gara) non avviene liberamente, ma all'interno di un ambiente *artificiale*, circoscritto dall'applicazione combinata della normativa nazionale ed europea in tema di evidenza pubblica e della *lex specialis* di gara. Gli operatori economici interessati ad offrire le proprie prestazioni all'amministrazione non devono solo offrire il loro miglior prezzo per aggiudicarsi un contratto pubblico, ma devono, prima di tutto, possedere inderogabilmente determinati requisiti morali, tecnici ed economico-finanziari per gareggiare. Cfr., a titolo esemplificativo, art. 57 direttiva 2014/24/UE.

me fosse una sorta di monopolista *ex lege* ⁵².

Nel campo dei contratti pubblici, dunque, la regolazione, *in primis*, crea il mercato, indicando le condizioni alle quali gli operatori economici (non sono liberi di interagire tra di loro, ma) possono sottoporre la propria offerta alle stazioni appaltanti ⁵³. In secondo luogo, considerando non la normativa primaria ma la regolazione flessibile di competenza dell'Autorità del settore, noteremo che il potere regolatorio si esprime anche tramite una serie di puntuali interventi volti a migliorare l'efficienza, la trasparenza o, più in generale, la qualità delle procedure che in quel mercato si strutturano.

In tale contesto, il ruolo dell'Autorità anticorruzione, anche in attuazione dei principi guida contenuti nella Convenzione di Merida, è quello di introdurre, ove occorra, degli elementi flessibili di ulteriore regolazione all'interno di un mercato già legislativamente (e dettagliatamente) normato; nel fare ciò, l'ANAC procede con un approccio multidisciplinare e tecnico, volto a guidare e, se del caso, correggere azioni e comportamenti pubblici o privati con l'obiettivo di sradicare la corruzione e portare chiarezza in un settore la cui complessità è spesso foriera di conflitti e penalizza il naturale circuito virtuoso della concorrenza. L'attribuzione ad ANAC di poteri regolatori che, alla luce di quanto detto, possiamo indicare come di «secondo livello» (cioè in presenza di una normativa primaria che deve, comunque, essere rispettata anche dall'Autorità) consente di affrontare l'elevato livello di specializzazione e di complessità della materia ⁵⁴, interessata dalla normativa di settore, ma anche da principi ge-

⁵² Dato che è l'unico soggetto che può svolgere determinate attività o prestare determinati servizi, secondo quanto previsto dalla legge.

⁵³ È ben noto, infatti, che il mercato dei contratti pubblici è fortemente regolato proprio per quanto concerne il momento che attiene al confronto competitivo: il tipo di procedura di affidamento, il suo svolgimento e i requisiti generali dei concorrenti sono stabilite dalla legge. Si può osservare, in sintesi, che la concorrenza, nel mercato dei contratti pubblici, non è libera: da un primo punto di vista, non lo è perché, una volta chiusa la fase della concorrenza per il mercato, si consolida una posizione di monopolio dell'aggiudicatario (senza però che si possano verificare gli effetti negativi del monopolio, in quanto il costo e il tipo di prestazione sono imm modificabili ed esito di una procedura di confronto competitivo); da un secondo punto di vista, non lo è perché solo gli operatori in possesso di predeterminati requisiti morali e tecnico professionali possono sottoporre la propria offerta alla stazione appaltante.

⁵⁴ La specializzazione porta con sé un elevato livello di selettività: un'impresa che voglia concorrere per l'assegnazione di un contratto pubblico deve essere in possesso dei requisiti di moralità e di quelli tecnici ed economico finanziari indicati dalla stazione appaltante; deve dotarsi delle certificazioni che l'ordinamento richiede per poter eseguire determinate prestazioni; deve operare tenendo presente una quantità importante di dispositivi giuridici che regolano il settore; deve essere a conoscenza delle modalità formali per la manifestazione del proprio interesse; deve essere in grado di interpretare correttamente le richieste che si basano sulle norme vigenti e, al fine di formulare un'offerta consapevole, deve essere in grado di quotare i costi degli obblighi che incombono sul soggetto privato in fase esecutiva, oltre che intendere correttamente i meccanismi di aggiudicazione. Dal punto di vista teorico, non si fa dunque fatica ad ammettere che dalla complessità e dalla specialità del mercato dei contratti pubblici consegue la selettività degli operatori economici, talvolta disincentivati a partecipare alla competizione per l'assegnazione dei contratti pubblici anche per la presenza di un ampio numero di regole dalla interpretazione non sempre agevole. A questa tendenza la giurisprudenza amministrativa ha cercato di rispondere, semplificando, in via di prassi, alcuni livelli di complessità. Significativamente, il TAR Lombardia, Milano, I, per esempio, nella ordinanza n. 510/2013, ha ritenuto, per esempio, «che le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni a cui è tenuta l'impresa concorrente devono essere intese dando prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute ed evitando ogni interpretazione estensiva che, facendo riferimento agli scopi della norma, ne ampli la portata, vulnerando l'affidamento dei partecipanti che non devono essere costretti a far ricorso a consulenti legali o alla consultazione di massimari di giurisprudenza al fine di formulare l'istanza di partecipazione».

nerali ed orientamenti giurisprudenziali⁵⁵, atti interpretativi, linee guida, bandi-tipo e atti cc.dd. di *soft regulation*.

Differenziando la regolazione economica in senso classico da quella del mercato dei contratti pubblici, si deve tenere in considerazione inoltre che, a ben vedere, il nostro caso, vista l'origine e l'ispirazione della normativa nazionale in tema di evidenza pubblica, si distingue perché la regolazione non è diretta principalmente (né tanto meno esclusivamente) al perseguimento di finalità pro-competitive (come invece accade usualmente considerando la cosiddetta regolazione economica), in quanto, preoccupandosi, *in primis*, di proteggere l'imparzialità, la sana e prudente gestione del denaro pubblico, oltre che la buona amministrazione⁵⁶, accade che le norme pubblicistiche si occupino sì di promuovere la concorrenza, ma come effetto indotto dalla protezione di altri valori⁵⁷. È la circostanza che uno dei contraenti sia un soggetto pubblico ad obbligare il nostro mercato ad essere, innanzitutto, sensibile a interessi propriamente pubblicistici (tra i quali, come si è accennato pocanzi, l'imparzialità e la sana gestione del denaro pubblico). Del resto, essendo, il mercato dei contratti pubblici, il luogo di scambio tra domanda *del o per* il settore pubblico, esso corrisponde, in larga parte (e salvo che per l'area occupata dai contratti attivi, dai quali l'amministrazione si procura delle entrate), all'ambito della spesa pubblica⁵⁸. Ovviamente la prospettiva muta ove si consideri la normativa europea sull'evidenza pubblica, perché, in quel contesto, è la costruzione di un mercato unico, nel campo dei contratti pubblici, a giustificare l'intervento del legislatore europeo; eppure anche la normativa europea (per esempio attraverso la previsione talvolta di stringenti requisiti di partecipazione alle gare, che di fatto riducono il numero dei potenziali offerenti) accetta che la competitività possa venire sacrificata, in ragione di altri principi che presidiano il settore. A ben vedere, anche solo la presenza di requisiti selettivi per la partecipazione alle gare pubbliche è prova del fatto che la regolazione, nel mercato dei

55 Per esempio sono stati importanti i chiarimenti resi dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 e 16/2014 in merito al «potere di soccorso» sancito dall'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 e al contenuto delle dichiarazioni sostitutive relative all'assenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

56 Il rispetto dell'imparzialità, la ricerca dell'economicità delle prestazioni e la selezione del miglior contraente ispirano da sempre la normativa sull'evidenza pubblica, determinandone i contenuti. La necessità di disciplinare la spesa pubblica e di rendere efficace e trasparente il procedimento di aggiudicazione dei contratti conclusi dalle amministrazioni ha comportato il sorgere di un quadro normativo composto da procedure sempre più dettagliate. All'origine, l'intenzione del legislatore era principalmente consentire una compiuta organizzazione dell'attività degli organismi statali oltre ad un razionale utilizzo del denaro pubblico, beneficiando dei risparmi ottenuti grazie al confronto tra diverse offerte. Di conseguenza, la normativa sull'evidenza pubblica si concentrava sulle regole di contabilità dello Stato e degli enti pubblici, interessandosi dei modi di gestione del patrimonio disponibile ed indisponibile e dei beni demaniali e venivano introdotti diversi sistemi di controllo, anche preventivo, di competenza del Consiglio di Stato come organo consultivo. Il che è coerente con il significato tradizionale della buona amministrazione, intesa allora come riferimento concettuale per declinare i canoni della funzione amministrativa più che per attribuire diritti ai singoli, che potessero far sorgere contenziosi.

57 Si dice perciò che la normativa sull'evidenza pubblica deve *altresì* rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, ecc.

58 Interessante rilevare che l'Adunanza Plenaria 13 novembre 2015, n. 10 ha chiarito che mentre nei contratti attivi l'esigenza protetta dalla norma è quella del soddisfare l'interesse economico finanziario dell'Amministrazione a tutela del patrimonio e della contabilità generale, nei contratti passivi la *ratio* ispiratrice sarebbe la tutela della concorrenza e della *par condicio* tra gli operatori del settore. Questo è vero in linea generale e salve le precisazioni introdotte nel testo volte a ridimensionare la concorrenzialità come valore guida dell'intera normativa dei contratti pubblici.

contratti pubblici, impatta negativamente sulla concorrenza⁵⁹. In quest'ottica, è altresì significativo che, nelle nuove direttive europee del 2014 in materia di appalti e concessioni⁶⁰, si ritrovi affermata, per la prima volta in un atto normativo europeo, la necessità di «accrescere l'efficienza della spesa pubblica» come uno degli obiettivi condivisi dal diritto sovranazionale. Il che ancora ci conferma che la regolazione del mercato dei contratti pubblici deve perseguire (o quantomeno convivere con) finalità differenti da quelle proprie della regolazione economica.

Del resto, la preoccupazione che il mercato dei contratti pubblici sia percorso dal rischio della corruzione (intesa non come fenomeno locale, ma transnazionale), data la minaccia che quest'ultima rappresenta per lo sviluppo economico e per le risorse degli Stati, legittima interventi regolatori ispirati a logiche diverse dalla promozione della concorrenza e diretti ad un penetrante controllo delle procedure di affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici⁶¹. Perciò, quando si tratta di applicare il concetto di regolazione⁶² al merca-

59 Basti pensare al fatto che un operatore, che pure sia in grado di presentare la migliore offerta, ma che abbia, nella propria storia aziendale, commesso violazioni accertate alla normativa penale, fiscale o tributaria, mentre può competere con altri soggetti nel mondo del diritto privato, per il modo di vedere le cose proprio del diritto amministrativo sarebbe escluso dal confronto competitivo nel mercato dei contratti pubblici, vista l'assenza, in capo ad esso, dei requisiti di moralità professionale richiesti per aspirare ad essere parti di un contratto pubblico.

60 Considerando 2 della direttiva 24/2014/UE per i settori ordinari e considerando 4 delle direttive 23 e 25 per le concessioni e per i settori speciali.

61 Non si vuole affermare che tali logiche siano necessariamente in contrasto con la promozione della concorrenza – che difatti beneficia della presenza di un mercato «pulito» da comportamenti corrotti – si intende semplicemente mettere in luce che la finalità degli interventi regolatori in questione è altro (nel senso che ha origine in altro) rispetto alla competitività del settore.

62 Gli scritti sulla regolazione sono in un numero tale che davvero non è possibile nemmeno selezionarne una parte. Perciò, le indicazioni bibliografiche che seguono sono frutto di una selezione del tutto personale e non basata su criteri di rilevanza. V., almeno, G. MAJONE, *Deregulation or Re-regulation?*, Pinter, London, 1990; S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss.; G. MAJONE-A. LA SPINA, *Lo stato regolatore*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1991, p. 3 ss.; ID., *Deregulation e privatizzazioni: differenze e convergenze*, in *Stato e mercato*, 1992, p. 249 ss.; A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. Dir. Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 805 ss.; R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012; S. DUDLEY-J. BRITO, *Regulation. A primer*, Mercatus Center at George Mason University, Washington, II ed., 2012. Ci ricorda Amorosino, in uno scritto dedicato allo studio dei poteri dell'allora Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici, che la nozione di regolazione è ben più ampia e complessa di quella di regolamentazione che le Autorità indipendenti comunque posseggono: «Al rilievo – di diritto positivo – che non tutte le autorità di regolazione hanno poteri di regolamentazione, si deve saldare un indispensabile, pur schematico, richiamo dogmatico al fatto che la nozione di regolazione è ben più ampia e complessa (v. per tutti A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna 2000, capitolo II; N. RANGONE, voce *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006 e G. FONDERICO, voce *Regolazione economica (diritto della)*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. CLARICH-G. FONDERICO, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007; S. AMOROSINO, *Regolamentazione e deregolamentazione negli stati amministrativi di fine secolo*, in S. AMOROSINO, *Poteri amministrativi e intraprese finanziarie*, Giappichelli, Torino 1999, p. 3 ss.) di quella di regolamentazione ... È notorio, invece, che la regolazione – oltre a comprendere la regolamentazione, intesa nel senso di potestà di porre precetti di comportamento mediante atti tipici (regolamenti, ma anche "Istruzioni" – ad esempio: della Banca d'Italia – o deliberazioni – ad esempio: dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas) – si sostanzia di tanti, eterogenei tipi di poteri/attività, pubblicistici (in quanto posti in essere da figure soggettive pubbliche, quali le Autorità indipendenti), ma anche privatistici, pur se a rilevanza pubblicistica (ad esempio: i disciplinari operativi approvati dai consorzi di tutela dei vini DOC, che sono enti privati di interesse pubblico). Ai fini che qui specificamente interessano – la delimitazione delle

to dei contratti pubblici o qualora si vogliano invocare finalità pro-concorrenziali, bisogna considerare le accennate peculiarità, per evitare di incappare in equivoci.

Eliminare gli sprechi e proteggere il denaro pubblico da condotte che favoriscono il privato senza arrecare benefici all'amministrazione sono traguardi non solo della normativa relativa alle procedure di gara e all'esecuzione dei contratti pubblici, ma, come si è detto analizzando i lineamenti essenziali della Convenzione di Merida, pure di quella in tema di prevenzione della corruzione. Così emerge che, per determinare l'oggetto e la finalità della regolazione nel mercato dei contratti pubblici, è necessario tenere conto della correlazione tra le regole in tema di evidenza pubblica e quelle sull'anticorruzione⁶³, specialmente ove queste ultime siano dotate di finalità preventiva, riscontrabile, per esempio, nelle disposizioni volte ad evitare il conflitto di interessi⁶⁴; difatti, è proprio in ragione della reciproca influenza tra i citati due plessi (norme sull'evidenza pubblica e norme anticorruzione) che il quadro normativo viene oggi osservato, modificato e aggiornato. Così, per esempio, l'inserimento, anche nel nuovo codice degli appalti e delle concessioni, di condizioni stringenti per legittimare l'utilizzo dei meccanismi di trattativa diretta realizza un duplice scopo: quella dell'evidenza pubblica, all'interno della quale si colloca il principio di trasparenza e *par condicio concurrentium*, e quella della prevenzione della corruzione, che individua, nei meccanismi di scelta diretta della controparte pubblica, uno sviamento dalle regole del confronto competitivo, in grado, potenzialmente, di facilitare condotte illecite e collusive tra amministrazione e contraente. La fattispecie dinanzi menzionata, tra le tante che si potrebbero rammentare, dimostra che spesso le misure che si ritiene necessario implementare con finalità anticorruptive⁶⁵, fungendo da deterrente alla commissione

funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici – è sufficiente ricordare – con La Spina e Majone – che, ai fini regolatori, le Autorità accanto ai – o invece dei – poteri di regolamentazione possono avere poteri amministrativi [autorizzatori (ad esempio: all'ingresso nei mercati), di controllo, di vigilanza, di approvazione, di segnalazione, sanzionatori o di conformazione d'impresa], poteri decisori quasi giurisdizionali (alternativi o complementari alle giurisdizioni "classiche") o di tipo "arbitrale"; ed, ancora: funzioni di elaborazione di valutazioni sistematiche sullo stato e sull'evoluzione dei mercati ad esse "affidati"; infine funzioni propositive», S. AMOROSINO, *L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza)*, cit., p. 298.

63 Non certo nel senso di voler assimilare l'ambito di applicazione delle norme sull'evidenza pubblica a quello delle norme poste a presidio della lotta alla corruzione.

64 Che proteggono, da un lato, il principio della *par condicio* tra i concorrenti e, dall'altro, prevengono la commissione di reati di stampo corruttivo. Cfr. considerando 16 e art. 24 della direttiva 24/2014/UE. Le disposizioni europee per combattere il conflitto di interessi, per esempio, sono state semplicemente riportate tali e quali nell'implementazione del Regno Unito, che ha scelto di ridurre al minimo gli interventi di trasposizione in sede legislativa, riservando, come d'abitudine, a specifiche *guidances* del Governo istruzioni operative per le stazioni appaltanti. Per un primo commento: P. HENTY, *Implementation of the EU Public Procurement Directives in the UK: the Public Contracts Regulations 2015*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, 3, p. 74 s. Sul tema del conflitto di interessi, inteso alla luce di nuove forme di etica collettiva, cfr. A. LALLI, *Conflitto di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 155 ss.

65 L'impatto delle norme penali repressive è più pervasivo ancora: quando un reato viene commesso ed è accertato in relazione ad una procedura di evidenza pubblica, la Cassazione qualifica il contratto eventualmente concluso come nullo, ritenendo altresì nulla l'aggiudicazione. Così, Cass., Sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3672: «Va infatti ribadito che l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico (nella specie aggiudicazione dell'appalto a licitazione privata) prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili (L. n. 14 del 1973, L. n. 584 del 1977, L. n. 741

di reati, realizzano contestualmente i principi guida delle procedure di evidenza pubblica⁶⁶, ossia, come si è detto, imparzialità, trasparenza, protezione della spesa pubblica e, indirettamente, tutelano la concorrenza⁶⁷.

Ciò chiarito per quanto concerne oggetto e finalità della regolazione nel nostro settore ed in termini generali, occorre rilevare che, nonostante la virtuosa interazione tra normativa anticorruzione ed evidenza pubblica, emerge, da una pragmatica analisi dei fatti, che la normativa vigente non riesce da sola ad eliminare l'elevato livello di contenzioso presente all'interno del mercato dei contratti pubblici, spesso identificato tramite l'uso dell'aggettivo «conflittuale»⁶⁸. I tribunali della giustizia amministrativa, in Italia, affrontano quotidianamente, come si sa, un numero elevato di controversie relative a tematiche inerenti allo svolgimento di procedure di gara. Quello che è certo è che l'elevato livello di conflittualità evidenzia una pressante esigenza di regolazione, evidentemente non soddisfatta dalla codificazione del settore (almeno non in vigore del Codice dei Contratti pubblici approvato con il d.lgs. n. 163/2006), giustificando i recenti tentativi di introdurre forme di regolazione flessibile; la conflittualità, difatti, è un elemento negativo di un sistema che voglia essere razionale e, di conseguenza, deve essere combattuta attraverso meccanismi di semplificazione di un insieme di precetti di difficile interpretazione⁶⁹.

del 1981, L. n. 687 del 1984). Se poi la violazione di dette norme è stata altresì preordinata alla conclusione di un contratto le cui reciproche prestazioni sono illecite e la cui condotta è assolutamente vietata alle parti e penalmente sanzionata nell'interesse pubblico generale – che nel reato di corruzione è il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione – la nullità per contrasto con norme imperative sussiste anche sotto tale ulteriore profilo, e deve esser dichiarata onde impedire che dalla commissione del reato derivino ulteriori conseguenze». Nello stesso senso Cass., Sez. I, 5 maggio 2008, n. 11031. Entrambe le sentenze sono citate da F. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e divieto di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla sfera pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 815 s. Il tema è ripreso, in relazione alle disposizioni contenute nella legge n. 190/2012 da R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 583 ss., spec. par. 3. Sul punto ancora G. M. RACCA, *La prevenzione ed il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO, Giappichelli, Torino, 2013, p. 125 ss.

66 E questo vale, in linea generale, per tutti gli Stati membri. La necessità di prevenire la corruzione, per esempio, è indicata tra gli obiettivi dell'evidenza pubblica in studi dedicati al sistema anglosassone, assieme a quella di offrire parità di trattamento alle imprese e di migliorare l'efficienza della spesa pubblica: W. FELDMAN, *Government Contracting Awards, Negotiation & Sealed Bidding*, Thomson/West, New York, 2015-16 ed.; O. DEKEL, *The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts*, in *Public Contract Law Journal*, 2008, p. 237 ss.

67 Concorrenza che potrebbe essere distorta da diversi fenomeni criminali, non necessariamente legati ai rapporti irregolari con la stazione appaltante. Chi si è occupato di lotta alla criminalità organizzata ha infatti riscontrato che gli imprenditori affiliati ai clan criminali possono scardinare la concorrenza, in quanto gestiscono le attività economiche con metodi diversi da quelli del libero mercato, non avendo problemi di debiti, contrasti coi fornitori o vertenze sindacali con i propri dipendenti. La riflessione sul punto è contenuta, per esempio, in un saggio di R. CANTONE, *Operazione Penelope*, Mondadori, Milano, 2012, spec. p. 49. Sul tema della corruzione nel mercato dei contratti pubblici si veda, in generale, C.E. DE QUESADA, *Competition and transparency in public procurement markets*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, p. 229 ss.

68 Secondo i dati elaborati di recente dal Consiglio di Stato nell'Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, dal 2011 ad oggi, si contano 48 decisioni in tema di appalti rese dalla sola Adunanza Plenaria, nella sua qualità di organo della nomofilachia, per risolvere contrasti interpretativi.

69 La complessità della normativa vigente, tra l'altro, facilita il rischio che il rispetto meramente formale dei dispositivi normativi nasconda decisioni o comportamenti sostanzialmente non razionali, come ha evidenziato il Presidente dell'ANAC, nella Relazione Annuale alla Came-

3.1. L'esigenza di *soft regulation* in nuce nella conflittualità del settore

Le Autorità Indipendenti sono spesso dotate di potere regolatori, il cui campo di applicazione e grado di vincolatività è disomogeneo, e va verificato caso per caso. Esse infatti, accanto alla tradizionale regolazione autoritativa, impiegano, con una certa frequenza, strumenti che appartengono alla cosiddetta *soft regulation*⁷⁰, basati cioè sulla capacità persuasiva della razionalità delle condotte suggerite, piuttosto che sulla cogenza e sulla stabilità di un sistema dettagliatamente codificato. È stato osservato che attraverso la cosiddetta *soft law* si raggiunge anzitutto una finalità «orientativa», ma essa «risponde (anche, n.d.r.) ad

ra dei Deputati, presentata a Roma il 2 luglio 2015, con riferimento agli esiti dell'attività svolta durante l'anno 2014.

70 Sulla nozione di *soft regulation* cfr. Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE» del 4 settembre 2015, che definisce la *soft law* quale diritto non vincolante, come gli atti preparatori o informativi (ad esempio, i libri bianchi e i libri verdi, i piani d'azione e i programmi), gli atti interpretativi (ad esempio, la comunicazione *De minimis* sul diritto della concorrenza), le conclusioni, le dichiarazioni, le risoluzioni e, infine, le raccomandazioni e i pareri, come stabilito dall'articolo 288 del TFUE. V. anche Commissione europea COM(2001), *La governance europea – Un libro bianco*, in GUUE C287 del 12 ottobre 2001, p. 17, secondo la quale «l'atto normativo è soltanto parte di una più ampia soluzione, nella quale si combinano norme formali con altri strumenti non vincolanti quali raccomandazioni, orientamenti o anche autoregolamentazioni».

In dottrina, sulla definizione di *soft law*, preliminare a quella di *soft regulation*, si veda M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 36 ss.: «C'è un relativo accordo sulla definizione della «*soft law*» come una forma di diritto che implica alcuni obblighi o impegni, ma non li accompagna con sanzioni e che, nonostante questo, o forse proprio per questo, mira al raggiungimento di effetti pratici. [...] Dunque la *soft law* è una presenza non solo irrituale, ma anche irritante per quanti pensano al diritto esclusivamente secondo i connotati *hard* che gli aveva impresso lo stato moderno», p. 36. «La *soft law* è indicativa dunque non solo di un percorso di perdita del carattere «verticale» del diritto, ma anche, in un certo senso di un rimodellamento del suo criterio di legittimazione, che non è più affidato alla forma, ma piuttosto a un contenuto o a delle modalità che sappiano riscuotere l'adesione, indipendentemente da sanzioni», p. 38. V. anche M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit., p. 61; ID., *Soft Law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post moderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 71 ss.; R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post moderne*, cit.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, secondo il quale, con la nozione «*soft law*» si intende una «categoria di atti *lato sensu* normativi, il cui carattere differenziale consta nella carenza di efficacia immediatamente vincolante»; A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 499 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart, Oxford-Portland, 2004; U. MÖRTH, *Soft Law in Governance and Regulation, An Interdisciplinary Analysis*, E. Elgar, Cheltenham-Northampton, 2004; F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practices in the European Community Law*, in S. MARTIN (a cura di), *The Construction of Europe: Essays in Honor of Emile Noël*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston, 1994, p. 198 s. Più specificamente sulla *soft regulation*, cfr. D. KINGSFORD SMITH, *Governing the corporation: the role of soft regulation*, in *UNSW Law Journal*, 2012, p. 378: «I will use the term “soft regulation” or “SR” to mean standards, codes, guidelines etc, including stock exchange listing rules, issuing from a variety of non-state sources. SR is part of the legal and normative pluralism of corporate regulation and governance, which ranges from statute at one end of the regulatory spectrum to corporate ethics at the other»; C. KOUTALAKIS *et al.*, *When soft regulation is not enough: The integrated pollution prevention and control directive of the European Union*, in *Regulation and Governance*, 2010, vol. 4, pp. 329-344, 330: «Soft regulation refers to a wide range of quasi-legal instruments that differ from hard law as they lack immediate, uniformly binding, direct effects, precision, and clearly delineated monitoring, dispute settlement, and enforcement authorities»; G. SHAFFER-M.A. POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*, in *Minnesota Law Review* 94, 2009, pp. 706-799: «Soft regulation refers to a wide range of quasi-legal instruments that differ from hard law as they lack immediate, uniformly binding, direct effects, precision, and clearly delineated monitoring, dispute settlement, and enforcement authorities»; cfr. anche K. SISSON-P. MARGINSON, *Soft regulation: Travesty of the real thing or new dimension?*, in *Economic and Social Research Council “One Europe or Several” Programme*, Working paper 32/01, Brighton, 2001.

un ordine funzionale molto più variegato e che viene modulato in maniera meno rigida» e dunque «se il diritto legislativo svolgeva prevalentemente una funzione di formulazione di vincoli di comportamento, per altre espressioni giuridiche, specificamente *soft*, mentre lo svolgimento di queste funzioni diventa difficile, si delinea uno spettro di prestazioni assai più variegato e composito»⁷¹; tramite la *soft regulation*⁷² si traggono, in effetti, oltre alla funzione orientativa, una funzione di informazione e comunicazione, una di socializzazione, una di carattere ideologico, una di carattere interpretativo e di apprendimento, oltre che modalità di *governance* coerenti con gli strumenti del diritto globale⁷³.

Ragionando della capacità regolatoria delle Autorità Indipendenti conviene, dunque, non lasciarsi fuorviare da una concezione ormai superata di regolazione, intesa originariamente come attività capace di produrre solo effetti cogenti e insuperabilmente vincolanti, e rielaborata, in tempi più recenti, con forme moderne e sofisticate di vincolatività giuridica indiretta⁷⁴; la regolazione, oggi, non deriva necessariamente la sua forza dalla qualità delle regole giuridiche poste, *sub specie* di cogenza delle norme, bensì dalla capacità di condizionare i comportamenti liberi dei suoi destinatari, attirandoli verso azioni conformi al «suggerimento» contenuto nell'atto regolatorio (di *soft regulation* e perciò non coercibile) in quanto razionale, in virtù di quella che, nella scienza della psicologia cognitiva, è denominata «spinta gentile» o «paternalismo libertario».

Come si vedrà tra poco, di questa *soft regulation* si trova ampia traccia ove ci si dedichi ad approfondire il potere regolatorio di ANAC, che è stato di recente ampliato, nel testo del nuovo codice degli appalti e delle concessioni, di recepimento delle direttive del 2014⁷⁵, proprio facendo espresso riferimento all'attribuzione in capo all'Autorità di un potere di regolazione flessibile.

4. La finalità della regolazione di spettanza di ANAC e le sue caratteristiche peculiari

Le riflessioni appena svolte ci introducono nel ragionamento volto a comprendere il ruolo regolatorio attribuito (oggi espressamente) all'Autorità Nazionale Anticorruzione, a partire dalla legge delega per il recepimento delle nuove direttive, secondo cui, oltre ai poteri di raccomandazione e controllo, ad ANAC è affidato il compito di adottare «atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile»⁷⁶. L'intenzione inequivocabile del legislatore delegante è stata quella di promuovere strumenti innovativi di regolazione, facenti capo all'Autorità, in luogo del rinvio ad un regolamento governativo *ad hoc*.

71 M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, cit., pp. 45-46.

72 I tratti della *soft regulation* sono particolarmente marcati, come vedremo, ove ci si soffermi ad analizzare i poteri e il modo di incedere dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

73 M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 45 s.

74 Cioè non necessariamente basata su previsioni coercitive.

75 Va ricordato a proposito che le nuove direttive si inseriscono nella strategia Europa 2020 e perseguono obiettivi strategici fondamentali, tra cui: rendere efficiente l'uso dei fondi pubblici, garantire la concorrenza e la tutela delle piccole e medie imprese, promuovere un sistema sostenibile all'interno del *public procurement*, combattere la corruzione; cfr., B. SJAFJELL-A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

76 Cfr. art. 1, comma 1, lett. t), legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11.

In coerenza con la delega, il Codice di recentissima adozione, all'art. 213, comma 1, stabilisce che «La vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal presente codice, all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 19 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione»; al comma 2 del medesimo articolo, è disposto che «L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati⁷⁷, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti».

Il percorso prescelto va, chiaramente, nel senso della valorizzazione dei poteri di regolazione dell'Autorità, cui è assegnato il compito di promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, attraverso strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati. La formulazione della norma codicistica lascia trasparire uno scarso interesse per la definizione esatta, nei termini del *nomen iuris* degli strumenti di regolazione: comunque siano denominati gli atti di cui ANAC si dota, essi si giustificano, a prescindere dalla relativa nomenclatura, se sono rivolti alle finalità appena menzionate.

Il presidio di ANAC sul mercato dei contratti pubblici si caratterizza, di conseguenza, per l'attuarsi con nuove modalità e strumenti innovativi rispetto a quelli precedentemente in uso. Naturalmente, la possibilità che l'Autorità integri ed eventualmente corregga il sistema, per renderlo, come si diceva, via via più efficiente, deve avvenire senza alterare la gerarchia delle fonti e, quindi, nel rispetto della legge. Per il che, più la legge si limiterà a contenere solo i principi, più sarà fattibile attuare una regolazione flessibile, senza alterare l'equilibrio tra potere legislativo e potere amministrativo-regolatorio.

Alla luce delle disposizioni richiamate, la legge delega e il nuovo Codice hanno superato il dibattito, precedente ad essi, sulla possibilità o meno di ritenere che l'Autorità operante nel mercato dei contratti pubblici (prima l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, oggi l'Autorità Nazionale Anticorruzione) fosse dotata di poteri regolatori, dibattito che aveva animato la dottrina, percorsa da due fronti opposti, che contrapponevano, l'uno all'altro, l'inscindibile connessione tra potere di vigilanza e regolazione⁷⁸

⁷⁷ Il testo sottoposto al parere del Consiglio di Stato e delle commissioni parlamentari, prevedeva l'infelice espressione di «*regolamentazione* flessibile», poi mutata per effetto appunto dei pareri acquisiti in quella più corretta, comparsa nel testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, di «*regolazione* flessibile».

⁷⁸ Propendeva per riconoscere all'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici una funzione di regolazione, con una impostazione particolarmente interessante ed allora innovativa, AMOROSINO, il quale osservava che «È, tuttavia, innegabile che le deliberazioni interpretative dell'Autorità siano destinate, in fatto, a costituire dei parametri, per così dire complementari o supplementari, di legittimità dei comportamenti amministrativi, tenuti, nelle singole vicende, dagli organismi di diritto pubblico che si rivolgono – con le loro “domande” – al mercato delle imprese. In altre parole: in presenza di un'interpretazione sistematica e puntuale, di un certo istituto, o fase proce-

e, l'altro all'uno, la mancanza di una norma che legittimasse il supposto potere regolatorio⁷⁹.

Ebbene, a noi pare che il ragionamento giuridico vada aggiornato per il fatto che, non solo ci si trova ora in presenza di nuove norme e di un nuovo soggetto, ma anche perché l'assommare, in capo ad un'unica Autorità, le funzioni di controllo e vigilanza sui contratti pubblici e quelle di prevenzione della corruzione, conduce inevitabilmente ad un accrescimento (e prima ancora ad un sicuro riconoscimento) dei poteri di regolazione⁸⁰, in quanto la prevenzione

dimentale, da parte dell'Autorità, ogni comportamento difforme – in materia – da parte di una figura soggettiva affidante è quanto meno sintomatico di carenza di istruttoria e/o di motivazione, ove il discostamento, nel caso di specie, non sia analiticamente motivato. È allora incontestabile che, considerata nel suo insieme, l'opera di ricostruzione sistematica – compiuta, via via, “per segmenti” dall'Autorità – si configura come una sorta di *soft regulation* (...), in quanto sempre più le figure soggettive portatrici della domanda, pubblica o d'interesse pubblico, di lavori, forniture e servizi si sentiranno condizionate ad attenersi ai modelli ricostruttivi definiti dall'Autorità, onde non esporsi a ricorsi con forti probabilità di accoglimento. Si può parlare di *soft (economic) regulation* perché le “stazioni appaltanti” tendono ad osservare “spontaneamente” i modelli procedurali e comportamentali delineati nelle deliberazioni ricostruttive-interpretative dell'Autorità», S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza)*, cit., pp. 310-311; ID., *Tipologie e funzioni delle vigilanze sulle attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 723 s. Similmente conclude Giampaolino, ritenendo viziati da eccesso di potere gli atti che si discostino dalle determinazioni dell'Autorità senza una adeguata motivazione, L. GIAMPAOLINO, *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, in R. CHIÉPPA-G.P. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, Cedam, Padova, vol. XLI, 2010, p. 605 ss.; individua nell'Autorità di vigilanza una funzione di nomofilachia amministrativa, P. LAZZARA, *L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, in A. BARGONE-P. STELLA RICHTER (a cura di), *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 85 ss.; favorevole anche, sebbene in contributi meno problematici, F. GARRI, *La disciplina del mercato nel settore dei lavori pubblici, la vigilanza e la lotta alla corruzione*, in *App. urb. edil.*, 2002, 7/8, pp. 388-389; ID., *Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *App. urb. edil.*, 1999, p. 323 ss. Va ricordata con più dettagli la posizione di CELONE, che ha dedicato una monografia allo studio dell'Autorità sui contratti pubblici. Nella parte del saggio che, a nostro avviso, porta maggiore interesse, l'Autore approfondisce la correlazione tra funzione di vigilanza e funzione di regolazione dell'Autorità, mettendo in evidenza che la funzione di vigilanza implica anche la sussistenza di un potere, logicamente presupposto, di fissare le regole di condotta della materia per la generalità degli operatori o per i singoli destinatari, che non può assumere solo un valore orientativo, ma deve assumere anche un valore conformativo e correttivo. Nella prospettiva accolta nel lavoro citato, la predisposizione di regole generali ed individuali di condotta cui i soggetti vigilati sono obbligati ad uniformarsi costituisce il nucleo fondamentale di quella che viene nominata funzione di “vigilanza indipendente”, cfr. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 152 ss. e 278 ss.

79 Con una ricostruzione molto accurata delle posizioni espresse dalla dottrina, A. SERGI, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMENICHELLI-G. SALA (a cura di), Cedam, Padova, 2014, p. 43 ss.: «l'argomento secondo il quale la funzione interpretativa dell'Autorità (in sede precontenziosa e di regolazione) risulterebbe giustificata anche dalla contraddittorietà della giurisprudenza può essere rivoltato, considerando che gli atti di regolazione dell'Autorità non determinano certezze giurisprudenziali e che, ove certezze siano indotte negli operatori, le stesse sono destinate a rimanere frustrate dal continuo proliferare di soluzioni diverse nelle applicazioni giurisprudenziali, che a ben vedere talora faticano ad assestarsi anche nel caso di interventi dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. In luogo dell'argomento “siccome la giurisprudenza è divisa, serve la regolazione interpretativa” si avrà l'argomento “siccome la giurisprudenza non è vincolata dalle opzioni interpretative dell'Autorità, la regolazione interpretativa non serve” (...)), p. 172; d'altra parte, secondo l'Autore, la funzione interpretativa che parte della dottrina invoca non potrebbe nemmeno trovare fondamento in una relazione organizzativa (gerarchia, direzione, indirizzo), di cui non vi è traccia, tra l'Autorità e le amministrazioni sorvegliate entro la quale possano incanalarsi le indicazioni interpretative.

80 Si aggiunge a quanto già chiarito sulla nozione di regolazione, che, con siffatto termine, si indicano tutti gli atti (siano essi normativi o meno) nonché tutti i provvedimenti (di qualsiasi

della corruzione richiede di intervenire *ex ante*, dettando procedure, requisiti, prassi, contenuti e comportamenti alle imprese e alle stazioni appaltanti.

Pur nel nuovo quadro normativo, resta alquanto nebulosa, come vedremo dettagliatamente nei paragrafi seguenti, la qualificazione giuridica degli atti che ANAC adotta in esecuzione di quel potere, in quanto si tratta di atti atipici, difficilmente riconducibili alle fonti tradizionali. Sull'argomento si è soffermato, di recente, il Consiglio di Stato, nel parere n. 855/2016 della Commissione speciale, reso sullo Schema di decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti pubblici e delle concessioni. Nelle sue vesti di organo consultivo, il Consiglio di Stato, qualificata l'ANAC come autorità di regolazione – il che, come si diceva, è un dato ormai acquisito e incontestabile –, ha sollecitato una riflessione del Governo sulla natura giuridica degli atti indicati nel testo sottoposto al proprio esame, oltre che sulla relativa collocazione nella gerarchia delle fonti⁸¹. Riflessione che, tuttavia, non è stata, per il momento, foriera di modifiche significative al testo sottoposto per l'acquisizione del parere. Da un punto di vista generale, l'ammissibilità dell'impugnazione di ogni provvedimento di ANAC⁸², prevista sia dalla legge delega sia dal nuovo Codice, presuppone, secondo logica, che si tratti di «un qualcosa»⁸³ in grado, potenzialmente (salvo la verifica, in concreto, della legittimazione e dell'interesse a ricorrere), di incidere direttamente sulla sfera giuridica dei destinatari. Questo significa, in sintesi e lasciando impregiudicata la questione della natura degli atti dell'Autorità, alla quale tra poco ci dedicheremo specificamente, che la legge delega e il nuovo Codice riconoscono agli atti di ANAC la capacità di integrare il quadro regolatorio o prescrittivo in materia di contratti pubblici. Del resto, ciò accade, salvo poi le necessarie precisazioni che tengono conto delle specificità dei singoli casi, ogniqualvolta vi sia un'autorità di regolazione⁸⁴.

Ovviamente, più il potere di regolazione è invasivo, più se ne percepisce il contrasto con il principio di legalità, che, come si è già ricordato, vorrebbe un fondamento normativo preciso per l'attribuzione del potere (fondamento normativo che, peraltro, il d.lgs. n. 50/2016 oggi offre, nel caso di ANAC), e una legittimazione democratica di chi ne faccia uso. La discussione sul pun-

tipo o natura) con cui si interviene sull'attività di cittadini e imprese, cfr. *The OECD Report on regulatory reform: Synthesis*, Parigi, 1997, p. 6; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, cit.; la regolazione è intesa in dottrina come «un'attività di natura oggettivamente, soggettivamente e formalmente amministrativa ancorché esercitata in una posizione di particolare autonomia e indipendenza per la cura di pubblici interessi», V. M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Giuffrè, Milano, 2001. Pare opportuno ricordare che a fungere da sfondo in ordine a un tema di siffatta complessità si colloca quell'approccio che si definisce «costituzionalistico politologico alla regolazione – da intendersi come tendenza analitica riconducibile alla corrente della *public choice* – teoria delle scelte pubbliche e collettive – che rielabora e adatta al comportamento politico il postulato neoclassico della massimizzazione dell'utilità attesa su cui si fonda la teoria della razionalità limitata», M. RAITERI, *Diritto, regolazione, controllo*, Giuffrè, Milano, 2004.

81 Cons. St., Comm. Spec., 21 marzo 2016, n. 855, spec. p. 37 ss.

82 Il che comunque, a nostro avviso, non può significare che si ammetta un ricorso sfornito di interesse effettivo, attuale e concreto del destinatario, stanti i caratteri generali della giurisdizione amministrativa intesa pacificamente come giurisdizione soggettiva.

83 Ci si perdoni, per il momento, la genericità.

84 La funzione di regolazione è esercitata comunemente dalle Autorità Indipendenti, come, per esempio, nel caso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, dell'Autorità Garante delle telecomunicazioni e della Consob, e, secondo taluni, è essenziale per fornire la giustificazione giuridico-politica della presenza di siffatte Autorità come protagonisti dei rispettivi ambiti di riferimento.

to, con riferimento al potere regolatorio di ANAC, non sarebbe diversa, in linea di massima, da quella che ha ampiamente percorso il dibattito sui poteri e sulla legittimazione democratica degli altri organismi indipendenti con funzioni di regolazione e che ha indotto a rafforzare, come contraltare del *deficit* di legalità «formale», la partecipazione degli *stakeholders* nel procedimento di formazione degli atti di regolazione, da un lato, e degli interessati in quello preliminare all'adozione di provvedimenti puntuali rivolti verso specifici destinatari, dall'altro. Va però dato adeguato riscontro al fatto che, nel caso di ANAC, esiste un importante fattore di legittimazione, in termini di legalità-spettanza, nel diritto globale e, in particolare, in atti frutto della cooperazione internazionale, in quanto, nel percorso che abbiamo illustrato, la Convenzione di Merida ha previsto l'istituzione, a livello nazionale, di autorità indipendenti dotate di compiti di regolazione, con finalità di prevenzione della corruzione. All'art. 6 della Convenzione, sono stati elevati a requisiti imprescindibili l'autonomia e l'indipendenza delle autorità anticorruzione. L'enfasi riposta su tali qualità dipende dall'oggetto della regolazione: trattandosi di prevenire funzionamenti patologici degli apparati pubblici, è essenziale che non vi siano canali di collegamento che interferiscano con l'autonomia delle valutazioni di competenza delle autorità nazionali anticorruzione, la cui imparzialità e neutralità, rispetto alle parti (private così come pubbliche) e agli interessi in gioco, è irrinunciabile.

Il fatto che l'attività di regolazione, nel campo dei contratti pubblici, abbia come destinatario principale le stazioni appaltanti, cioè, *in primis*, le amministrazioni pubbliche, comporta che essa interferisca con l'esercizio dei poteri discrezionali, per esempio, là dove venga chiarito come celebrare una gara oppure come comportarsi nella selezione dei criteri di aggiudicazione. In simili ipotesi, la convivenza tra interpretazione soggettiva della normativa vigente, esercizio di poteri regolatori e discrezionalità amministrativa va accuratamente valutata. In ragione, appunto, dell'esigenza di bilanciamento tra tali fattori, la regolazione di ANAC non può prescindere dal rispetto della discrezionalità appartenente all'attività di amministrazione attiva, a meno di non voler costruire il paradigma normativo dei contratti pubblici come un ambito di attività interamente vincolata. Il che però non parrebbe efficiente rispetto al suo oggetto: la specificazione dei requisiti tecnici del contraente rispetto alle prestazioni richieste, i criteri di selezione, la scelta della migliore procedura dipendono tutti (non solo, ma anche) da elementi puntuali del caso concreto, che appartengono alle valutazioni dell'amministrazione procedente e non possono essere generalizzati senza perdere aderenza rispetto ai fatti e al contesto su cui l'azione amministrativa esplica i propri effetti. Se così è, né l'attività di regolazione né tanto meno quella di vigilanza e di controllo dovrebbero trasfigurarsi in attività di amministrazione attiva⁸⁵.

Riflettendo su un esempio emblematico delle nuove forme di regolazione nel contesto europeo riguardo ai poteri attribuiti alle autorità di vigilanza sui mercati finanziari dalla nuova disciplina europea – che hanno in comune con la regolazione nel mercato dei contratti pubblici il rivolgersi prevalentemente a soggetti pubblici o comunque istituzionali – è stato messo in luce che le finalità sottese alla regolazione, quando quest'ultima sia diretta nei confronti delle autorità nazionali e non solo degli operatori economici, sono spesso orientate da un obiettivo primario che non è solo «finalistico», ma pure «metodologico», nel senso

85 Si v., tuttavia, la posizione espressa dal Presidente di ANAC (*retro*, nota 28).

che si vuole assicurare sia l'uniformità delle interpretazioni sia delle prassi, attraverso atti anche di *soft law*, pur privi di efficacia vincolante, ma non però privi di forza⁸⁶. Questi ultimi consentono infatti una regolazione meno invasiva, in quanto spesso non dotata di forza cogente, eppure parimenti efficace. Nell'ambito delle finalità, metodologiche, della regolazione diretta anche alle autorità pubbliche, spesso nei termini della *soft regulation*, si intende, da un lato, riconoscere alle autorità indipendenti, il ruolo di guida della società e di interpreti delle scelte migliori, e, dall'altro, preservare la libertà di scelta (nei termini della discrezionalità tecnica ed amministrativa) dei soggetti regolati⁸⁷.

A riguardo, gli studiosi del paternalismo libertario, oppositori delle forme di paternalismo coercitivo, hanno messo in luce la maggiore propensione della *soft law* (se si pensa alle tecniche di redazione delle leggi) o della *soft regulation* (se si pensa all'attività di regolazione di competenza delle autorità indipendenti o delle agenzie) a riconoscere spazio all'adesione razionale dell'individuo ad un precetto convincente per la sua razionalità, piuttosto che per il fatto di essere obbligatorio. Il paternalismo libertario unisce così due concetti: la *libertà*, perché gli individui dovrebbero essere liberi di fare quello che credono e il *paternalismo* in quanto è necessario che vi siano degli «architetti delle scelte» capaci di influenzare per il meglio i comportamenti degli individui «per rendere le loro vite migliori»⁸⁸.

Se queste sono le caratteristiche della *soft regulation*, tale tecnica regolatoria, nel campo del mercato dei contratti pubblici, potrebbe avere un fonamen-

86 In questo senso v. L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, relazione presentata al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su "Regole del mercato e mercato delle regole: Il diritto societario e il ruolo del legislatore" – Venezia, 13-14 novembre 2015, in <http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/gli-scritti-di-luisa-torchia/>.

87 Sempre più spesso organizzazioni internazionali, soggetti di diritto privato o istituzioni non governative producono norme non vincolanti (*standards, guidelines e rules*) dirette agli operatori di un determinato settore di mercato (i.e., l'OCSE, il WWF, il WTO, il FMI, ecc.); cfr. B. KINGSBURY-N. KRISCH-R. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, vol. 68, p. 15 s. Prendendo spunto da questo modello, parte della dottrina americana ha messo in evidenza i limiti del tipico modello di *command and control*, considerato come lento, difficile da implementare e inefficiente, in quanto spesso incapace di assicurare la *compliance* dei soggetti privati, cfr. E. BARDACH-R. KAGAN, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*, Temple University, Philadelphia, 1982; T. GAYER-W.K. VISCUSI, *Behavioral Public Choice: The Behavioral Paradox of Government Policy*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2015, p. 973 s. La *Soft Regulation*, anche alla luce delle considerazioni emerse nel primo paragrafo di questo scritto, emerge per contrapposizione alla tipica regolamentazione statale o *hard regulation*: il soggetto regolatore non impone una regola che produce una sanzione ma fornisce delle indicazioni, dei consigli, agli operatori. Le teorie comportamentali sottese a questo modello di regolazione sono state esaminate e precisate negli studi di Sunstein, che denomina la tecnica di cui si è detto "paternalismo libertario"; cfr., in merito, C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond The Precautionary Principle*, cit., in particolare, p. 175 ss.; R. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, cit.; C.R. SUNSTEIN, *Simpler: The Future of Government*, cit., con commento di A. SPINA, in questa *Rivista*, 1/2014; il paternalismo libertario viene associato anche all'omologo concetto appellato "*neo-voluntarism*" da W. STREECK, *Neo-voluntarism: a new European policy regime?*, in *European Law Journal*, 1995, p. 31 ss.

88 R. THALER-C. R. SUNSTEIN, *Nudge: La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2009 spec. pp. 11-12: «il paternalismo libertario è un tipo di paternalismo relativamente tenue, indulgente e poco invadente, perché le scelte non vengono bloccate, impedito o rese eccessivamente onerose. (...) Tuttavia, l'approccio che noi raccomandiamo può essere considerato paternalistico, perché gli architetti delle scelte pubblici e privati non cercano semplicemente di monitorare o avallare le scelte che gli individui potrebbero fare, ma piuttosto cercano attivamente di spingere gli individui in una direzione che possa migliorare le loro condizioni di vita, pungolandoli».

tale vantaggio rispetto alla tradizionale regolazione impositiva, in quanto sarebbe in grado di convivere con la discrezionalità amministrativa, senza eliminarla. Infatti, mentre la *soft regulation* traccia percorsi non vincolanti, ma persuasivi per razionalità o convenienza, continuano ad appartenere alla sfera di potere riservata alle amministrazioni aggiudicatrici le valutazioni discrezionali circa l'opportunità o meno di adeguarsi all'indicazione suggerita (alla interpretazione proposta in un determinato parere di ANAC piuttosto che alle linee guida contenute in una certa determinazione⁸⁹) e, parimenti, si persegue l'obiettivo di portare chiarezza nel sistema e uniformare i comportamenti, *inducendoli senza imporli*.

Non è, del resto, appropriata la critica che talvolta si muove al concetto di *soft regulation*, ove si dica che essa è troppo generica o carente di disciplina sostanziale e procedimentale. Infatti, quanto al significato, per *soft regulation* si intende qualsiasi tipo di regolazione, esercitata con atti di qualsivoglia *nomen*, purché lo strumento della regolazione non sia imposto ai soggetti regolati, ma siano questi ultimi a valutare se adeguarsi o meno, alla luce di soggettive considerazioni, anche dedotte dalle conseguenze che dal mancato allineamento all'ipotesi regolatoria potrebbero derivare; quindi, ci pare che il concetto sia sufficientemente identificabile. Quanto alla disciplina sostanziale e procedimentale, occorre tenere presente che il legislatore nazionale, ben consapevole delle tensioni istituzionali provocate dalla presenza invasiva di organismi estranei al circuito elettivo, eppure incaricati di regolamentare determinati mercati, ha previsto come obbligatorio e sistematico, anche per l'adozione di atti non vincolanti, il ricorso alle tecniche della valutazione *ex ante* dell'impatto della regolazione attraverso la consultazione preventiva degli *stakeholders*⁹⁰, rendendo opportuno misurare efficienza e utilità degli atti di regolazione tramite le tecniche della *better regulation*⁹¹ (tra cui rientra il procedimento di sottoposizione alla verifica preventiva e successiva di impatto delle regolazione). Una disciplina specifica inerente all'analisi preventiva dell'impatto della regolazione è difatti inserita in appositi regolamenti adottati prima dall'Autorità

89 Ove, naturalmente, non si tratti di linee guida con contenuto precettivo, perché in quest'ultimo caso, le linee guida finiscono con l'integrare il quadro dispositivo del diritto vigente.

90 Cfr. in particolare l'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229: «1. Le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione. 2. Le autorità di cui al comma 1 trasmettono al Parlamento le relazioni di analisi di impatto della regolamentazione da loro realizzate. 3. I soggetti di cui al comma 1 provvedono alla verifica degli effetti derivanti dall'applicazione di contratti predisposti mediante moduli o formulari ovvero di clausole e condizioni contrattuali normativamente previste o a contenuto generale. 4. Sono, comunque, escluse dall'applicazione del presente articolo le segnalazioni e le altre attività consultive, anche se concernenti gli atti di cui al comma 1, nonché i procedimenti previsti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni».

91 Cfr. C.M. RADAELLI-A.C.M. MEUWESE, *Better regulation in the European Union, The political economy of impact assessment*, in K. JACOB (a cura di), *Evaluating Integrated Impact Assessments*, (EVIA) Handbook, Springer, 2009; A. ALEMANNI, *The Better Regulation initiative at the judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 382 ss.; R. BALDWIN, *Is better Regulation smarter regulation?*, in *Public Law*, 2005, p. 485; F. CACCIATORE, "Legiferare con intelligenza" attraverso la valutazione strategica della regolazione. *Verificare ex post per definire ex ante*, in *Rassegna Trimestrale dell'Osservatorio AIR*, Anno II, 3 luglio 2011, p. 26 ss.; C.M. RADAELLI, *Better Regulation at the Lisbon Agenda*, presentato alla *Evaluation Society Conference*, "Evaluation in Society: Critical Connections", Londra, 4-6 ottobre 2006.

di Vigilanza e ora da ANAC con riferimento agli atti di contenuto generale, tra cui linee guida, bandi-tipo e istruzioni alle SOA⁹².

4.1. Regolazione anticorruzione e *nudging*

L'utilizzo, nel testo normativo che conferisce poteri ad ANAC, dell'espressione «regolazione flessibile», ci riporta, come anticipato, alla categoria teorica della *soft regulation* e rende indispensabile chiarirne *ratio* e metodologie.

Si definisce *nudging* quel modo di regolare «pungolando», che rappresenta l'emblema del procedimento di induzione, basato sulla suggestione, dinanzi accennato.

Il metodo dell'induzione, al posto di quello della coercizione diretta, rispetta l'estrazione tecnica (e non politica) delle autorità indipendenti e si concilia più agevolmente con il principio di separazione dei poteri (in particolare, del legislativo dall'esecutivo). Il fondamento scientifico delle tecniche del *nudging* sta (non nelle materie giuridiche, ma) nelle teorie comportamentali⁹³, che affiancano al concetto autoritativo di vincolatività precettiva quello di conformazione deliberata e razionale susseguente ad un procedimento deduttivo, in cui si *sceglie* la *compliance* a determinate regole (si badi: non a determinate norme) in ragione degli effetti che ne derivano. La regolazione che appartiene a questo archetipo è il frutto di numerosi esperimenti pratici e statistici, che dimostrano in che maniera sia possibile ottenere risultati efficaci, in termini di spontaneo adeguamento a regole non vincolanti. Essa è tanto più efficace quanto più è calata nel contesto di riferimento ed è sapientemente sviluppata ove si considerino tendenze, sensibilità e problematiche proprie dei soggetti regolati.

Ebbene, se proviamo a qualificare l'ANAC, per la parte in cui i suoi atti non siano dotati di forza impositiva, come *soft regulator*, in un modello astratto e mosso solo da decisioni razionali, la *soft regulation* raggiungerebbe facilmente il suo obiettivo: infatti, la speciale conoscenza da parte dell'Autorità della complessità del mercato, la precisa specializzazione, oltre che la sua autorevolezza istituzionale, dovrebbero indurre le amministrazioni (e, più in generale, tutti gli attori di quel mercato, che siano imprese, giudici o interpreti) a conformarsi spontaneamente alle indicazioni che giungono dall'Autorità di settore, a prescindere dalla vincolatività o meno di cui le determinazioni di quella siano dotate, salvo che le singolarità del caso concreto non lo rendano impossibile.

Più in particolare la conformazione degli atti amministrativi alle indicazioni dell'Autorità Anticorruzione dovrebbe essere la conseguenza spontanea del fatto che la volontà dell'amministrazione deve formarsi in esito ad una valutazione che rispetti il principio di ragionevolezza, e cioè sia corredata da una motivazione che colleghi le decisioni assunte con il perseguimento dell'inte-

92 Cfr. Regolamento del 27 novembre 2013 e Regolamento dell'8 aprile 2015, rispettivamente, sulla disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto delle regolamentazione (VIR) nonché sulla disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

93 Con i metodi di indagine statistica e empirica che le caratterizzano. Si è trovato particolarmente utile, anche per illustrare la diversa modalità di lavoro rispetto a quella cui il giurista è più avvezzo, il volume di R. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, cit.

resse pubblico e che rispetti non solo le norme vigenti, ma anche i principi guida della discrezionalità amministrativa, che possono emergere altresì dalle elaborazioni contenute in atti non vincolanti di soggetti istituzionali. Ciò significa che la vincolatività delle norme che costituiscono il mercato dei contratti pubblici deve saldarsi, necessariamente, con le regole e con i principi di quello stesso mercato, ricostruiti attraverso atti non necessariamente prescrittivi (di ANAC così come di altri soggetti, tra cui, per esempio, la Commissione Europea o altri organismi nazionali e sovranazionali) che, all'osservazione di coloro che operano in maniera razionale, nel perseguimento dell'interesse pubblico e intendendo dunque raggiungere i medesimi obiettivi cui pure ANAC è preposta, dovrebbero apparire come un tutt'uno.

In altri termini, considerando il punto di vista delle stazioni appaltanti, l'allineamento agli orientamenti di ANAC, piuttosto che alle linee guida, oppure alle ricostruzioni interpretative contenute nelle determinazioni dell'Autorità rese su casi analoghi a quello che si debba affrontare, è atteso come esito naturale. Bisogna anche tenere conto che, ove le stazioni appaltanti non diano corso alle indicazioni dell'Autorità, si potrebbero trovare, per esempio, convenute in un giudizio di conto per danno erariale, sul presupposto di una interpretazione ritenuta scorretta delle norme del mercato dei contratti pubblici che abbia anche generato danno erariale, oppure potrebbero subire contestazioni da parte di operatori per eccesso di potere o violazione di legge, alla luce dei chiarimenti resi negli atti dell'Autorità; e non è nemmeno da escludersi che la lettura di ANAC sia posta alla base di indagini penali, ove le irregolarità rilevate evidenzino gli estremi della commissione di reati.

Riassumendo, le finalità della regolazione di ANAC, dal punto di vista metodologico, vanno individuate nella tendenza del sistema a uniformare la prassi delle stazioni appaltanti, riducendo conseguentemente il contenzioso. Finalità che si realizzano attraverso due distinte e complementari modalità: quella della adozione di atti vincolanti e quella delle tecniche della *soft regulation*. In quest'ultimo caso, gli atti non sono privi di effetti ed anzi, quando il destinatario della regolazione sia un soggetto pubblico, l'adeguamento spontaneo è atteso, in considerazione delle modalità e dei principi che accompagnano l'esercizio del potere discrezionale nonché della valutazione (di competenza dei soggetti pubblici) circa le conseguenze del mancato allineamento alle posizioni espresse dall'organo di regolazione del settore.

5. Le tecniche regolatorie di ANAC

La regolazione è un fenomeno vivo, multiforme, dotato di una particolare resilienza al contesto socio-istituzionale entro il quale si inserisce, capace di rigenerarsi assumendo sembianze nel tempo differenti, per rappresentare, senza traumatizzarle, le sensibilità culturali e le esigenze pratiche cui deve rispondere. Ora, considerato che il nostro legislatore ha delegato ad ANAC il compito di promuovere ed adottare atti di regolazione flessibile, appare dunque necessario intendere quale sia il significato sotteso all'espressione in argomento e, successivamente, interrogarsi sulla natura giuridica e sugli effetti degli strumenti di quella attività. Va detto subito che la regolazione «flessibile» non rappresenta una categoria dogmatica determinata, né ad essa si può associare una definizione appartenente alle tradizionali teorizzazioni del pensiero

giuridico. Di conseguenza, tenteremo di costruire la nozione analizzando gli strumenti che la attuano, ponendo in essere un procedimento logico di tipo induttivo; coglieremo, cioè, dalle caratteristiche delle tecniche che compongono la regolazione flessibile il suo significato, non potendo al contrario, in assenza di un postulato di partenza, procedere deduttivamente.

Si può comunque osservare, dalla semplice formulazione letterale, che l'accostamento del sostantivo «regolazione» con l'aggettivo «flessibile» potrebbe evidenziare una contraddizione in termini, nel senso che il fenomeno del regolare implica l'introduzione di vincoli, mentre la flessibilità si associa a comportamenti più o meno liberi. Il che parrebbe un poco incongruente. Senonché, da quanto anticipato nei paragrafi precedenti, possiamo già intendere perché una contraddizione non vi è affatto, ove ci si emancipi dalla tradizionale visione della regolazione impositiva per considerare, invece, le forme di regolazione meramente «suggestiva» (sul modello del *nudging*), che non eliminano la spontaneità dell'adesione agli indirizzi del regolatore e non prevedendo sanzioni in caso di inosservanza alle indicazioni regolatorie. Si vedrà, in verità, quanti argomenti la novella abbia delegato ad ANAC e come sia invasiva l'attività regolatoria di quest'ultima, pervasa da profili di vincolatività, tanto che si potrebbe dubitare, come qualcuno ha già cominciato a fare⁹⁴, della correttezza dell'aggettivo utilizzato. Vedremo che il diritto vigente affida ad ANAC il compito di adottare sia atti di *soft regulation* propriamente detti (cioè senza sanzione per la loro inosservanza) sia atti precettivi, cui segue un obbligo di adeguamento da parte dei destinatari (è quest'ultimo il caso, per esempio, delle linee guida c.d. vincolanti e dei bandi-tipo).

Ne consegue, a nostro avviso, che l'espressione regolazione flessibile si giustifica almeno in un duplice senso: *i*) quanto alle modalità di esercizio del potere regolatorio⁹⁵, non definite nella legge attributiva dei poteri, e *ii*) quanto ad efficacia degli atti di regolazione, ora impositivi ora meramente suggestivi⁹⁶.

5.1. Gli strumenti della regolazione di ANAC

Esaminando gli strumenti della regolazione di ANAC emergono, anzitutto, la complessità e l'incertezza che spesso si accompagnano alla flessibilità e agli esperimenti che vogliono essere innovativi rispetto al sistema nel quale si inse-

⁹⁴ Per esempio, C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it (pubblicato il 28 aprile 2016).

⁹⁵ Del resto, proprio là dove si evidenzia un «rischio sistemico» all'interno di un determinato mercato, come per esempio nel caso del mercato bancario – ma anche appunto nel mercato dei contratti pubblici – i poteri di prevenzione, controllo e regolazione sono appoggiati su «*clausole abilitanti*» piuttosto generali e, di conseguenza, i presupposti dell'azione sono spesso rimessi all'esercizio della discrezionalità tecnica delle autorità di regolazione. Entrambe le espressioni tra virgolette sono di L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, cit.

⁹⁶ Alcuni autori individuano la definizione di *soft regulation* per contrapposizione con le tipiche caratteristiche della *hard regulation* (vincolatività, effetto diretto, precisione, sanzionabilità). Così per esempio, si legge che «*Soft regulation refers to a wide range of quasi-legal instruments that differ from hard law as they lack immediate, uniformly binding, direct effects, precision, and clearly delineated monitoring, dispute settlement, and enforcement authorities*», C. KOUTALAKIS *et al.*, *When soft regulation is not enough*, cit. Altri ne evidenziano il limite principale nella mancanza di meccanismi di risoluzione dei conflitti interpretativi, W. ABBOTT-D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 2000, p. 421 s. Sempre sulla distinzione tra *soft* e *hard regulation* si suggerisce di consultare lo studio di K. SIMON-P. MARGINSON, *Soft regulation: Travesty of the real thing or new dimension?*, cit.

riscono. Un modello rigido, basato su fonti tipiche, certamente non incontrerebbe le problematiche che invece sussistono ove si tenti di ricondurre gli atti dell'Autorità alla gerarchia delle fonti del diritto. Conviene a proposito ricordare che le fonti del diritto vengono identificate anzitutto attraverso criteri formali, tramite i quali è possibile distinguere quelle di rango costituzionale e primario, che rappresentano un sistema chiuso – nel senso che i tipi e le procedure sono indicate nella Costituzione – e quelle secondarie, che appartengono invece ad un sistema aperto, in quanto la normativa primaria può introdurre il rinvio a fonti a sé subordinate, limitandosi a disciplinarne il procedimento di formazione. Accanto ai criteri formali, ne sono stati elaborati anche di sostanziali (in relazione ai quali, tra l'altro le posizioni degli studiosi del diritto costituzionale non sono uniformi), concentrati sugli aspetti contenutistici, che ricercano l'astrattezza e la generalità all'interno dell'atto considerato, per stabilirne la natura «normativa» e, dunque, la qualificazione in termini di fonte del diritto.

Per intendere la natura degli atti di ANAC e la loro collocazione rispetto al sistema delle fonti del diritto, possiamo avviare la nostra ricerca sul punto ripartendo dal fatto che, nell'attuale quadro normativo della materia, il nuovo Codice ha delegato ad ANAC l'adozione di diverse tipologie di atti ed attività, dalle linee guida agli atti di indirizzo, dai bandi-tipo ai pareri di precontenzioso e così via, ascrivibili all'ambito delle finalità evidenziate in precedenza⁹⁷. Dunque, si versa nell'ipotesi in cui vi sia una fonte tipica (nel nostro caso, un atto avente forza di legge e, precisamente, il d.lgs. n. 50/2016) che delega ad atti susseguenti, a sé subordinati, il compito di integrare la normativa primaria.

Gli strumenti di regolazione che il nuovo Codice menziona più di frequente sono le linee guida (assunte con determinazione o con delibera del Consiglio dell'Autorità)⁹⁸, dettate per questioni di carattere generale, nell'ottica di perseguire gli obiettivi di standardizzazione e di semplificazione dei procedimenti ad evidenza pubblica.

Già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 era frequente l'utilizzo di linee guida, nonostante non ne fosse chiarita la base normativa. Ricordiamo a riguardo e a titolo esemplificativo: la determinazione 22 maggio 2013, n. 4 contenente le linee guida sulle operazioni di *leasing* finanziario e sul contratto di disponibilità; la determinazione 15 gennaio 2014, n. 1 sull'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006; la determinazione 8 gennaio 2015, n. 1 sul soccorso istruttorio. Gli esempi potrebbero naturalmente moltiplicarsi; ciò che, però, ci interessa maggiormente evidenziare è che, nel periodo precedente al nuovo Codice, in vigenza del D.P.R. n. 207/2010, le linee guida si limitavano prevalentemente a fungere da guida all'interpretazione, e non si avviò alcuna discussione intorno alla loro obbligatorietà.

Molto è cambiato con la novella, che, per diversi ed importanti argomenti, rinvia ora alle linee guida di ANAC per la disciplina di dettaglio, su cui il Codice non indugia, disciplina che, appunto, non sarà più contenuta in un regolamen-

⁹⁷ Conviene poi tenere presente che i poteri di ANAC non si basano solo sul codice degli appalti e delle concessioni, ma sono attribuiti anche dalla normativa anticorruzione, che deve essere almeno menzionata ove si voglia descrivere in maniera completa la tematica dei poteri regolatori dell'Autorità.

⁹⁸ Ci pare di poter affermare, anche grazie all'esame della casistica, che le determinazioni sono adottate su iniziativa dell'ANAC (già AVCP) per fornire indicazioni, indirizzi e criteri interpretativi su questioni ritenute di rilevante interesse per l'Autorità a prescindere dalla formulazione di quesiti da parte di terzi. Le delibere, invece, sono adottate a seguito di specifiche richieste di parere o di esposti pervenuti all'Autorità.

to attuativo (dunque in una fonte certamente tipica e gerarchicamente secondaria rispetto alla legge). Siccome così è, le linee guida costituiscono lo strumento del sistema aperto di regolazione flessibile, costruito sulle fondamenta della normativa primaria, al fine di completare le regole applicabili al mercato dei contratti pubblici, con l'intento di superare la stratificazione, la frammentazione e la veloce obsolescenza oltre che, in alcuni casi, la sopravvenuta inadeguatezza del quadro normativo di riferimento, rendendolo rispondente alle esigenze della politica economica e sociale del paese.

L'utilizzo di linee guida di ANAC è previsto, per esempio, dall'art. 31, per la nomina⁹⁹, il ruolo e i compiti del responsabile unico del procedimento; dall'art. 36, comma 7, per la disciplina di dettaglio dei contratti sotto soglia; dall'art. 78 per i criteri di scelta dei commissari di gara e delle commissioni aggiudicatrici; dall'art. 80, comma 13, per l'esclusione degli operatori economici dalle procedure d'appalto o di concessione; dall'art. 111, comma 1, per le modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile ed amministrativo dell'esecuzione del contratto; dall'art. 111, comma 2 per le attività di controllo affidate al Direttore dell'esecuzione del contratti.

Nelle norme appena richiamate, se, da un lato, è evidente che la legge incarichi l'Autorità di integrare le regole del mercato dei contratti pubblici, dall'altro, occorre intendere se il rinvio ricettizio operato dal Codice agli atti di ANAC sia sufficiente per conferire ad essi forza cogente e, dunque, se le linee guida, una volta adottate ai sensi del Codice, siano vincolanti e, ove lo siano, a che livello della gerarchia delle fonti debbano essere posizionate.

La risposta a questi interrogativi è più semplice nelle ipotesi in cui il Codice prevede che le linee guida debbano avere la forma del decreto ministeriale o interministeriale, perché, in quelle eventualità, esse assumono il valore giuridico e il livello gerarchico dell'atto che le approva, cioè del decreto ministeriale o interministeriale, divenendo così atti generali, al pari dei regolamenti ministeriali¹⁰⁰. Questo vale, per esempio, per le linee guida adottate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ai sensi dell'art. 24 comma 2 del nuovo codice, che dovranno declinare i requisiti che devono possedere le società di professionisti, le società di ingegneria ed i consorzi stabili delle predette società per poter espletare prestazioni relative alla progettazione di fattibilità, definitiva ed esecutiva dei lavori pubblici, nonché per poter eseguire la direzione dei lavori ed incarichi di supporto tecnico amministrativo alle attività del responsabile del procedimento. Poiché, nell'esempio appena citato, la vincolatività delle linee guida si appoggia su di un dato formale – e cioè sull'approvazione tramite decreto ministeriale o interministeriale – la collocazione gerarchica nel sistema delle fonti non discende dalla natura giuridica delle linee guida, ma da quella del decreto ministeriale. Viceversa, ove le linee guida non siano trasfuse in atti ministeriali, la problematica del relativo inquadramento nel sistema delle fonti del diritto e della loro forza giuridica resta aperta¹⁰¹.

D'altra parte, l'utilizzo dell'espressione «linee guida» non è affatto, di per sé, risolutivo, trattandosi, eventualmente (ove cioè ad esse si volesse ricono-

⁹⁹ Per la precisione gli artt. 31 e 78 rinviano genericamente ad «atti» di ANAC; in consultazione gli «atti» assunti ai sensi delle norme citate sono linee guida.

¹⁰⁰ Questo è previsto dagli artt. 24, comma 2 (che non si rifà, però espressamente a linee guida di ANAC, limitandosi a precisare che debba essere «sentita» ANAC); 111, commi 1 e 2; 144 comma 5.

¹⁰¹ Cfr. per esempio artt. 83, comma 2; 84, comma 2; 110, comma 5, lett. b); 197, comma 4 del nuovo codice.

scere la capacità di integrare l'ordinamento), di fonti atipiche. Conseguentemente, nel nostro caso, dovremo, alternativamente, attribuire valore giuridico agli atti (delibere o determinazioni) con cui le linee guida sono approvate oppure dedurre, dal loro contenuto, la relativa forza. Si anticipa, per ridurre immediatamente la tensione critica del tema posto, che, alla luce di quanto si sta per porre in evidenza, ci apparirà, a breve, scarsamente opportuno insistere su una nozione raccolta dalla regolazione tradizionale – come quella di «forza giuridica vincolante» – per descrivere il valore di atti della regolazione flessibile, inseriti in un contesto logico-sistematico che valorizza dinamiche differenti da quelle puramente formali.

Va detto che, talvolta, è il Codice stesso ad affermare la natura vincolante delle linee guida, come avviene, per esempio, in materia di SOA, ai sensi dell'84, per individuare i livelli *standard* di qualità dei controlli che le società organismo di attestazione devono effettuare, nonché i casi e le modalità di sospensione o annullamento delle attestazioni, o addirittura di decadenza delle autorizzazioni degli organismi di certificazione. Il Codice prevede inoltre che, ove non siano rispettati gli *standard* prescritti, l'ANAC possa esercitare poteri di diffida o disporre la sospensione e la decadenza delle autorizzazioni, oltre a poter applicare sanzioni pecuniarie. Altre volte la novella non specifica nulla a tale riguardo.

Consapevole delle criticità connesse all'incertezza circa il valore giuridico da attribuirsi alle linee guida, e in particolare circa la loro obbligatorietà nei confronti dei destinatari della regolazione, tenta di ricostruire la problematica il Consiglio di Stato, nel parere consultivo della Commissione Speciale sul nuovo Codice, a partire da una distinzione tra linee guida adottate con decreto ministeriale, linee guida vincolanti e linee guida non vincolanti. Ad esso ci riferiremo in quanto è il primo tentativo di sistematizzare gli strumenti della c.d. regolazione flessibile. Il ragionamento seguito parte dalla consapevolezza della varietà degli strumenti di regolazione, necessari per supplire, con un sistema più snello e flessibile, la carenza di un unico regolamento generale, secondo le indicazioni del legislatore delegante. L'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega, infatti, ha posto in capo ad ANAC il potere di adottare strumenti di regolazione flessibile «eventualmente dotati di efficacia vincolante, comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa»¹⁰². In merito alla natura giuridica delle linee guida e al loro posizionamento nella gerarchia delle fonti, la Commissione esclude la correttezza del richiamo al concetto di *soft regulation*, in quanto ritenuto «estraneo all'ordinamento nazionale, o comunque troppo generico» e conferma che le linee guida e gli altri atti assunti con decreti ministeriali o interministeriali, indipendentemente dal *nomen iuris*, debbano essere considerati come regolamenti ministeriali. Le linee guida a carattere non vincolante, invece, sono ritenute atti amministrativi, mentre quelle a carattere vincolante (ma non trasfuse in decreti ministeriali), vengono equiparate agli atti di regolazione delle autorità indipendenti e, dunque, intese come atti amministrativi generali in quanto atti di regolazione, escludendone la natura di fonti *extra ordinem*¹⁰³.

A noi pare che il parere del Consiglio di Stato colga nel segno là dove rileva l'importanza della problematica della necessità di attribuire agli atti di ANAC – e in particolare alle linee guida come strumento essenziale della regolazione

102 Cfr. Commissione speciale del 21 marzo 2016 sub II f) e g).

103 Sul significato del termine di rinvia alla precedente nota 16.

flessibile – un preciso valore giuridico, alla luce della certezza nell'applicazione del diritto. Viceversa, la soluzione proposta non appaga pienamente in quanto essa, da un lato, apre la strada a nuove incertezze e, dall'altro, limita fortemente il significato della regolazione flessibile, inaugurata però come obiettivo della nuova disciplina del mercato dei contratti pubblici fin dalla legge delega.

Condivisibilmente, le linee guida che la Commissione ritiene dotate di carattere vincolante sono qualificate come atti amministrativi generali, essendo atti di regolazione¹⁰⁴, con tutte le conseguenze in tema di garanzie sostanziali e procedurali da osservare. Come si sa, gli atti amministrativi generali hanno effetto obbligatorio nei confronti dei loro destinatari, pur non avendo valore *strictu sensu* normativo. Sono considerati atti amministrativi generali, per esempio, quelli con cui l'Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e i Servizi idrici definisce i criteri per la determinazione delle tariffe del gas o, comunque, gli atti di regolazione destinati ad una pluralità di soggetti.

La questione della riconduzione alla categoria dei regolamenti piuttosto che a quella degli atti generali riveste una certa importanza pratica perché, come è stato notato in dottrina¹⁰⁵, per esempio con riferimento agli atti del Garante della protezione dei dati personali, gli atti normativi, compresi i regolamenti, sono soggetti ai principi *iura novit curia* e *ignorantia legis non excusat*, nonché ai criteri di interpretazione di cui all'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile. La conclusione sposata dal Consiglio di Stato ha, invero, alcuni vantaggi pratici; *in primis* essa consente alla giurisprudenza amministrativa di impiegare, anche per il caso di impugnazione delle linee guida di ANAC, la teoria degli atti inscindibili, con estensione soggettiva di un eventuale giudicato di annullamento nei confronti di tutti i potenziali destinatari che dall'atto generale possano subire effetti negativi nella propria sfera giuridica¹⁰⁶. Appare più critica, a nostro avviso, la mancata inclusione, nella categoria degli atti generali con valore regolatorio, delle linee guida che il Consiglio di Stato indica come non vincolanti, che sono ritenute meri atti amministrativi. Peraltro, non è nemmeno chiaro su quale base il Consiglio di Stato ritenga di differenziare le linee guida a carattere vincolante da quelle non vincolanti. Se la distinzione si fonda sulle previsioni del Codice – e, in particolare, sul fatto che in esse vi sia menzione o meno di tale vincolatività –, si trascura del tutto di considerare gli aspetti contenutistici dell'atto giuridico «linee guida», che invece, ove basate su una delega codicistica a regolare taluni aspetti, comunque inclusa in una norma di fonte primaria (sia essa il Codice o altra legge ordinaria), si candidano come unici elementi giuridici per la regolazione di taluni aspetti e, di conseguenza, hanno inevitabilmente valore integrativo della regolazione del mercato dei contratti pubblici.

È vero che il Codice, solo in alcuni casi, fa riferimento alla vincolatività delle linee guida, ma la ragione della precisazione, in sé peraltro discutibile, deriva dal diverso livello di precettività delle linee guida atteso. Nel senso che, ove esso richiama la vincolatività delle linee guida, dà *in primis* una indicazione al

104 V. M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 53 s.

105 A. FROSINI, *Gli atti normativi del garante per la protezione dei dati personali*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3678 ss.

106 Alcune interessanti critiche sull'argomento sono state sviluppate nel lavoro di L. PISCITELLI-A. MARRA, *Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti delle Autorità di regolazione*, in questa *Rivista*, 2015, p. 37 ss.

regolatore perché provveda ad integrare l'ordinamento con una disciplina prescrittiva e di dettaglio, che vincoli, appunto, i soggetti regolati. Viceversa, ove ciò non è previsto, nell'adottare linee guida ai sensi del codice, l'ANAC potrà anche ridurre o finanche eliminare i contenuti precettivi, dando corso a indicazioni operative o a suggerimenti gestionali, promuovendo buone prassi, rispondendo a richieste di chiarimenti che provengano dal settore regolato, attuando cioè, in altre parole, una *soft regulation*. Come in effetti ha fatto già prima dell'esistenza del nuovo Codice.

Difatti, se si esaminano le bozze di alcune delle linee guida di ANAC sottoposte alla consultazione pubblica, come quelle in tema di finanza di progetto o per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, nel caso di forniture o servizi ritenuti infungibili, si può accertare che esse riportano proposte espressamente definite come «operative», frutto di una sintesi con la quale si promuove una lettura coordinata delle norme vigenti, raggruppandole e chiarendone i significati oltre che suggerendo dei modelli, ritenuti efficienti, di comportamento per le amministrazioni pubbliche.

A pochi giorni dalla pubblicazione della novella, sul sito istituzionale dell'Autorità, sono comparsi i primi documenti¹⁰⁷, elaborati sulla base delle previsioni del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, contenenti le linee guida ora sottoposte alla consultazione preventiva ai sensi del Regolamento recante la disciplina dell'analisi di impatto delle regolazione¹⁰⁸. Ebbene, l'analisi delle linee guida

107 Alla data del 1° luglio 2016, l'Autorità ha sottoposto a consultazione i seguenti schemi di linee guida:

1. il Direttore dei Lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto (art. 111, comma 1, del codice);
2. il Direttore dell'esecuzione: modalità di svolgimento delle funzioni di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto (art. 111, comma 2, del codice);
3. nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (art. 31 del codice);
4. offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95 del codice).
5. servizi di ingegneria e architettura (artt. 23, 24 e 157 del codice);
6. procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici (art. 36 del codice);
7. criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (art. 78 del codice);
8. linee guida per l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice;
9. criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese;
10. linee guida sui sistemi di monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato.

Nello specifico, le linee guida *sub* 1) e 2), scaduto il termine per la presentazione delle osservazioni, sono state approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 21 giugno 2016 per la trasmissione al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti al fine dell'adozione del decreto ministeriale di competenza, secondo quanto disposto dall'art. 111, comma 1, del Codice. Le linee guida *sub* 3), 4) e 5) sono state approvate dal Consiglio dell'Autorità nella medesima adunanza; tuttavia, «in considerazione della rilevanza generale delle determinazioni assunte», il Consiglio dell'Autorità «ha deliberato di acquisire, prima dell'approvazione dei documenti definitivi, il parere del Consiglio di Stato, della Commissione VIII – Lavori pubblici, comunicazioni del Senato della Repubblica e della Commissione VIII – Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici della Camera dei Deputati. All'esito dell'acquisizione dei pareri richiesti, si procederà all'approvazione e successiva pubblicazione dei documenti definitivi».

Nessuna determinazione è stata invece assunta dall'Autorità, alla data del 1° luglio 2016, per le linee guida *sub* 6) e 7) (il cui termine per la presentazione delle osservazioni è scaduto il 16 maggio 2016) né per le linee guida *sub* 8), 9) e 10) (il cui termine per la presentazione delle osservazioni è scaduto il 27 giugno 2016).

108 Non è chiaro, per la verità, quale sia la sorte cui sono destinate le linee guida in consul-

oggetto di consultazione preliminare è stata utile per intendere quali siano la modalità redazionali e quale il contenuto degli atti che, nelle intenzioni del legislatore e dell'Autorità Anticorruzione, costituiranno i principali strumenti della regolazione flessibile. A riguardo, si osserva che non vi è alcuna apprezzabile differenza, quanto alla pervasività del documento, a seconda che le linee guida siano ¹⁰⁹ o meno ¹¹⁰ destinate ad essere proposte al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per la successiva approvazione con decreto ministeriale. In entrambi i casi, il riferimento all'«opportunità», piuttosto che agli schemi concettuali della «doverosità ai sensi di legge», è ampiamente presente e ci pone di fronte a un nuovo modello di regolazione, che si sta realizzando, in maniera innovativa e sperimentale, nel mercato dei contratti pubblici, per la prima volta. Si scoprono strumenti di lavoro pratici, simili ai *vademecum* operativi – dette *guidelines* – redatti solo qualche anno fa, nel Regno Unito dall'*Office of Government Commerce* ¹¹¹, più che «norme» di un sistema giuridico. Per esempio, nel caso delle linee guida sottoposte a consultazione per il direttore dell'esecuzione, si legge che «si ritiene opportuno» (dunque e, *a fortiori*, non obbligatorio) che dell'avvio dell'esecuzione venga redatto apposito verbale firmato dal direttore dell'esecuzione e dall'appaltatore ¹¹²; in quelle sul responsabile del procedimento è evidente quanto sia rilevante il dialogo preliminare con i soggetti interessati, tanto da domandare agli *stakeholders*, fra l'altro, di presentare contributi sugli aspetti inerenti all'anzianità di servizio necessaria per assumere l'incarico e su eventuali requisiti aggiuntivi. Interessante notare anche, sempre con riferimento alle linee guida sul responsabile del procedimento, che, pur non essendovi menzione di una loro vincolatività nel codice, si legge (nel documento oggetto in consultazione) che «si ritiene di poter integrare le disposizioni del Codice prescrivendo che il RUP formuli proposte e fornisca dati e informazioni (...) per la preparazione di ogni altro atto di programmazione dei contratti pubblici (...)»; la chiara precettività del contenuto delle linee guida sul punto appena riferito ci conferma che si commetterebbe un errore a distinguere la forza giuridica (come ha fatto il Consiglio di Stato) sulla base della menzione codicistica della loro vincolatività, perché, nei nuovi (più flessibili e, per conseguenza, più approssimativi) canoni della regolazione flessibile, quest'ultima dipende, invece, come dimostra la lettura dei

tazione o, comunque, non approvate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, menzionate poco prima nel testo che si annota.

109 Come nel caso di quelle redatte ex art. 111, comma 2 del Codice, in merito al ruolo del direttore dell'esecuzione e alle modalità di svolgimento delle funzioni di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto.

110 Come, per esempio, gli «atti» – nella versione definitiva del Codice è stato espunto qui il riferimento a linee guida – adottati ex art. 31 sulla nomina, il ruolo e i compiti del responsabile del procedimento.

111 Organismo non più attivo dal 2010. Piuttosto note, anche per efficacia, per esempio le *Guidance on Competitive Dialogue* del 2008, consultabili qui: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225317/02_competitive_dialogue_procedure.pdf.

112 Le linee guida in consultazione sul ruolo del Direttore dell'esecuzione affermano che la direzione dell'esecuzione si sostanzia in attività volte a garantire, in sintesi, l'esecuzione della *performance* dell'affidatario, alle condizioni e nei costi pattuiti (determinanti per l'aggiudicazione); si legge anche, nel medesimo testo, che il contratto deve riportare alcune determinate clausole, perché quel controllo possa essere efficace. Tuttavia, quest'ultimo aspetto, evidentemente cruciale, non può essere presidiato tramite le funzioni del Direttore dell'esecuzione; dunque, la sede di una adeguata considerazione del tema avrebbe potuto essere il Codice, oppure l'argomento dovrebbe essere ripreso nelle linee guida sul responsabile del procedimento, soggetto cui compete la redazione dei documenti necessari per la celebrazione della gara e il conseguente affidamento del contratto.

primi documenti oggetto di consultazione, appunto dal contenuto e non dalla forma dell'atto.

Ritornando ancora un momento alla interpretazione del Consiglio di Stato, sulla qualificazione delle linee guida non vincolanti come atti amministrativi occorre riflettere. Una volta assodato, perché lo dice la legge, che tutti gli atti dell'Autorità sono impugnabili, che cosa aggiunge ritenere le linee guida non vincolanti atti amministrativi? Si potrebbe dire che essendo atti amministrativi devono soggiacere alle regole di copertura di spesa? Che generano ipoteticamente responsabilità contabile? E, inoltre, se sono atti amministrativi, ma non vincolanti, come è possibile che siano impugnabili? Come potrebbe sussistere, in assenza di vincolatività, l'interesse a ricorrere? In effetti, gli atti amministrativi non vincolanti, come per esempio alcuni pareri, sono sì impugnabili, ma solo assieme al provvedimento che, in attuazione del parere, contrasti con gli interessi del ricorrente. Ma, se fossero atti amministrativi ascrivibili al genere dei pareri consultivi, dovrebbero essere richiesti per un caso concreto e nell'ambito di un procedimento in cui vi sia un'amministrazione procedente ed una che esercita poteri consultivi. Ma così non è nel caso di linee guida. Si potrebbe dire, forse, che se sono atti amministrativi sono soggetti alla normativa sul procedimento amministrativo, se non fosse che esistono regolamenti per l'attività delle autorità indipendenti che contengono disposizioni precise e di applicazione speciale. Alla luce di questi interrogativi e delle ipotesi di risposta formulate, dovrebbe essere rivalutata, a nostro avviso, la riconducibilità di *tutte* le linee guida agli atti di regolazione (strada che ci appare corretta).

Le linee guida che abbiamo appena menzionato hanno, del resto, come si accennava, le sembianze di *vademecum* operativi, ma si tratta pur sempre di atti di regolazione (sia pure del genere della *soft regulation*). D'altro canto, lo studio delle linee guida – costellate da espressioni come «sembra opportuno», «appare preferibile», «tendenzialmente», «si intende con ciò orientare», «occorre fornire indicazioni», che militano ancora nel senso della non vincolatività – permette di conoscere quali siano le interpretazioni della normativa vigente preferite da ANAC e quali meccanismi, procedure o strumenti siano considerati a rischio nella visione propria dell'Autorità. Interessante, per esempio, che nelle linee guida in tema di *project financing* (precedenti all'entrata in vigore del nuovo Codice)¹¹³ si ritenga possibile, in quanto nulla lo vieta ed anzi proprio in assenza di una previsione *ad hoc* nel senso ipotizzato dall'Autorità, la promozione di modelli di consultazione preventiva, precedenti alla definizione dello studio di fattibilità e alla predisposizione di documenti di programmazione per limitare le contestazioni *ex post* che spesso accompagnano importanti progetti infrastrutturali, riducendo dunque il rischio di blocchi o ritardi dovuti a contenziosi¹¹⁴. Significativo, inoltre, in quanto ci permette di chiarire la base empirica del lavoro regolatorio di ANAC (che si giova anche dell'attività di vigilanza, di controllo e ispettiva che compete alla medesima Autorità), l'esordio del documento discusso in fase di consultazione in relazione agli affidamenti senza gara per forniture e servizi infungibili: ivi ANAC rileva il pungolo al pro-

¹¹³ Che non per questo, però, debbono necessariamente essere considerate superate. Se necessario, un adeguamento alle previsioni della novella può infatti avvenire nell'ambito del procedimento di valutazione di impatto della regolazione e, quindi, precedentemente alla loro formale approvazione da parte di ANAC.

¹¹⁴ ANAC, Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e servizi ai sensi dell'art. 153 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – Bozza di determinazione, 10-11 (invio contributi per la consultazione scaduto il 5 marzo 2015).

prio agire, cioè l'intenzione di diminuire gli incarichi diretti, senza previa pubblicazione di un bando di gara, dato che la frequenza con cui le stazioni appaltanti impiegano tali modalità di contrattazione fa dubitare che ricorrano, costantemente, le condizioni di eccezionalità contemplate dalla normativa in materia, che si basa sulla presenza di «circostanze eccezionali». Nelle linee guida sui servizi di architettura ed ingegneria (che appartengono al pacchetto dei primi sette documenti redatti in seguito all'approvazione della novella), torna ad emergere il carattere didascalico e descrittivo degli strumenti della regolazione flessibile, che puntano ad orientare gli operatori del settore; per esempio, lì si precisa che il d.lgs. n. 50/2016 continua a non contemplare l'affidamento di attività di supporto alla progettazione, e se ne fornisce una spiegazione, in maniera che gli operatori possano intenderne la *ratio* ed agire di conseguenza: «ciò discende dal principio generale in base al quale la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista (...)».

In conclusione, tra linee guida cui il Codice associa il carattere della vincolatività e linee guida genericamente intese, quello che cambia, a noi pare, non è la qualificazione in termini di atti di regolazione delle prime a discapito delle seconde, ma il contenuto e il metodo atteso da quella regolazione, ora precettivo ora orientativo (quest'ultimo evidente negli esempi appena ricordati). Di conseguenza, una volta che vi sia la legittimazione ad intervenire con efficacia integrativa dell'ordinamento, perché così prevede la legge, quale che sia il loro *nomen iuris* e a prescindere dall'indicazione che li voglia direttamente vincolanti, gli atti dell'Autorità hanno *tutti* la capacità di innovare l'ordinamento. Altra cosa è intendere in che termini lo innovino, cioè se con norme prescrittive oppure con strumenti differenti; si tratta, in ogni caso, di strumenti capaci di produrre effetti giuridici in una dinamica di rapporto tra diritto, regolazione e soggetti regolati flessibile e innovativa. Nulla esclude che ci si trovi di fronte, per esempio, a linee guida di cui sia affermato il carattere vincolante, che però, accanto a contenuti prescrittivi, forniscano anche indicazioni meramente suggestive. E viceversa. Questo perché gli strumenti della regolazione flessibile sono molto differenti dalle fonti tradizionali; essi sono, al medesimo tempo, più invadenti di queste ultime, perché la regolazione si occupa anche di interpretare, di suggerire, di ipotizzare prassi virtuose, di elaborare contratti tipo, eppure talvolta meno «vincolanti», in quanto si soffermano pure su interpretazioni sistematiche e razionali, solo suggerite agli operatori del mercato in questione.

Basta esaminare gli atti che, negli anni, l'Autorità sui contratti pubblici prima e l'ANAC poi hanno adottato, per notare la cura prestata nel fornire anche una ricostruzione generale degli istituti considerati, che spesso va ben al di là delle caratteristiche del caso concreto, e che si giustifica sulla base della consapevolezza che, per il tramite della *soft regulation*, il quadro fattuale e giuridico di riferimento tende, per le ragioni già in buona parte enucleate, spontaneamente ad adeguarsi.

L'attitudine naturale dell'ordinamento verso il rispetto uniforme e generalizzato degli atti dell'Autorità è facilitata dalla tecnica redazionale e argomentativa degli atti stessi, spesso motivati da riflessioni che si soffermano su ricostruzioni volte a chiarire lo stato dell'arte, l'evoluzione della giurisprudenza e l'interpretazione corretta della normativa applicabile al caso.

La tecnica del convincimento per induzione (che risponde alla metodologia su cui ci siano soffermati nel par. 4) è evidente anche nei pareri resi su

richieste specifiche, che affrontano il caso ma con un orizzonte più ampio. Per esempio, nel parere di precontenzioso n. 20 del 24 ottobre 2012, l'Autorità di Vigilanza, alla luce dell'art. 116 del previgente Codice dei contratti, che non esclude mutamenti soggettivi del contraente in fase di esecuzione, ha indagato la *ratio* del divieto di cessione delle quote nella società di progetto posto dall'art. 156, comma 3, del Codice, illustrando le condizioni in presenza delle quali, a suo avviso, detto divieto potrebbe tollerare dei temperamenti; nel parere di precontenzioso n. 6 del 8 febbraio 2012, l'Autorità si è soffermata sull'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, affermando che la norma citata non può consentire l'avvalimento della certificazione di qualità; nel parere di precontenzioso n. 114 del 21 maggio 2014, l'Autorità Anticorruzione ha affrontato la tematica dei raggruppamenti temporanei di imprese sovrabbondanti, ritenendo che sarebbe illegittima la previsione del bando di gara che preveda un'esclusione automatica dei raggruppamenti di tal fatta, e che la stazione appaltante, qualora ravvisi possibili profili anti-concorrenziali nella formazione del raggruppamento, avrebbe piuttosto l'onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni; in un recentissimo parere del 23 gennaio 2015 sulla normativa applicabile al contratto di disponibilità, ANAC ha chiarito che l'oggetto di quel contratto non può riguardare opere demaniali o da realizzarsi sul demanio pubblico.

I pareri citati non hanno valenza generale, eppure se le amministrazioni non ne tenessero conto potrebbero esporsi a contestazioni in termini di illegittimità (per violazione o scorretta applicazione di legge) dei propri atti. Di conseguenza, sia nel caso concreto sia in casi analoghi, gli atti dell'Autorità hanno valenza giuridica, sia pure indiretta, anche ove non siano propriamente e immediatamente vincolanti. Se così stanno le cose, è più che opportuno che la novella si sia preoccupata di prevedere che «Al fine di garantire la consultazione immediata e suddivisa per materia degli strumenti di regolazione flessibile adottati dall'ANAC comunque denominati, l'ANAC pubblica i suddetti provvedimenti con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento»¹¹⁵.

Ridimensionata la differenza tra linee guida vincolanti e non, si capisce anche perché nel Regolamento sull'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) è previsto che *tutte* le linee guida, di regola, siano preventivamente soggette a quella procedura – come in effetti avviene – e che successivamente siano sottoposte al controllo in sede di verifica di impatto della regolamentazione (VIR), con conseguente conferma, modifica o sostituzione. La parità di procedura (tra linee guida vincolanti e non) si giustifica, razionalmente, solo ove si ammetta la possibilità di integrare la disciplina vigente anche tramite linee guida non indicate come vincolati dal Codice. Altrimenti queste ultime avrebbero dovuto essere escluse almeno dall'analisi di impatto preliminare della regolazione.

Nell'esperienza di ANAC, condividono le medesime finalità delle linee guida, ed hanno un rilievo importante, almeno numericamente, gli «orientamenti», espressi sui temi dell'anticorruzione, della trasparenza, dei contratti pubblici e in materia di organismo di vigilanza¹¹⁶. Ad esempio, in materia di anti-

¹¹⁵ Comma 17, art. 213 del nuovo Codice.

¹¹⁶ Cfr. Regolamento del 14 gennaio 2015: Modalità operative per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e decreti attuativi e, in materia di appalti

corruzione, l'Autorità con l'orientamento n. 24 del 21 ottobre 2015 ha delimitato il campo delle prescrizioni e dei divieti contenuti nell'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. n. 165/2001, che fissa la regola del c.d. *pantouflage*; mentre con l'orientamento n. 18 del 27 maggio 2015 ha stabilito che non sussiste incompatibilità ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 39/2013, tra incarico di componente del consiglio di amministrazione di un'azienda speciale ed incarico amministrativo di vertice di un ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di un ente locale. In materia di trasparenza, con l'orientamento n. 24 del 23 settembre 2015, l'Autorità ha ben definito il divieto per le amministrazioni pubbliche, disposto dall'art. 22, comma 4, del d.lgs. n. 33/2013, di erogare somme a qualsiasi titolo in favore di enti pubblici vigilati, enti di diritto privato in controllo pubblico e società partecipate; mentre con l'orientamento n. 11 del 21 maggio 2014 ha messo in evidenza che anche i provvedimenti di DIA e SCIA sono soggetti agli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 23 del d.lgs. n. 33/2013, in considerazione degli effetti sostanziali ad essi conseguenti. Passando invece all'ambito dei contratti pubblici, desta curiosità la circostanza che, ad oggi, risulta essere stato adottato un solo orientamento, il n. 7 del 25 febbraio 2015, che stabilisce che l'art. 26-ter del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, recante l'obbligo per la stazioni appaltanti di corrispondere, nei casi previsti dalla norma, l'anticipazione del prezzo nella misura prestabilita del 10%, è norma eccezionale e imperativa e, di conseguenza, in forza del principio dell'eterointegrazione, si inserisce di diritto nella disciplina di gara anche in sostituzione di eventuali clausole difformi. In materia di organismo indipendente di valutazione, invece, si registrano soltanto sei orientamenti, tutti emanati nel 2014 (esattamente, maggio e giugno), che vertono rispettivamente su questioni di conflitti di interesse, sulla possibilità di revocare l'OIV in carica e sulle modalità di svolgimento delle sue funzioni.

L'analisi degli orientamenti dell'Autorità mostra che le materie maggiormente interessate dallo strumento in parola sono quelle dell'anticorruzione e della trasparenza, probabilmente a causa dell'elevato numero di determinazioni adottate dall'Autorità in materia di contratti pubblici, che già contribuiscono a chiarire molte delle questioni controverse o dubbie a prescindere dalla formulazione di appositi quesiti da parte di soggetti terzi.

Quanto al valore, vincolante o meno, degli orientamenti, l'art. 3 del Regolamento del 14 gennaio 2015¹¹⁷ chiarisce che si tratta di «indicazioni in forma sintetica per la soluzione del quesito rappresentato». Dunque, trattandosi di «*indicazioni*», essi non dovrebbero essere intesi come atti inderogabilmente vincolanti. Tuttavia, siccome gli orientamenti vengono elaborati a fronte della richiesta di un soggetto, è la propensione del richiedente al dialogo con l'Autorità, piuttosto che la natura dell'atto, a rendere facilmente prevedibile un adeguamento spontaneo a quanto statuito dall'Autorità (almeno con riferimento all'istante).

Sono un esempio interessante di regolazione flessibile anche i bandi-tipo, che l'Autorità ha il compito di elaborare: l'art. 71 del Codice introduce la regola

pubblici ai sensi dell'art. 3, comma 3 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, adottato dall'Autorità nella seduta del 2 settembre 2014.

¹¹⁷ Recante «Modalità operative per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e decreti attuativi e, in materia di appalti pubblici ai sensi dell'art. 3, comma 3 del "Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163", adottato dall'Autorità nella seduta del 2 settembre 2014».

secondo la quale le stazioni appaltanti devono redigere i propri bandi in conformità ai modelli tipizzati. Dunque, nella legge viene sancito il valore vincolante dei modelli redatti da ANAC¹¹⁸. Se poi si esamina il contenuto dei bandi-tipo già disponibili in quanto approvati dall'ANAC, anche in questi casi si ritrova qualcosa di diverso dal vincolo precettivo proprio della disciplina legislativa e delle altre fonti tipiche¹¹⁹. Infatti, va a riguardo tenuto presente che l'esame dei bandi-tipo che l'Autorità ha già presentato nel 2014 – ossia quello relativo all'affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari per contratti di importo inferiore a euro 150.000 con offerta al prezzo più basso e quello per i servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei settori ordinari – consente di osservare come non si tratti di documenti rigidi, ma al contrario di «strumenti di lavoro» che si prestano ad essere implementati in maniere parzialmente differenti, sia pure ispirate alla medesima logica. La flessibilità in parola si coglie esaminando nei dettagli i bandi-tipo, che presentano spesso diverse alternative tra cui le amministrazioni possono optare, esercitando così il proprio potere discrezionale pur in presenza di atti, in sé vincolanti, ma con un livello di coercibilità ridotta considerato quanto appena precisato. Per ciò, i bandi-tipo sono accompagnati da note illustrative in cui si ritrovano istruzioni operative utili agli operatori, volte a favorire una corretta, razionale e trasparente gestione delle regole e delle procedure di gara.

L'oggetto della regolazione tramite bandi-tipo è, più di tutto, il procedimento di gara. La previsione di regole comuni, per esempio, sulle modalità con cui è possibile chiedere ed avere chiarimenti, oppure in tema di requisiti generali di partecipazione e sulla verifica di questi ultimi, agevola la chiarezza redazionale ed ha lo scopo di aumentare la qualità della stesura dei bandi di gara, talvolta ambigui o non perfettamente coerenti con la normativa vigente. Tali obiettivi sono essenziali e meritori, purché i bandi-tipo si mantengano sul livello di genericità di cui si è detto, e abbiano cura di non eliminare o ridurre drasticamente la discrezionalità amministrativa o tecnica delle stazioni appaltanti. Anch'essi sono atti di regolazione.

Dalla regola di conformità ai bandi redatti da ANAC – allo scopo, dichiarato dalla norma in materia (art. 71 del nuovo Codice), di omogeneizzare le condotte delle stazioni appaltanti – dovrebbe derivare un circolo virtuoso, in grado, tra l'altro, di diminuire i costi delle gare, aumentare la competitività tra gli

118 La previsione di bandi e contratti-tipo è già stata sperimentata, ad esempio, nel campo della regolazione del settore della distribuzione del gas. Il d.m. 12 novembre 2011, n. 226, ricordato come «regolamento gare», da ultimo modificato con d.m. 20 maggio 2015, n. 106, con una tecnica analoga a quella di cui si sta discorrendo, prevede, all'art. 9, comma 1, che la stazione appaltante predisponga e pubblichi il bando di gara e il relativo disciplinare «attenendosi» agli schemi e alle indicazioni del bando-tipo e del disciplinare-tipo come allegati al predetto decreto, comprensivi anche – ai sensi del comma 9 del medesimo articolo – del contratto-tipo.

119 Si notano alcune interessanti analogie tra i poteri di ANAC inerenti alla regolazione del mercato dei contratti pubblici e quelli in capo all'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), istituita dall'art. 37 del d.l. n. 201/2011, convertito con modificazioni in legge n. 214/2011, con funzioni nel settore dei trasporti, dell'accesso alle relative infrastrutture ed ai servizi accessori. L'art. art. 37, comma 2, lett. f) della legge appena citata, con riferimento agli atti di gara, attribuisce all'Autorità il compito di definire «gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitoli delle medesime gare e stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici». Le attività svolte dalle due Autorità sono suscettibili di sovrapposizione. Allo scopo, pertanto, è stato sottoscritto un Protocollo d'intesa, il 20 novembre 2014, volto a prevedere che ANAC ed ART possano collaborare, ciascuna con le proprie competenze e nell'ambito delle rispettive funzioni e rispettivi poteri, nella definizione dei bandi di gara e delle relative convenzioni nel settore dei trasporti.

operatori (diminuendo la selettività in accesso alle procedure e la possibilità di favorire imprese già operanti sul territorio dell'amministrazione aggiudicatrice – che sarebbero più facilmente a conoscenza di prassi locali) e ridurre il contenzioso basato su clausole di gara di difficile o ambigua interpretazione. Tuttavia, nonostante la norma non contempli la possibilità che le amministrazioni possano disattendere le previsioni dei bandi-tipo, a noi pare che ciò sia comunque inevitabile, considerato che la *lex specialis* di gara, per essere efficiente, non può trascurare le peculiarità del caso.

Infine, il procedimento che accompagna l'approvazione dei bandi-tipo e le eventuali modifiche a questi ultimi, è particolarmente istruttivo per avere un riscontro pragmatico dei caratteri della regolazione flessibile che abbiamo esaminato, da un punto di vista teorico, nel corso dei paragrafi precedenti. Anzitutto, questi importanti atti di regolazione sono soggetti preliminarmente alla procedura di consultazione con gli operatori e, successivamente (ogni anno), vengono rivisti in esito ad una verifica di impatto della regolazione. Il che consente un loro continuo adattamento alle esigenze del mercato e dell'effettività dello strumento (appunto flessibile) della regolazione.

Appartiene ai poteri *latu sensu* regolatori anche il compito di gestire il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza e la banca dati nazionale dei contratti pubblici¹²⁰, oltre a quello di collaborare con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato «per la rilevazione dei comportamenti aziendali meritevoli di valutazioni al fine dell'attribuzione del Rating di legalità delle imprese».

Incerta, a nostro avviso, la natura (regolatoria) del potere di vigilanza collaborativa (art. 213, comma 3 del nuovo Codice), previsto per affidamenti di particolare interesse e da attuarsi previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, «finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara».

Accanto a questi poteri di ANAC secondo il nuovo Codice, sussistono quelli enunciati dalla normativa previgente non abrogata, tra i quali: la redazione di schemi-tipo sui costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche¹²¹; l'approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione predisposto dal Dipartimento della Funzione pubblica¹²², che rappresenta un riferimento per coordinare «l'attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale e internazionale»¹²³; il rilascio di pareri su criteri, modelli e schemi *standard* per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, nonché relativamente all'organizzazione della sezione «amministrazione trasparente», al fine di assicurare il coordinamento informativo e informatico dei dati e definire, anche per specifici settori e tipologie dei dati, i requisiti di qualità delle informazioni diffuse¹²⁴; la formulazione di orientamenti di carattere ge-

120 Nell'attività sono coinvolti importanti poteri regolatori in quanto, per esempio, l'Autorità, con propri provvedimenti, individua modalità e tempi per garantire la confluenza e la riservatezza dei dati, oltre che l'interscambio di informazioni anche al fine di prevenire la corruzione e tutelare la legalità.

121 Legge n. 190/2012, art. 1, comma 15.

122 Legge n. 190/2012, art. 1, comma 2, lett. b) e comma 4; d.l. n. 90/2014, art. 19, comma 15.

123 Cfr. art. 1, comma 4, legge n. 190/2012.

124 D.lgs. n. 33/2013, art. 48; d.l. n. 90/2014, art. 19, comma 15.

nerale sull'interpretazione della legge n. 190/2012, quale attività propedeutica all'esercizio del potere di vigilanza e della pubblicazione sul sito *web* istituzionale i provvedimenti adottati¹²⁵; lo svolgimento di attività consultiva sull'interpretazione del d.lgs. n. 33/2013, propedeutica all'esercizio delle funzioni di vigilanza.

Costituisce un mezzo di coercizione indiretta anche la pronuncia di pareri di precontenzioso, che l'Autorità può rilasciare ex art. 211 del nuovo Codice. Tali provvedimenti (questi sì non inquadrabili come atti generali ma come atti puntuali), originariamente sforniti di vincolatività, possono avere valore vincolante, purché tale vincolatività sia accettata dalle parti. È previsto, dalla norma citata, che il parere vincolante sia impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. La disposizione vigente aggiunge però una specificazione, di dubbia logica: «In caso di rigetto del ricorso contro, il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo». Si rammenta che l'art. 26 c.p.a. dispone il principio secondo cui, di regola, le spese di lite seguono la soccombenza, ma introduce anche la condanna alla sanzione pecuniaria, per il caso di lite temeraria. Ora, il nuovo Codice non circostanzia verso quale comma dell'art. 26 operi il rinvio, pertanto, è da intendersi applicabile l'intera disciplina; se non che, sarebbe stato comunque così, pur in assenza del richiamo contenuto all'art. 211, dato che l'art. 26 c.p.a. vale per qualsivoglia processo svolto di fronte agli organi di giustizia amministrativa; probabilmente la novella sottende l'intenzione di scoraggiare il ricorso avverso i pareri di precontenzioso, adombrando un impiego più esteso della condanna al pagamento della sanzione per lite temeraria nei confronti del soggetto che, suo malgrado, avendo ricevuto un parere di precontenzioso negativo abbia deciso di sostenere le proprie ragioni in giudizio. Una tale conclusione, che potrebbe fondarsi – nella sostanza – su una maggiore affidabilità e correttezza *ex ante* di questo particolare tipo di atti di ANAC, rispetto agli atti amministrativi *tout court* (il giudizio per l'impugnazione dei quali può dare luogo all'applicazione dell'art. 26 c.p.a. in presenza dei presupposti previsti dalla norma menzionata), ci pare però da escludere, quanto meno dal punto di vista sistematico, letto anche alla luce dell'art. 113 Cost. alla tutela giurisdizionale in considerazione dei caratteri generali (validi cioè a fronte dell'esercizio dell'azione giurisdizionale contro qualsivoglia atto impugnabile) del diritto.

Il nuovo Codice, sempre all'art. 211, comma 2, utilizza invece il termine raccomandazione per riferirsi ad un atto che ha capacità coercitiva diretta: l'Autorità potrebbe, nell'esercizio delle proprie funzioni, rilevare la presenza di vizi di legittimità negli atti di una qualche procedura di gara e, per ciò, dovrebbe inviare una raccomandazione alla stazione appaltante ad «agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi»; il mancato adeguamento alla raccomandazione (qualificata espressamente come «raccomandazione vincolante» nella norma) comporta una sanzione.

La norma citata afferma che l'atto di raccomandazione invita la stazione appaltante ad agire in autotutela, precisando che l'indicazione (vincolante) dell'Autorità debba consistere nella eliminazione degli effetti dell'atto illegittimo; il presupposto della norma, però, è rappresentato dall'accertamento di violazioni che determinerebbero l'annullabilità d'ufficio dei provvedimenti esaminati. Es-

125 Legge n. 190/2012, art. 1, comma 2, lett. f); comma 3.

sa non appare, tuttavia, ben congegnata: se l'invito alla stazione appaltante è quello di riesaminare i propri atti in autotutela non è detto, infatti, che la valutazione di interesse pubblico condotta da ANAC ai sensi dell'art. 21 *octies* e *nonies* della legge n. 241/1990 venga a coincidere con quella dell'amministrazione coinvolta dalla raccomandazione. Di conseguenza, ove si voglia, come sembrerebbe corretto, conservare il significato giuridico del procedimento di riesame e del suo esito, tipicamente ricompreso nel potere discrezionale, allora l'invito di ANAC dovrebbe solo limitarsi ad attivare quel procedimento, e non ad interferire sul risultato di quest'ultimo. Non è corretto, invece, richiamare l'autotutela per sottendere qualcosa che da essa è profondamente diverso, e che pare piuttosto simile alla generalizzazione di un potere paragiurisdizionale di tipo repressivo e sanzionatorio (peraltro non si capisce quale sia la sorte del provvedimento esaminato ove la sanzione venga irrogata e la pubblica amministrazione coinvolta non si sia allineata a quanto richiesto dall'Autorità).

Si tratta, come si è visto, di un potere particolarmente invasivo, che supera la pervasività della legittimazione attiva riconosciuta ad altre autorità indipendenti (come all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 21-*bis*) per impugnare provvedimenti che si ritengano in contrasto con le norme del mercato oggetto del proprio presidio regolatorio. Nel nostro caso, si inverte l'onere della prova, nel senso che, ove vi sia contrasto tra l'interpretazione di una stazione appaltante e quella di ANAC, non sarà quest'ultima a dover ricorrere al giudice per chiedere l'annullamento degli atti di una gara, portando argomenti a supporto della propria tesi, ma sarà presumibilmente l'amministrazione a dover affrontare un contenzioso impugnando la raccomandazione.

6. Conclusioni

Dunque, abbiamo appurato che ANAC non procede necessariamente imponendo divieti alle amministrazioni, ma con strumenti diversificati, per *nomen iuris*, contenuto ed effetti, sulla base di un potere, che siamo inclini a definire «onnicomprensivo», per la regolazione (flessibile) del mercato dei contratti pubblici.

Per la parte in cui il destinatario degli atti di regolazione dell'Autorità siano le amministrazioni, occorre considerare che viene in rilievo un soggetto la cui razionalità non può essere, almeno a livello teorico, messa in discussione. A ciò segue che la critica che si volesse muovere alla ricostruzione di parte dei poteri ANAC nei termini della *soft regulation*, sulla scorta delle tesi del paternalismo coercitivo¹²⁶, invocando forme più stringenti di regolazione per evitare che le stazioni appaltanti, lasciate libere di procedere, optino per la scelta peggiore, non troverebbe fondamento nel nostro caso. Infatti, se la tesi del paternalismo libertario (o *nudging*) è oggetto di contestazione per lo scarso livello di incisività che essa può ottenere in termini di conformità alla regola suggerita (ma non imposta), in un ambiente in cui l'individuo possa determinare liberamente i propri comportamenti anche procedendo in maniera irrazionale o

¹²⁶ Queste critiche sono contenute nel testo di S. CONLY, *Against Autonomy: Justifying Coercitive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

contro il proprio interesse, essa invece provoca sempre, quando i destinatari dell'evidenza razionale siano operatori la cui azione non è ispirata da comportamenti emotivi, come le amministrazioni pubbliche, un'azione coerente con il *nudge*, che spinge verso la decisione migliore. Difatti, tutti i soggetti pubblici, la cui volontà è resa artificialmente razionale dalle regole della discrezionalità amministrativa, devono perseguire nel modo migliore l'interesse pubblico, attraverso uno sviluppo logico delle proprie determinazioni, pena un'azione illegittima. In altre parole, non vale cioè, nel caso di cui ci stiamo occupando, giustificare la necessità di una regolazione più aggressiva e precettiva in ragione della facilità di errori cognitivi, in cui può incorrere il singolo: all'emotività potenziale dei singoli si contrappone, in presenza di un soggetto pubblico, la razionalità discrezionale dell'esercizio del potere amministrativo.

Di conseguente, va accertata l'adeguatezza del *nudging* per ottenere risultati efficienti in termini di spontaneo adeguamento da parte degli attori pubblici, a questo punto, bisognerebbe domandarsi, più accuratamente, in che maniera questo metodo di *soft regulation* che ANAC pratica ormai con regolarità, possa essere migliorato, grazie alle tecniche studiate specialmente dalla dottrina americana. Tale riguardo, acquisire una maggiore conoscenza dei presupposti e delle tecniche del tipo di regolazione in parola potrebbe aumentare la capacità di persuasione della regolazione non prescrittiva di ANAC, non solo nei confronti delle stazioni appaltanti ma anche nei confronti di altri protagonisti del mercato.

Bisogna anzitutto avere la consapevolezza che, nella teorica del *nudging*, ANAC acquisterebbe il ruolo del cosiddetto «architetto delle scelte», cioè di colui che disegna le preferenze dell'ordinamento e le orienta in un modo virtuoso verso il bene comune; perciò, al di là dell'effetto dissuasivo di cui ANAC è certamente consapevole, l'Autorità dovrebbe occuparsi di utilizzare al meglio gli strumenti di persuasione positiva per rendere l'adattamento ai propri orientamenti (se non scontato) facilmente prevedibile. Dunque, se è vero che il paternalismo libertario si basa sull'assunto che sia un tipo di paternalismo relativamente tenue, perché scelte diverse da quelle del *soft regulator* non vengono impediti, tuttavia esso mira al raggiungimento di un obiettivo definito (pur sempre implicito in ogni attività regolatoria a prescindere dalla sua caratterizzazione in termini di invadenza nelle decisioni altrui), cioè ottenere il massimo possibile di spontaneo allineamento agli atti di regolazione. Questo obiettivo si realizza proprio attraverso lo studio delle tecniche di *soft regulation* che si fondano principalmente su alcune regole pratiche¹²⁷: l'ancoraggio¹²⁸; la disponibilità¹²⁹; la rappresentatività¹³⁰; l'ottimismo¹³¹; il confronto guadagni/perdite¹³²; la distorsione dello *status quo*¹³³; il fra-

127 Ricapitolate nel testo già citato di R. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge: La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 30 ss.

128 Cioè il processo di riferimento ad un caso simile o conosciuto, che consente di rendere immediatamente evidente il risultato positivo in termini di esperienza che deriverebbe dall'applicazione di una regola simile a quella che si prenda in considerazione.

129 L'euristica della disponibilità consente di spiegare molti comportamenti legati al rischio. Per esempio, stipulare un'assicurazione contro i disastri naturali è un'azione fortemente influenzata da esperienze recenti.

130 L'euristica della rappresentatività consente di porre rimedio a preconcetti basati su fluttuazioni casuali che invece vengono ritenute significative di talune tendenze.

131 Un eccessivo ottimismo può essere fuorviante, perché non realistico.

132 L'avversione alle perdite è un dato che deve essere considerato, in quanto agisce

*ming*¹³⁴. L'architetto delle scelte che voglia massimizzare il proprio risultato, nel rispetto della missione ad esso affidata in un contesto di *soft regulation* in cui l'adattamento dei soggetti della regolazione non sia lasciato accadere in maniera casuale, deve occuparsi di tutti i profili appena menzionati.

Immaginandoci di far valere le regole pratiche appena enunciate all'attività di ANAC, siamo rimasti stupiti dall'eccezionale potenzialità della teoria in parola. Dovremmo per forza limitarci, in questa sede, ad alcuni cenni, ma lo faremo non senza aver evidenziato che il campo di sperimentazione in questione risulta estremamente interessante. Per esempio, il richiamo a casi negativi è spesso utilizzato, nelle relazioni e nelle determinazioni di ANAC per indicare azioni amministrative non condivisibili, mentre, nel modello prospettato, trovano spazio piuttosto i modelli positivi di riferimento, che consentirebbero alle amministrazioni, attraverso ancoraggi a casi di successo, di scansare rischi di contestazioni e di inserirsi all'interno di un circuito virtuoso. Non sarebbe ritenuta una buona tecnica di *nudging*, per ipotesi, denunciare il formalismo nell'applicazione delle regole del codice dei contratti, mentre lo sarebbe esporre e promuovere buone prassi rispettose della *ratio* da proteggere, facendo prevalere la sostanza sulla forma. La presenza di messaggi positivi, al posto di quelli negativi, andrebbe ampiamente valorizzata: è provato, difatti, negli studi sulle teorie comportamentali, che i primi riescono ad indurre un condizionamento molto più efficace. In quest'ottica, dovrebbe quindi, per ipotesi, essere più facile ridurre i casi di ricorso alla trattativa privata in luogo della gara pubblica, diffondendo messaggi di approvazione per le selezioni comparative, invece che stigmatizzando i comportamenti non condivisi.

Naturalmente gli esempi potrebbero moltiplicarsi all'infinito. Qui si vuole solo dare al lettore l'idea di come prendere sul serio le tecniche di regolazione gentile potrebbe avere effetti uniformanti ancora più significativi di quelli che si ottengono attualmente.

Ci pare sia emerso che ANAC abbia le caratteristiche di una moderna autorità di regolazione, la cui attività regolatoria non è solo il frutto dell'imposizione di vincoli cogenti, quanto piuttosto di una logica di sistema in cui vigilanza, controllo e regolazione sono strettamente interrelati, all'interno di un ingranaggio che combina effetti negativi, che sconsigliano di assumere interpretazioni contrastanti con quelle di ANAC, ed effetti positivi, che, viceversa, legittimano condotte allineate a quelle ritenute corrette dall'Autorità preposta al mercato dei contratti pubblici.

D'altro canto, la stessa ANAC dovrebbe prendere coscienza del valore speciale dei propri atti e argomentare, di conseguenza, le motivazioni che li supportano, alla luce di criteri di persuasività e di razionalità che rendano convincenti le prospettive offerte dalle metodologie della *moral suasion*.

Anche le decisioni giurisprudenziali dovrebbero riconoscere il valore «legittimante» di cui si è detto. A quest'ultimo riguardo, va notato che la giurisprudenza talvolta richiama, per esempio, le linee guida dell'Autorità per avallare

come pungolo cognitivo, spingendo anche ad evitare cambiamenti e a privilegiare lo *status quo*.

¹³³ La modifica di comportamenti già opzionati richiede sempre una scelta sofferta.

¹³⁴ Un aspetto molto importante per le politiche pubbliche è quello della loro formulazione, perché essa incide sulla credibilità delle stesse.

le proprie conclusioni¹³⁵, nonché i bandi-tipo ritenendo che essi abbiano un valore ricognitivo *erga omnes* in merito alle cause di esclusione¹³⁶, ma, in alcuni casi, dimostra invece di non aderire alle ricostruzioni prospettate da ANAC¹³⁷.

Questo è il vero punto critico della regolazione basata sulla *spinta gentile*, perché essa può convincere i soggetti regolati ma, non avendo la forza della legge, non vincola gli organi giurisdizionali, che intendono la propria attività ermeneutica come un'attività libera e condizionata solo dalla legge, con la conseguenza che la conflittualità insita al nostro mercato potrebbe non essere sedata dal riconoscimento dei predetti poteri di *soft regulation*.

È prevedibile, infine, che il modello descritto sarà bersaglio di pesanti critiche, che appelleranno come scorretta e disarmonica (rispetto ai principi dell'ordinamento democratico e alle regole della produzione normativa) l'attribuzione di poteri ad un organismo indipendente, dotato di funzioni regolatorie, che si avvale di fonti atipiche – sottratte, *de facto*, al controllo di costituzionalità – e di tecniche moderne di regolazione, particolarmente invasive e non facilmente conciliabili con la certezza del diritto. Inoltre, un equilibrio non facile dovrà essere trovato tra l'attività di chiarimento del tessuto normativo vigente, affidata ad ANAC dalle norme del nuovo Codice, e l'esercizio della giurisdizione che, essendo soggetta soltanto alla legge (ai sensi dell'art. 101 della Costituzione), tenderà a rivendicare spazi di autonomia nella interpretazione del diritto e potrebbe non riconoscere sufficiente autorevolezza specialmente agli atti dell'Autorità sforniti di vincolatività (diminuendone l'effettività).

Tuttavia, ogni critica sarebbe insincera ove sottacesse le importanti inefficienze del mercato dei contratti pubblici sul quale la riforma incide, percorso da conflittualità, episodi di corruzione e mala gestione; inefficienze che né la magistratura amministrativa né gli enti pubblici hanno sinora saputo risolvere adeguatamente.

Pertanto, il conferimento di nuovi poteri all'Autorità Nazionale Anticorruzione appare, se osservato senza ideologismi, semplicemente un'opzione tra le

135 Come fa, per esempio, Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1594: «Tale conclusione, come peraltro evidenziato dal giudice di primo grado, trova conferma nella determina dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 1 del 15 gennaio 2014, recante “Linee guida per l'applicazione dell'articolo 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163”, secondo cui sino all'entrata in vigore dell'obbligo di acquisizione d'ufficio di cui all'art. 6-bis, comma 1, le stazioni appaltanti mantengono inalterata la possibilità di chiedere al concorrente aggiudicatario di comprovare i requisiti secondo le modalità previgenti. In tal senso è univoca la previsione transitoria contenuta nell'art. 6-bis, comma 5, del codice dei contratti pubblici». In senso conforme Cons. St., Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2638. Proseguendo negli esempi, la decisione del TAR Lazio, Roma, I ter, 24 aprile 2013, n. 4130, confermata in appello dal Cons. St., Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887, ha respinto il ricorso anche in base al parere dell'AVCP n. 6 del 8 febbraio 2012 che vieta l'avvalimento delle certificazioni di qualità.

136 Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 13 ottobre 2015, n. 631: «E questo Consiglio ha da tempo rilevato (ad es. nella sentenza n. 764/2012) che il bando-tipo previsto dall'art. 64 comma 4 bis del codice appalti è proprio lo strumento (di chiusura nel micro-sistema della tassatività) cui è demandata la ricognizione in concreto e con validità *erga omnes* delle cause di esclusione alle quali fa genericamente riferimento il comma 1 bis dell'art. 46».

137 Così, per esempio, in materia di subappalto, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 29 aprile 2015, n. 1040: «È vero che l'ANAC con la Determinazione n. 1/2015 poi aggiunge che “La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta ma solamente l'obbligo di indicare le quote di attività che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile”, lettura che, tuttavia, il Collegio ritiene di non seguire».

tante per affrontare la crisi appena ricordata; il sistema descritto – nell’ottica di un legislatore razionale e guidato dai criteri della *governance* globale – potrà essere mantenuto, rettificato o sostituito a seconda se saprà dare o meno buona prova di sé.



SAGGI

Mercati selvaggi e palingenesi “benecomuniste”. Quale spazio per un liberalismo sociale?

di Ermanno Vitale

ABSTRACT

The aim of the article is to explore a possible common ground between the theoretical perspective of the commons and that of the market regulation. The radical discrepancy between the two perspectives would lead to exclude any possible common element. Nevertheless, the attempt to compare the two approaches on a broader perspective – especially moving by the political theory debate on the alternative between State and market – shades light on some compatibility elements, that could lead to a new form of “social liberalism”. This outcome requires that the theory of the commons gives up revolutionary claims, and replace the aim of destructing the market with the purpose of limiting it; at the same time, the regulation theory should not be limited to protect the market competition, but it should be integrate by a responsible reflection on the possible negative effects of juridical and economical “perfect competition”, especially on the social level. In other words, the conciliation of these two perspectives could point the way of a possible “civilisation” of the current form of capitalism, that the Luciano Gallino called finance-capitalism (finanzcapitalismo).

SOMMARIO: 1. Il mercato si autoregola? – 2. Una robusta mano pubblica? – 3. Beni comuni, il gran taumaturgo di tutti i mali? – 4. Dov'erano le regole e i regolatori?

Questo saggio nasce dal workshop “Beni comuni e regolazione” tenutosi a Trento il 26 febbraio 2016, la cui domanda centrale verteva intorno a quale terreno d'incontro possa eventualmente esserci tra la prospettiva teorica dei beni comuni e quella della regolazione dei mercati. Data la distanza all'apparenza siderale tra le due prospettive, è difficile non rispondere semplicemente che non c'è nessun terreno d'incontro. Ma se si resiste alla tentazione di affrontare la questione in maniera frontale e diretta, e si prova a imbastire un confronto più aperto, che muova da un po' più lontano, dai giudizi intorno all'alternativa tradizionale tra Stato e mercato, allora possono affiorare, più o meno carsicamente, alcune inquietudini condivise, e forse persino elementi di compatibilità idonei a disegnare una nuova forma di liberalismo sociale, a condizione che la dottrina dei beni comuni non vagheggi la rivoluzione e che la regolazione dei mercati non si limiti a tutelare la concorrenza (la “parità delle armi”) ma incorpori una riflessione responsabile sugli eventuali esiti socialmente perversi della concorrenza, vale a dire anche di una concorrenza giuridicamente e economicamente corretta.

1. Il mercato si autoregola?

A fronte delle numerose evidenze empiriche, si potrebbe ritenere inutile impegnarsi ancora a confutare la tesi per cui il mercato si autoregola ed esprime sempre la più efficiente e giusta allocazione dei beni e delle risorse socialmente prodotti, cui fa da corollario la convinzione che tale allocazione “ottimale” verrebbe pregiudicata da qualsiasi forma di intervento esterno, soprattutto se di tipo politico o pubblico. I molti fallimenti di una società (nazionale e globale) che si identifica con il mercato, fallimenti che naturalmente i fautori dell’ortodossia neoliberista (o neoliberale) attribuiscono al fatto che non c’è ancora abbastanza mercato, sono palesi. Se ne possono ricordare due, i più macroscopici. La catastrofe ecologica cui andiamo incontro con scarsa consapevolezza, nonostante gli scienziati siano pressoché concordi nell’affermare che ormai da qualche decennio abbiamo superato (e ogni anno va peggio) i limiti delle risorse rinnovabili del pianeta, è frutto dell’ideologia dello sviluppo e del consumo infinito senza i quali i mercati non possono espandersi e i profitti tendono a ridursi fino ad azzerarsi¹. Fenomeno cui in larga misura abbiamo già assistito: la centralità della finanza rispetto alla cosiddetta economia reale dipende dal calo dei profitti che quest’ultima può assicurare a proprietari e investitori. In ogni caso, nella prospettiva del mercato che si autoregola la questione dei limiti ecologici non è trattata se non come componente della formazione del prezzo di una merce. Vale a dire, non è presa sul serio dall’economia cosiddetta *mainstream*².

Se poi si pensa ai dati sulla povertà e sulla disuguaglianza economico-sociale sia globale sia all’interno dei singoli paesi, allora è difficile sostenere che il mercato sia la via maestra per una giusta e efficiente allocazione dei beni. Anche lasciando da parte ogni scrupolo morale e guardando il problema stando dalla parte dei privilegiati, non ci si può non chiedere se sia razionale – se sia un successo – una società che getta le basi del risentimento e dell’odio, magari mascherati da motivi etnico-culturali o religiosi ma in ultima analisi fondati sull’abissale differenza tra chi ha troppo e chi non ha abbastanza³. Se sommiamo questi due fallimenti, non può non coglierci il dubbio di danzare sull’orlo di un abisso, di andare verso scenari che a me richiamano alla mente la descrizione hobbesiana dello stato di natura, dove la vita è misera, brutale, breve.

Eppure, come ci ricordava Luciano Gallino, è importante sottoporre ancora a critica l’ideologia del libero mercato perché alla fine nella stragrande maggioranza della facoltà di economia in cui si forma gran parte della *ruling class* globale si insegna il verbo neoliberista, divenuto un’ideologia nel senso peggiore del termine, ovvero un sistema di proposizioni che pretendono di descrivere la realtà com’è e di essere inossidabili alla critica esterna (le critiche sono accettabili solo come variazioni e interpretazioni del modello, ma il modello non si discute).

¹ Mi limito a ricordare il Rapporto commissionato dal club di Roma al System Dynamics Group del MIT: D.H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, W.W. BEHRENS III, *I limiti dello sviluppo*, Mondadori, Milano, 1972.

² Per incontrare una riflessione su questi temi cfr., oltre alla vasta produzione di SERGE LA-TOUCHE, M. BONAIUTI, *La grande transizione. Dal declino alla società della decrescita*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013 e G. RIST, *L’économie ordinaire entre songes et mensonges*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 2010.

³ Un’efficace sintesi, che fa proprio il linguaggio dell’economia, si trova in M. REVELLI, *La lotta di classe esiste e l’hanno vinta i ricchi*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

Vale la pena riprendere la *silhouette* che Gallino propone del pensiero neoliberista contemporaneo, inteso come una semplificazione dogmatica, e in quanto tale mistificatoria, della realtà sociale contemporanea.

Pur traendo le sue origini dalla teoria politica, da quel liberalismo classico che reclamava limiti al potere del sovrano assoluto – e di qualsiasi potere assoluto, aggiungerebbe Bobbio –, secondo Gallino il neoliberalismo si presenta oggi, paradossalmente, come una dottrina tendenzialmente totalitaria, nel senso che si concepisce come “una teoria del tutto”, capace di affermare senza errore – al pari di una religione terrena, una “forma di fede” immanente come lo fu il marxismo, che necessita di adesione dogmatica e fanatica – che cosa è assolutamente meglio fare in ogni campo della vita individuale e collettiva. Tuttavia il cuore del credo neoliberale si trova oggi sicuramente nella teoria economica: la riflessione sulle altre dimensioni dell’esistenza risulta ancillare, e dev’essere conforme alle semplici e evidenti, ovvero “naturali” leggi dell’economia, che consistono, in fondo, in una versione culturalmente ristretta, povera, del calcolo costi-benefici. Secondo il neoliberalismo, scrive Gallino, «*le politiche economiche debbono fondarsi su un paio di assiomi e sulla credenza in tre processi perfetti. Gli assiomi stabiliscono che lo sviluppo continuativo del PIL per almeno 2-3 punti l’anno è indispensabile anche alle società che hanno raggiunto un soddisfacente stato di benessere, al mero scopo di continuare a assicurarselo. A tale scopo è quindi necessario un proporzionale aumento annuo dei consumi, ottenuto producendo bisogni per mezzo di merci e comunicazioni di massa. I tre processi la cui esistenza e i benefici effetti non ammettono discussione si possono così compendiare: 1) i mercati sono perfettamente capaci di autoregolarsi; 2) il capitale affluisce senza fallo né ritardi dove la sua utilità risulta massima; 3) i rischi (quali che siano: di insolvenza, di caduta dei prezzi, di variazioni dei tassi d’interesse ecc.) sono integralmente calcolabili, per cui a ciascun livello di essi corrisponde un giusto prezzo dell’entità di riferimento*»⁴.

Le numerose dure repliche della storia – i fallimenti della *deregulation*, e la conseguente crisi di civiltà cui si accennava ricordando i disastri ambientali e l’insostenibile disuguaglianza – non hanno intaccato la fede neoliberale: anzi, i rovesci, come già si diceva, sono stati attribuiti alla sopravvivenza di politiche keynesiane, e la raccomandazione è sempre stata di procedere a liberalizzare e deregolare ulteriormente i mercati. Nel mondo perfetto immaginato dal neoliberalismo tutto ciò che è correzione e regolazione artificiale, ovvero governo politico delle collettività umane, risulta un intralcio da eliminare. A maggior ragione se la decisione pubblica è presa (sul serio) mediante il metodo democratico: «*il neoliberalismo non rappresenta una nuova fase della democrazia liberale; più verosimilmente va considerato il suo affossatore*»⁵.

Guardando a questi problemi dall’angolo visuale dei beni comuni, Gallino osserva acutamente che «*il neoliberalismo incorpora una teoria inversa dei beni comuni: di qualsiasi bene l’individuo e la collettività abbiano bisogno ai fini della loro convivenza e protezione sociale, detta teoria afferma con perentoria sicurezza, è più efficiente, dunque necessario, produrlo con mezzi privati. In sintesi, l’ideologia neoliberale non riconosce, né ha di fatto, alcun confine. A questo deve la sua efficacia nell’aver contribuito a riorganizzare il mondo sotto il profilo economico, politico e culturale in appena trent’anni*»⁶.

⁴ L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011, p. 28.

⁵ *Ivi*, p. 27.

⁶ *Ivi*, p. 30.

Dunque, se vale il reciproco, i beni comuni sono la teoria inversa del paradigma neoliberale. Gallino, pur non diffondendosi sulla dottrina dei beni comuni, ne intuiva la debolezza e il rischio che, proprio in quanto opposto del neoliberalismo, ne riproducesse il difetto capitale: essere un'altra "teoria del tutto". Preferiva difendere un'azione pubblica democraticamente qualificata, che aveva ottenuto, nonostante tutte le degenerazioni, quel grande risultato di civiltà consistente nell'assicurare a tutte le persone, o almeno a tutti i cittadini, condizioni dignitose di esistenza. Riteneva, insomma, che il famigerato stato del benessere non fosse un ferivecchio da consegnare alla storia dell'economia. Preferiva pensare, sia pure con grande scetticismo, che fosse nonostante tutto possibile riformare il capitalismo, trovare o riscoprire misure in grado di "incivilire" il capitalismo, e segnatamente la figura attualmente dominante del capitalismo, il capitalismo finanziario, restituendo la finanza al suo positivo ruolo di sostegno dell'economia reale. Lungo queste riflessioni incontrava inevitabilmente il tema della regolazione, o meglio del suo smantellamento negli anni Novanta che ha co-originato la "Grande Crisi", ad oggi nient'affatto superata, domandandosi quasi con angoscia: «*Dov'erano le regole e i regolatori?*»⁷. Su questo punto proverò a tornare nelle conclusioni.

2. Una robusta mano pubblica?

Com'è noto, l'alternativa storica al libero mercato e alle logiche del capitale – per usare espressioni oggi forse fuori moda ma ancora sinteticamente efficaci – è consistita nell'attribuire il potere di allocare beni e risorse sociali allo Stato, o comunque a istituzioni, a forme di gestione e controllo politico dei mezzi di produzione della ricchezza collettiva. Già Babeuf, il promotore della fallita Congiura degli Uguali del 1796, riteneva che di fronte alla scandalosa disuguaglianza generata dal mercato – «*il commercio, dicono i suoi fautori, deve tutto vivificare [...] Mi chiedo chi siano quei novantanove uomini mal vestiti su cento che incontro sia nelle nostre campagne sia nelle nostre città*»⁸ – fosse necessaria una distribuzione la più egualitaria possibile dei beni, sulla base del principio del bisogno e non del merito. Era ben consapevole che per ottenere questo risultato le istituzioni politiche avrebbero dovuto sacrificare la libertà – soprattutto la libertà "liberale" come libertà negativa, come assenza di impedimenti – sull'altare dell'eguaglianza di tutti in tutto. Un primo periodo di repressione e di "rieducazione" dei recalcitranti era da mettere in conto: e comunque anche in seguito l'unico modo per fortificare la dedizione alle pubbliche istituzioni dell'eguaglianza non poteva che essere una rigida educazione pubblica, un'educazione "repubblicana" che ha molto a che fare con lo Stato etico, o addirittura con una forma di *imperium paternale* che Kant riteneva la cifra dei governi dispotici.

A maggior ragione questa obiezione si può rivolgere al cosiddetto "socialismo scientifico", il cui programma economico e politico si può riassumere con la frase forse più nota della marxiana *Critica al programma di Gotha*: «*Ciascuno secondo le sue capacità, a ciascuno secondo i suoi bisogni!*»⁹.

⁷ *Ivi*, p. 68.

⁸ Lettera a Charles Germain del 28 luglio 1795, in F.N. BABEUF, *Il tribuno del popolo*, Editori Riuniti, Roma, 1969, p. 211.

⁹ K. MARX, *Critica al Programma di Gotha*, Savelli, Roma, 1975, p. 43.

Aristotele, molti secoli prima, discutendo della cause del mutamento politico e delle guerre civili, aveva osservato come l'instabile rapporto tra eguaglianza e diseguaglianza ne fosse la ragione principale. Infatti desiderano l'eguaglianza quegli uomini che nella diseguaglianza presente sono soccombenti: ma, una volta ottenuta maggiore eguaglianza, gli stessi uomini desiderano siano loro riconosciuti i meriti particolari che credono di avere e che l'egualitarismo soffocherebbe. Lottano prima per l'una e poi per l'altra, dando luogo a una sorta di movimento pendolare che spiega in buona misura il mutamento politico, soprattutto dalla forma democratica a quella oligarchica e viceversa¹⁰. Forse questa fine osservazione psicologica consente di comprendere che la nostra natura – quell'insieme di caratteristiche che la riflessione sui tempi lunghi della storia ci suggerisce essere proprie di moltissimi, se non di tutti, gli esseri umani – non sopporta la perfetta eguaglianza, pur indignandosi per le forme più scandalose di diseguaglianza. Lo stesso Rousseau, il padre del pensiero egualitario, in fondo ritiene che l'eguaglianza si abbia paradossalmente soltanto là dove, nella condizione naturale, gli uomini vivono isolati e dunque non si possono confrontare, ovvero dove l'eguaglianza e la diseguaglianza, tipici concetti di relazione, non si possono né percepire né misurare.

Bisogna insomma ammettere, ancora a proposito di dure repliche della storia, che i regimi politici idealmente ispirati all'egualitarismo si sono risolti in governi dispotici, che hanno prodotto apparati burocratici inefficienti e corrotti, e che sotto la sbandierata eguaglianza regnavano l'arbitrio e il terrore. Spiegare come i nobili ideali si siano trasformati nella rozza materia del totalitarismo richiederebbe senza dubbio un'analisi storica specifica, caso per caso, ma a mio avviso la considerazione aristotelica resta una interessante ipotesi di lavoro.

Puro mercato e tutto Stato paiono dunque due estremi egualmente nefasti. Tuttavia il pensiero politico, economico e giuridico novecentesco ha prodotto – soprattutto come risposta a quell'eclissi della ragione che sfociò nella seconda guerra mondiale, tra le cui cause indirette c'è anche la crisi del 1929 – forme di contemperamento tra iniziativa privata e mano pubblica, o tra mercato e Stato. La Costituzione italiana è un esempio chiaro di tali tentativi di contemperamento, là dove, nei dimenticati articoli che vanno dal 41 al 47, stabilisce che la proprietà è pubblica o privata, ma che determinate imprese o categorie d'impresе di preminente interesse generale possono originariamente essere o divenire di proprietà pubblica (Stato o enti pubblici) o di comunità di lavoratori o di utenti; che l'attività economica pubblica e privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», e che a tal fine «la legge determina i programmi e i controlli opportuni». L'obiettivo da raggiungere non è una rigida eguaglianza che non premi o addirittura esecri l'iniziativa e il merito individuale, ma un'eguaglianza in diritti fondamentali, che non permetta si generino, via logica del mercato, novantanove straccioni ogni cento persone.

Questo compromesso tra capitale e lavoro, come è stata più volte definita l'ispirazione dell'architettura costituzionale e istituzionale tipica delle democrazie liberali della seconda metà del Novecento, è oggi sotto attacco – un attacco che al momento ha successo – da parte dell'ideologia neoliberale, che ha fatto evidentemente proseliti in quello che un tempo era il campo avverso dei partiti di sinistra. L'accusa standard di matrice neoliberale, divenuta ormai senso comune, e come tale di successo, è di inefficienza e corruzione “meta-

¹⁰ Cfr. *Politica*, 1302a.

fisica”, costitutiva e come tale inemendabile, della mano pubblica. Accusa della cui onestà intellettuale è lecito dubitare, se rivolta in forma generalizzata e considerata “ontologica”: gli spazi e i servizi di una mano pubblica dichiarata inefficiente, o ridotta a esser davvero tale, sono ghiotte occasioni per aprire nuovi spazi al mercato.

Tuttavia, se queste operazioni di conquista di spazi di mercato risultano forse criticabili però senz’altro comprensibili, più difficile è comprendere perché, sulla riva opposta, i fautori dei beni comuni condividano nella sostanza l’accusa dei neoliberali a tutto ciò che è pubblico, desiderando andare non solo oltre il privato ma anche, e forse soprattutto, oltre il pubblico ¹¹.

3. Beni comuni, il gran taumaturgo di tutti i mali?

Per cercare di capire perché, secondo la dottrina dei beni comuni, occorra superare non solo il privato ma anche il pubblico, che in fondo nel linguaggio corrente si tende a considerare un altro modo per indicare la sfera che dovrebbe occuparsi dell’interesse generale, o pubblico o comune, credo sia preliminarmente necessario distinguere le diverse prospettive a vario titolo accomunate sotto la formula del “benecomunismo”. Per procedere in maniera analiticamente adeguata occorrerebbe un altro saggio, ma ai fini di questa riflessione è forse sufficiente distinguere tra dottrine riformistiche e dottrine rivoluzionarie dei beni comuni. Le prime intendono definire un insieme, sia pure storicamente variabile, di beni sottratti al mercato e capaci, mediante regolazione politica, di ridurre lo *human divide*, per usare l’espressione di Stefano Rodotà, implementando e garantendo concretamente i diritti fondamentali delle persone (per es., accesso al cibo e ai farmaci salvavita, accesso all’informazione e alla conoscenza di base, ecc.). Le istituzioni cui si fa riferimento, in ultima istanza, per la realizzazione di questo progetto di riduzione delle disuguaglianze sono, ai diversi livelli, istituzioni pubbliche. Ciò che si chiede è potenziare e riqualificare in senso democratico, cioè favorendo (dove è praticabile) la partecipazione attiva e la vigilanza dei cittadini, l’intervento del pubblico in quelle azioni intese direttamente a garantire i diritti fondamentali della persona ¹².

Così declinata, la dottrina dei beni comuni ritiene necessario andare oltre *questo* pubblico, considerato ormai deteriorato e indebolito nella sua fondamentale funzione di redistribuzione delle risorse collettive e di riequilibrio delle allocazioni via mercato, ma non oltre il pubblico in sé e per sé. Si tratterebbe al contrario di definire, nella dimensione più larga di quanto è di pubblica competenza, un nucleo ristretto di, per così dire, super-pubblico costruito mediante norme di rango costituzionale, volto a proteggere e garantire in maniera intransigente la cittadella dei diritti fondamentali. Uno spazio non poroso dove il mercato sia realmente *off limits*: un’esclusione di alcuni beni dalla allocazione via mercato, la cui regolazione è comunque auspicata per ciò che è di sua pertinenza ma non è di per sé ritenuta sufficiente a contenerne fallimenti e effetti socialmente perversi. Ciò non significa che secondo il “benecomunismo

¹¹ Basti un titolo: M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2012.

¹² Cfr. S. RODOTÀ, *Mondo dei diritti, mondo dei beni*, in *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari*, “Annali Fondazione Basso”, 7, 2010-2012, pp. 111-33.

riformista” le istituzioni pubbliche debbano fare tutto in prima persona, con proprie strutture, e non possano delegare la gestione di queste politiche in parte a qualcosa come le “comunità di lavoratori e utenti” cui fa cenno l’art. 43 Cost. e in parte agli stessi privati. In altri termini, forse tra il “benecomunismo riformista” e la prospettiva della regolazione dei mercati un incontro, se non una coniugazione, è possibile: perché si possa ragionevolmente costituire una sfera di beni sottratti al mercato e intesi a colmare lo *human divide*, è preferibile che comunque i restanti beni – la maggior parte – siano scambiati su mercati in cui la concorrenza è ben regolamentata, anziché su mercati selvaggi.

Declinata invece nella forma palingenetica della rivoluzione, la dottrina dei beni comuni afferma esplicitamente che il pubblico è irrimediabilmente corrotto e di fatto funziona in sinergia con il privato, con il mercato, di cui costituisce una falsa alternativa, e con cui condivide la responsabilità del prossimo collasso del sistema-mondo capitalistico. Solo un paio di citazioni: «È urgente – scrive Mattei – opporre l’elaborazione teorica e la contestuale tutela militante dei ‘beni comuni’ (o, meno pregnantemente, proprietà comune) come un genere dotato di autonomia giuridica e strutturale nettamente alternativa rispetto tanto alla proprietà privata quanto a quella pubblica (intesa come demanio e/o patrimonio dello Stato e delle altre forme di organizzazione politica formale). Ciò è tanto più urgente nella misura in cui il maggiordomo è oggi vittima del vizio capitale del gioco ed è conseguentemente piombato nelle mani degli usurai, che paiono assai più forti di lui e che ne controllano il comportamento. Nella stragrande maggioranza delle realtà statuali, infatti, il governo – controllato capillarmente da interessi finanziari globali – dissipa al di fuori di ogni controllo i beni comuni, utilizzando come spiegazione naturale (e dunque politicamente in gran parte accettata) la necessità autoriproducendosi di ripagare i suoi debiti di gioco»¹³. Una riflessione analoga è proposta da Hardt e Negri: «Si dice spesso che l’unica cura per i mali della società capitalistica sia la regolazione pubblica e un governo dell’economia di tipo keynesiano e/o socialista, mentre, allo stesso modo, i mali del socialismo possono essere curati soltanto dalla proprietà privata e dal controllo capitalistico. Il socialismo e il capitalismo, che talvolta si sono amalgamati e altre volte si sono aspramente combattuti, sono entrambi dei regimi di proprietà che escludono il comune»¹⁴.

Condivisibile o meno quest’analisi, che in effetti coglie aspetti di dissolvimento di quella separazione dei poteri non solo politici ma anche sociali che sono l’essenza di qualsiasi governo che voglia dirsi liberale, dissolvimento che ha convertito la separazione in con-fusione dei poteri, nel “Benecomunismo rivoluzionario” resta del tutto inevasa la domanda rispetto al “che fare” mediante la rivoluzione, ovvero sia quale dovrebbe essere, almeno *in nuce*, la grammatica istituzionale e sociale del mondo nuovo. Osservo, sia pure di passaggio, che tutti i costruttori di modelli alternativi di società – per es., Platone, Rousseau, Babeuf o lo stesso Marx – si sono dati la pena di definire almeno i contorni del mondo nuovo cui anelavano.

Suggestivo e poetico, ma anche un po’ troppo facile, affermare che il cammino si disegnerà camminando: almeno una direzione di massima e un obiettivo da raggiungere bisogna averli per iniziare un cammino. In mancanza di indicazioni precise, l’interpretazione si fa sovrana, e quindi anche arbitraria. La mia interpretazione è che tre siano gli elementi essenziali di questa narrazio-

¹³ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. VII-VIII.

¹⁴ M. HARDT, A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milano, 2010, p. 9.

ne. Il primo, il propellente ideologico e motivazionale, consiste nel considerare avanguardie della rivoluzione benecomunista circoscritte, nel tempo e nello spazio, azioni di singoli movimenti dal basso, che gestiscono, magari con nobili intenzioni ma sicuramente nell'illegalità, una realtà specifica secondo il principio dell'autogoverno (l'avventura del Teatro Valle potrebbe esser un buon esempio in tal senso). Ciò che stigmatizzo non è però l'illegalità in sé: in fondo legalità significa semplicemente conformità alla legge, a qualsiasi legge, anche a quella di un regime totalitario, e quindi non è di per sé un valore assoluto. Mi sorprende piuttosto il rigetto della banale osservazione che le dimensioni sono importanti, e che c'è differenza tra autorganizzarsi in un teatro occupato e autorganizzarsi in collettività di milioni di persone¹⁵. La stessa Ostrom riteneva che un sistema di gestione partecipata di beni comuni non potesse comprendere oltre quindicimila persone, meglio se culturalmente omogenee¹⁶. Finora, a quanto pare, questi tentativi o si sono giuridicamente trasformati, rientrando nella legalità, mediante accordi pragmatici con le istituzioni o sono stati di breve durata. D'altronde, non sono esperimenti originali e il tribunale della storia qualche giudizio al proposito lo ha già emesso. Il loro senso è comunque quello di richiamare l'attenzione dei cittadini sul fatto che le istituzioni pubbliche debbono rappresentare l'interesse generale senza trasformarsi nel comitato d'affari di un'oligarchia imprenditoriale e finanziaria spesso predatoria. Offrono, in altre parole, spunti di critica dell'esistente, ma non offrono un credibile progetto politico alternativo.

Il secondo elemento consiste nell'affermare che i beni comuni non sono un *tertium genus* giuridico, accanto ai beni pubblici e privati, ma una prospettiva dalla quale guardare tutte le dinamiche personali e sociali. Non sono, in altre parole, un insieme di beni, sia pure storicamente ridefinibili, che si distinguono da e affiancano i beni privati e quelli pubblici: perché nella società dei beni comuni tutto ciò che è socialmente importante dovrà essere comune. In fondo, si ritorna a affermare la proprietà comune dei mezzi di produzione, o comunque delle forme in cui avviene la riproduzione economica delle singole società e della società globale. Ma allora perché non chiamarlo più semplicemente, e in modo intellettualmente più onesto, comunismo, anziché benecomunismo o società dei beni comuni?

Forse perché il comunismo è oggi un "ismo" perdente, cui bisogna fare un minimo di *restyling* nominalistico per poterlo riproporre sul "mercato" delle ideologie. Ma forse non si tratta solo di un *litfing* così superficiale. Il terzo elemento che caratterizza il benecomunismo rivoluzionario è infatti il mutamento del soggetto politico che dovrebbe fare la rivoluzione: non più la classe, non più quel proletariato che prendeva coscienza di sé soprattutto nella fabbrica e, secondo Marx, attraverso la sua temporanea dittatura restituiva agli uomini tutti la libertà della società senza stato come meta finale, ma le moltitudini sono il soggetto cui affidare la rivoluzione che porterà alla società dei beni comuni. Cito ancora qualche riga di Mattei: «*la strada da intraprendere è quella*

¹⁵ In AA.VV., *Teatro Valle Occupato. La rivolta culturale dei beni comuni*, DeriveApprodi, Roma, 2012 si afferma apoditticamente: «*Lo statuto del Valle è un prototipo che ha una natura generativa e espansiva: la riproducibilità e al contempo la capacità del modello di autogoverno di ridisegnarsi su esigenze, scale e in contesti diversi, come scuole, ospedali, biblioteche. In potenza, è uno strumento di trasformazione radicale, se ci si insinua tra gli interstizi delle strutture del diritto positivo e si penetra l'assetto istituzionale. È potere costituente incarnato in una dimensione affermativa. È l'istituzione dell'imprudenza*» (p. 16).

¹⁶ Cfr. E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006, in part. p. 44.

della istituzionalizzazione, a qualunque livello politicamente possibile, di un governo partecipato dei beni comuni, capace di restituirli in una prima fase alle 'comunità di utenti e lavoratori' (art. 43 Cost.) e poi definitivamente alle moltitudini che ne hanno necessità»¹⁷.

Fin troppo facile fare un po' d'ironia su una frase così gonfia di vuota retorica. Ma anche volendola prendere estremamente sul serio, viene da chiedersi come una moltitudine possa essere un soggetto capace di esprimere una volontà politica. Da Hobbes a Le Bon, la moltitudine o folla ha sempre indicato proprio il contrario, un'aggregazione, spesso contingente e casuale, di individui senza intelletto e volontà comuni, e in ogni caso di una volontà che quando si fa comune per mero contagio emotivo si esprime in forme effimere e pericolosamente irrazionali.

Se analiticamente il concetto è paradossale, sotto l'aspetto empirico si può intendere che a costituire le moltitudini siano quelle politicamente informi masse di diseredati cui Fanon si riferiva con l'espressione "i dannati della terra". Resta però da intendere, almeno in via tentativa, come i beni comuni possano rappresentare per queste moltitudini, dilaniate da quei contrasti che siamo soliti definire guerre tra poveri, un collante, un terreno d'intesa che li costituisca come soggetto politico, come fu a suo tempo la fabbrica.

Ciò che invece risulta chiaro è che in questa prospettiva non c'è alcuno spazio per la regolazione dei mercati, per la banale ragione che in essa l'economia di mercato in qualsiasi sua forma dovrà scomparire, o tutt'al più essere residuale.

4. Dov'erano le regole e i regolatori?

Far sparire il mercato con un colpo di bacchetta magica o ridurlo a mera residualità, come vorrebbe il "benecomunismo rivoluzionario", appare oggi una prospettiva assai difficilmente praticabile e forse neppure desiderabile, perlomeno guardando agli esiti delle società che si sono ispirate alle dottrine egualitarie. Non facile ma più percorribile appare la via dell'incivilimento del capitalismo finanziario, mediante una ponderata *mixis* di beni fondamentali sottratti al mercato e di beni scambiati su mercati *efficacemente ed effettivamente* regolati, dove "efficacemente ed effettivamente regolati" significa, come si è già detto, non solo regolare efficacemente la concorrenza tra le imprese ma anche fissare limiti effettivi che configurino una reale responsabilità sociale delle imprese medesime. A proposito di incivilimento del capitalismo finanziario, è opportuno soffermarsi, in breve, sulla domanda di Gallino che dà il titolo a questo paragrafo conclusivo: di fronte alla grande crisi iniziata nell'estate 2007 – crisi i cui effetti sono tuttora in corso –, dov'erano le regole e i regolatori, le istituzioni di controllo nazionali e sovranazionali, che avrebbero dovuto intervenire tempestivamente per impedirla, o perlomeno per contenerne la portata? Molto semplicemente, quelle regole non c'erano più: non solo non erano state adeguate alla regolazione di una realtà economica e finanziaria globale che dagli anni Ottanta era vertiginosamente mutata, ma erano state scientemente smantellate sia in Europa sia negli USA dai fautori della deregolazione dei mercati. Tra costoro si possono contare i leader di quelle che furono le si-

¹⁷ U. MATTEI, *op. cit.*, p. 106.

nistre europee, affascinati, secondo Gallino, dalla «*mitologia neoliberale o liberista*»¹⁸. Dal punto di vista politico, sia detto qui di passaggio, si potrebbe muovere nei loro confronti l'accusa di alto tradimento nei confronti dei loro rappresentati. Guardando le cose da questo punto di vista, dall'(auto)affondamento di fine secolo della socialdemocrazia presa sul serio, occorre ammettere che, sotto il profilo critico, si sono dati buoni argomenti ai fautori del superamento sia del pubblico sia del privato, e a maggior ragione della loro "collusione".

L'altra grande crisi, quella del '29, aveva prodotto come reazione una serie di misure di controllo dei mercati finanziari che negli anni Ottanta vennero appunto smantellate. È esperienza di qualsiasi piccolo risparmiatore di mezza età l'irruzione, a partire grosso modo dagli anni Novanta, nelle sue opzioni di investimento, assai caldegiate da varie figure di promoter, di molteplici strumenti finanziari di enorme complessità e ad alto rischio che precedentemente erano riservati esclusivamente ai grandi investitori. In quegli anni non furono solo indebolite le vecchie regole: ne furono fatte di nuove e più complesse, che ponevano le attività finanziarie liberalizzate al riparo da eventuali contestazioni mosse da «*qualche pignolo rappresentante della legge*»¹⁹, o da associazioni di risparmiatori, o magari da qualche istituzione concorrente. A fronte di tutto ciò, l'asimmetria di conoscenza e di informazione, oltre che di effettiva capacità di agire in giudizio, tra risparmiatori e lavoratori, da un lato, e grandi operatori finanziari, dall'altro, era ed è spaventosa.

In effetti, accostandomi – assolutamente da profano, senza alcun dubbio²⁰ – alla letteratura sulla regolazione dei mercati l'impressione che ne ho ricavato è quella di vincoli inadeguati, di strumenti insufficienti a regolare la concorrenza sui mercati e, soprattutto, a imporre ai mercati nel loro complesso una regolazione che consideri anche il ruolo sociale dell'economia e della finanza. Posso capire, e capire non significa condividere, che alla fine degli anni Novanta, in una fase di crescita globale che pareva non dovesse finire mai, che il brillante saggio di Fabio Merusi proponesse le autorità indipendenti come equilibrato superamento del dirigismo statale, additato come fonte di inefficienza, verso la terra promessa della restituzione a mercati davvero concorrenziali (in cui vi fosse "parità delle armi") di spazi, servizi e risorse fino a allora mal gestiti dalla mano pubblica²¹. Ma oggi, dopo venti-trenta anni di proliferazione di Autorità indipendenti e di organismi di regolazione europei, e soprattutto dopo quasi dieci anni di crisi profonda (azzarderei: crisi di sistema), si può continuare a dare credito a tali autorità e organismi, alla possibilità di riformarli per renderli idonei al compito che dovrebbero svolgere?²² Soprattutto per quanto riguarda la finanza, lo strapotere dei mercati che ha condotto al disastro del 2007 sembra rimasto sostanzialmente immutato²³.

¹⁸ L. GALLINO, *op. cit.*, p. 69.

¹⁹ *Ivi*, p. 73.

²⁰ A questo proposito, ringrazio Eugenio Bruti Liberati per avermi consigliato una prima bibliografia orientativa sulla disciplina.

²¹ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2000.

²² Fiduciosa è, mi pare, L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea* (testo della relazione svolta al convegno "Regole del mercato e mercato delle regole: il diritto societario e il ruolo del legislatore", Venezia, 13-14 novembre 2015).

²³ Cfr. B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2014, p. 23: «In una logica di funzionamento di questo genere, non si può dire

Nell'improbabile tentativo di incivilire il capitalismo, e di non lasciare che le regole siano scritte da autorità di controllo che sono presidiate dai controllati, Gallino qualche proposta di regolazione del cosiddetto "finanzcapitalismo" l'aveva fatta. Per esempio, suggeriva di tornare a separare le banche di deposito e prestito da quelle d'investimento; di ridurre le dimensioni globali del sistema finanziario riconducendolo a funzione di servizio e sostegno dell'economia reale (*narrow banking*); di ridurre al contempo le dimensioni delle *bank holding company*; di ridurre drasticamente la finanza ombra, riportando in bilancio quanto è effettivamente detenuto dalle società finanziarie; di regolamentare in forma stringente il mercato dei derivati, riducendo gli scambi non registrati (OTC) e imponendo che le transazioni siano effettuate tramite piattaforme sottoposte a vigilanza; di vietare o limitare fortemente la cartolarizzazione dei crediti da parte delle banche, per non creare masse incontrollate di denaro; di cambiare le modalità di erogazione dei compensi dei manager e dei trader, che attualmente inducono all'irresponsabilità sociale delle attività economiche e finanziarie²⁴.

Sono proposte ispirate dalla convinzione che sia necessario fare il percorso inverso, transitando nuovamente da forme di *soft law* a forme di *hard law*, e che ricondurre la finanza al suo ruolo di servizio dell'economia reale sia la premessa per affrontare la doppia crisi di lunga durata che ci attanaglia, quella di un sistema economico che sfrutta irresponsabilmente le risorse ambientali e pretende contraddittoriamente di vendere le proprie sempre più numerose merci generando al contempo disoccupazione e povertà strutturali. A me pare siano proposte condivisibili: in particolare una rigida separazione tra banche di deposito e di investimento costituirebbe la premessa per evitare sul serio la vendita di complessi e rischiosi strumenti finanziari a ignari piccoli risparmiatori. D'altro canto, insieme alle norme in grado di regolare i mercati, sarebbe auspicabile, da parte delle istituzioni pubbliche, la riaffermazione di una "pedagogia civile" che restituisca al lavoro la centralità che gli spetta all'interno dei rapporti economico-sociali.

Sono questi, com'è ovvio, solo spunti di riflessione: ma forse vale la pena sottoporli alla discussione e alla capacità di approfondimento di chi intende continuare a studiare i fenomeni sociali esercitando il pensiero critico, preferendo evitare le scorciatoie ideologiche che portano a credere nel potere salvifico vuoi della *invisible hand* vuoi di qualche *revenant* di quello spettro che un tempo si aggirava per l'Europa.

che il mercato finanziario sia al servizio dell'economia reale, né che esso sia uno strumento (non importa se efficiente o inefficiente) di allocazione dei capitali. Queste funzioni sono svolte solo di riflesso (ed eventualmente) da un sistema che ha per fine la produzione di reddito attraverso la compravendita di titoli e tende a muoversi naturalmente verso una sempre maggiore amplificazione di questa sua capacità di generare profitti autonomamente [...] Il mercato finanziario continua ancora oggi a funzionare secondo le proprie logiche interne, mentre le riforme veramente necessarie della regolazione sono ancora molto al di là da venire».

²⁴ Cfr. L. GALLINO, *op. cit.*, in part. pp. 252-291.

La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa nel sistema?

di Pierluigi De Biasi

ABSTRACT

A by-product of the recent EU Directives and Regulation on banks is the significant increase in regulatory powers attributed to the Bank of Italy. In particular, the power to remove the directors and top corporate officers of a bank is unprecedented and constitutes a singularity in the Italian corporate system. The general rule is that only the subject, who appointed the officer, i.e. under prevailing circumstances the shareholders' meeting, can remove her or a judge must order the removal. The Bank of Italy can now remove an officer or director on alleged grounds that his/her presence is threatening the sound and prudent management of the banks. The rule does not impose to the Bank of Italy any burden to specify which activities actually qualify as threaten nor allows to the director or office any chance to be heard before the adoption of the removal. Another relevant issue is the fact that the Consolidated Banking Act does not indicate whether the removal is a sanction, which seems likely for a number of reasons the most prominent being the reputational loss linked to a removal. That uncertainty makes difficult the choice of the appropriate Court for the removed officer or director seeking a judicial remedy and the article examines the various possibilities. Finally, the article suggests a number of amendments to the rule, which could drive it back under the rule of law and the general principles of the Italian corporate law.

SOMMARIO: 1. I nuovi poteri nei confronti degli esponenti aziendali. – 2. L'art 53-bis TUB come norma regolatoria e dirompente. – 3. Le differenze tra la norme europee e quelle nel TUB. – 4. Se la norma abbia funzione di regolazione. – 5. Il profilo civilistico: i casi di revoca di amministratori e sindaci di società e i rimedi esperibili. – 6. Il profilo sanzionatorio. – 7. Quali rimedi sono esperibili contro la rimozione? – 8. Profili di modifica.

1. I nuovi poteri nei confronti degli esponenti aziendali

Le più recenti modifiche al TUB hanno ampliato in misura notevolissima i poteri dalla Banca d'Italia, consentendo che essa possa sostituirsi agli organi sociali in misura ben maggiore di quanto accaduto nel passato. La Banca d'Italia ha sempre avuto il potere di proporre lo "scioglimento degli organi amministrativi", per usare il testo della l.b., ma solo come atto preliminare alla loro sostituzione con i commissari, i quali esercitano i poteri spettanti in via ordinaria agli organi sociali. L'intervento "tradizionale" prevedeva che la Banca d'Italia promuovesse, e il Ministro dell'Economia disponesse, un intervento strutturato sulla attività e sulla struttura di una banca, delegando a svolgerlo

soggetti (i commissari) che godano della fiducia sia da parte dell'organo politico che del supervisore tecnico. La normativa emanata nell'arco di tre anni, e soprattutto nello scorso, ha attribuito alla Banca d'Italia poteri diretti di intervento nella gestione e sul patrimonio delle banche, senza alcun filtro o contraddittorio. Una parte dei nuovi interventi oggi possibili trova adeguata cornice e motivazione nel sistema, ma almeno uno costituisce uno sbilanciamento sul quale merita fermare la riflessione.

Le norme in discussione derivano da tre diversi decreti legislativi. Il d.lgs. n. 169/2012 modifica e integra il d.lgs. n. 141/2010, a sua volta portante l'attuazione della direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, modifica il titolo V del TUB in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, con un ampio intervento¹, nel quale si trovano due norme di rilievo ai fini del presente articolo. L'art. 112-bis (Organismo per la tenuta dell'elenco dei confidi) è inserito un comma 7 secondo il quale pone una norma palesemente parallela a quelle sulla disciplina delle crisi bancarie che, per quanto qui più interessa, procede indicando che «(l)la Banca d'Italia può disporre la rimozione di uno o più componenti degli organi di gestione e controllo in caso di grave inosservanza dei doveri ad essi assegnati dalla legge, dallo statuto o dalle disposizioni di vigilanza, nonché dei provvedimenti specifici e di altre istruzioni impartite dalla Banca d'Italia, ovvero in caso di comprovata inadeguatezza, accertata dalla Banca d'Italia, all'esercizio delle funzioni cui sono preposti». Testo identico è contenuto nell'art. 128-terdecies (Vigilanza della Banca d'Italia sull'Organismo) per quanto riguarda gli agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi.

La regola si riferisce a soggetti, i componenti degli organi di gestione e controllo di Organismi di controllo di settori molto specifici, soggetti che, pur essendo privati nascono per lo svolgimento di funzioni pubbliche² e devono essere considerati come la "cinghia di trasmissione dell'azione di vigilanza"³. Questi componenti, nominati dal Ministro su proposta della Banca d'Italia, come tali sono mandatarî, liberamente revocabili dal proponente, che formalmente è il Ministro, tanto che il testo originario⁴ prevedeva solo che la Banca d'Italia (i) informasse il Ministro delle carenze riscontrate nel funzionamento e (ii) in caso di grave inerzia o malfunzionamento potesse proporre lo scioglimento: il potere si fermava prima che fossero adottate misure di rigore⁵. La rimozione in parola di uno o più membri dell'organismo può essere disposta dalla Banca d'Italia⁶ in una serie di casi che, pur ampia, indica con una certa

1 A. ANTONUCCI, *L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d.lgs. 141/2010. Profili di sistema*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, p. 29.

2 E. BANI, sub art. 112-bis, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Cedam, Padova, 2012, t. III, p. 1481, la quale ipotizza che l'unica autonomia concessa ai vari organismi previsto dalla riforma del 2010 sia quella finanziaria: sono stati addossati ai privati i costi delle incombenze delle quali è stata liberata la Banca d'Italia.

3 Mutuando la nota e felice espressione di A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 151.

4 Frutto del d.lgs. n. 141/2010.

5 F. GUARRACINO, sub art. 128-terdecies, in *Commentario al Testo Unico*, cit., t. IV, p. 2135.

6 La novità non è stata segnalata dai primi commenti: L. SCIPIONE, sub art. 112-bis, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, Giappichelli, Torino, 2013, p. 1207.

precisione i presupposti, primo dei quali è la gravità dei comportamenti e l'ultimo la comprovata inadeguatezza, che pure si situa su un piano di gravità. La formale anomalia della rimozione, ossia della revoca *ad personam*, da un organo collegiale può essere agevolmente inquadrata sul piano sistematico, in quanto colpisce soggetti che svolgono in *outsourcing* funzioni normalmente tipiche del soggetto di diritto pubblico: se le funzioni fossero internalizzate negli uffici della Banca d'Italia nessuno troverebbe sorprendente il potere qui attribuito. Da altra prospettiva, che si pone in regime di simmetria, varie recenti e condivisibili modifiche al TUB concedono alla Banca d'Italia il potere di vigilanza e di intervento, compreso quello sanzionatorio, nei confronti "*dei soggetti ai quali sono state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti*"⁷. Risponde infatti alla logica del sistema il consentire azione diretta dove l'attività rilevante è svolta, valorizzando il rapporto e trascurando l'aspetto soggettivo.

Un secondo gruppo di regole deriva dal recepimento⁸ della c.d. BRRD⁹, si trovano nel Titolo IV *Misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta amministrativa*¹⁰, e prevedono che la Banca d'Italia possa disporre una serie di misure nei confronti di una banca o della capogruppo di un gruppo bancario. La misura notevole è la rimozione di tutti i componenti degli organi con funzione di amministrazione e di controllo delle banche e delle società capogruppo di un gruppo bancario, "*quando risultano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo*", e sempre che una serie di altri interventi non siano sufficienti per porre rimedio alla situazione¹¹.

La "rimozione" è un effetto tipico delle procedure di rigore e può essere

7 Artt. 51, comma 1-*quinquies*; 53; 54, comma 1; 66, comma 5-*ter*; 67, comma 2; 68, comma 1; 108, comma 3-*bis*, 4-*ter*, 5; 109, comma 3, 3-*ter*; 114-*quinquies*.2, comma 1-*ter*, 3-*bis*, 5, 5; 114 *quaterdecies*, comma 1-*ter*, 3-*bis*, 4, 5; 144, comma 1.

8 Avvenuto con i d.lgs. nn. 180/2015 e 181/2015. I decreti di recepimento pongono una serie di quesiti e sembrano portare a uno stravolgimento del sistema, stante l'estraneità del *corpus* recepito; sul punto P. CARRIÈRE, *Crisi bancaria e bail-in: prime notarelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*, in *dirittobancario.it*, 2016; V. LEMMA, *La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per una insolvenza obbligatoria*; in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, II, p. 24.

9 Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014. Prima del recepimento un esame di respiro in L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 75, Roma, 2014, p. 147.

10 Articoli 69-*octiesdecies* e 69-*vicies-semel*.

11 L'art. 69-*vicies-semel* (Rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza) nel tracciare la procedura precisa che la rimozione è disposta dalla Banca d'Italia e deliberata dalla società, così come il rinnovo di tutti i componenti degli organi con funzione di amministrazione e di controllo e, poi della nuova alta dirigenza effettuata dal competente organo della banca o della società capogruppo è soggetto all'approvazione della Banca d'Italia (comma 4). La Banca d'Italia può inoltre ordinare la rimozione di uno o più componenti dell'alta dirigenza di una banca o di una società capogruppo di un gruppo bancario (comma 3), disporre l'amministrazione straordinaria della banca o della capogruppo (comma 5) e, infine, di rimuovere singoli esponenti aziendali ai sensi dell'art. 53-*bis*, comma 1, lett. e), e dell'art. 67-*ter*, comma 1, lett. e), se sufficiente per porre rimedio alla situazione.

Sul punto, diffusamente, F. ANNUNZIATA, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Venezia, 13-14 novembre 2015, consultate grazie alla cortesia dell'Autore.

pronunciata, sia secondo le norme tradizionali che secondo le nuove di origine comunitaria, in casi definiti da una cornice normativa piuttosto precisa. La vera novità è che oltre allo scioglimento degli organi collegiali è ora attribuito il potere di rimuovere l'alta dirigenza, ossia i dipendenti della banca. È da ricordare che la novità non è assoluta, esistendo il precedente dato dall'art. 35, comma 1, lett. a), l.b., sul quale torneremo. Il tema della tutela giurisdizionale a beneficio dei revocati non si poneva nel caso di scioglimento a seguito della apertura di una amministrazione straordinaria, in quanto lo scioglimento è la premessa di un procedimento ampio. Con il recepimento della BRRD le norme applicabili divengono, in virtù dell'art. 95, d.lgs. n. 180/2015, quelle dettate dal Codice del processo amministrativo, con una serie di previsioni volte a ridurre l'area della tutela, segnalandosi che al comma 2 il legislatore pone per i giudizi avverso le misure di gestione della crisi una presunzione *«fino a prova contraria che la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministro dell'economia e delle finanze sarebbe contraria all'interesse pubblico»*.

2. L'art 53-bis TUB come norma regolatoria e dirompente

Un ultimo, numeroso, gruppo di norme è stato introdotto con il recepimento della c.d. CRD IV¹² ed è un inserimento per il quale è difficile una lettura che veda il coordinamento delle nuove norme nel sistema. Il testo è testo uguale per le banche, le capogruppo, i soggetti operanti nel settore finanziario, gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento¹³. Non è da dimenticare che tutti i soggetti indicati, salvo le banche costituite nel tipo della società cooperativa, sono imprese organizzate nella forma della società per azioni e che l'intervento oggi possibile da parte della Banca d'Italia è sconosciuto nel diritto delle società.

L'art. 53-bis TUB¹⁴, che consideriamo la pietra angolare del nuovo istituto, sul quale sono modellati anche i successivi interventi, è frutto dello spostamento in un articolo autonomo della disposizione precedentemente contenuta nell'art. 53, comma 3, che era stata arricchita alla lett. c)¹⁵ di una serie di poteri, nuovi, che non sono "penetranti" come si usa dire, ma addirittura sono gestori, e al quale sono stati aggiunti una lettera (la lett. e)) e un comma 2 che estende il potere attribuito alla Banca d'Italia di convocare anche gli amministratori, sindaci e personale dei soggetti ai quali siano state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti. La rottura con il passato è notevole: storicamente la Banca d'Italia non agisce in via di "surroga" dei poteri che spettano agli organi societari, ma promuove la nomina di un nuovo e diverso organo che gestisca l'ente, per un periodo definito, nell'ottica di una finalità definita *a priori*. La nuova norma consente alla Banca d'Italia una profondità e un ampiezza di interventi nuovi e sconosciuti fino a oggi.

La norma viene da lontano. Il governatore della Banca d'Italia nelle Consi-

¹² Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, recepita con il d.lgs. n. 72/2015.

¹³ Si tratta, rispettivamente, degli artt. 53-bis, 67-ter, 108, 114-quinquies e 114-quaterdecies.

¹⁴ Inserito dall'art. 1, comma 20, d.lgs. n. 72/2015.

¹⁵ Inserito dall'art. 1.1, lett. b), d.lgs. n. 239/2010.

derazioni finali sull'anno 2010 lette all'assemblea ordinaria dei partecipanti affermò che «(d)obbiamo ora rivedere il quadro delle regole ... lungo due direttrici» tra le quali rilevante ai nostri fini è quella di «dotare la Vigilanza della possibilità di rimuovere gli esponenti responsabili di condotte nocive alla sana e prudente gestione di una banca» (p. 17). Il (nuovo) governatore ribadì, ampliando la considerazione e, notato che «quando l'intermediario non è in situazione di crisi, la Banca d'Italia può chiedere agli azionisti di rinnovare il vertice aziendale, ma non può incidere sulle loro decisioni, né direttamente rimuovere un amministratore» ritiene che il quadro normativo vada rafforzato e che l'autorità di vigilanza debba «poter intervenire efficacemente nei casi in cui, sulla base di fondate evidenze, ritenga necessario opporsi alla nomina di esponenti aziendali o rimuoverli dall'incarico»¹⁶.

La posizione della Banca d'Italia¹⁷ fu chiarita da un commento: «Some supplementary measures, however, seem to be necessary. This is, for example, the case for "removal", namely the power of the supervisory authority to replace one or more board members or managing directors or to require their dismissals in cases where they are liable for misconduct. This could be a measure that selectively affects the bank's governance, avoiding to use the more intrusive instrument of the special administration when not necessary. The Bank of Italy has not actually the power to remove single directors»¹⁸. La richiesta fu poi oggetto di commenti favorevoli da parte degli operatori e anche di economisti¹⁹.

Il governatore della Banca d'Italia nelle Considerazioni finali sull'anno 2013 tornò sull'argomento, asserendo che «Se necessario, la Vigilanza richiede la possibilità di rinnovare radicalmente la composizione degli organi amministrativi, di rafforzare la struttura organizzativa e patrimoniale, di elaborare nuovi piani industriali. Questo consente di scongiurare il ricorso a provvedimenti di natura straordinaria che il permanere delle situazioni critiche riscontrate potrebbe comportare. La nostra azione diverrebbe ancora più incisiva con l'attribuzione alla Banca d'Italia del potere di rimuovere – quando necessario e sulla base di fondate evidenze – gli amministratori di una banca dal loro incarico, prevista dalla proposta di recepimento della direttiva europea sui requisiti di capitale» (p. 20)²⁰.

Il Governatore in questo passaggio chiedeva non solo, come aveva già fatto, di poter rimuovere gli esponenti aziendali, ma addirittura di (i) nominarli, (ii)

16 I. VISCO, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia*, ASSIOM Forex, Bergamo, 9 febbraio 2013, p. 8. Nello stesso passaggio il governatore nota che «i requisiti di onorabilità e professionalità sono fissati con normative rigide; la decadenza può essere dichiarata solo per difetto di criteri tassativamente elencati» e, sempre nel quadro del rafforzamento, indica che «(l')autorità di vigilanza deve poter valutare compiutamente l'idoneità degli esponenti, nel rispetto di criteri di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa».

17 È solo l'apparente imprecisione del Governatore che sembra trascurare l'applicabilità dell'amministrazione straordinaria anche all'operatore non in crisi; ma in realtà il discorso è tenuto ad un assise di operatori sui mercati di capitali, non di giuristi o di banchieri centrali: la "semplificazione" retorica è perfettamente spiegabile.

18 G. BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*, in Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n. 71, Roma, 2011, p. 263.

19 T. BOERI-L. GUIO, *La lezione del Monte*, in *Lavoce.info*, 3 febbraio 2013, www.lavoce.info/mps-fondazioni-politica-banche/.

20 Apparentemente adesivo M. CERA, *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Riv. soc.*, 2105, p. 955.

rafforzare la struttura organizzativa (iii) quella patrimoniale e (iv) elaborare piani industriali. In altre parole, la richiesta parrebbe essere una mutazione del ruolo spettante: da autorità di vigilanza, che controlla il rispetto delle regole e casomai ne scrive alcune, a sostituto dell'imprenditore e, in certa non trascurabile misura, dell'azionista. Tolti i poteri di scegliere gli amministratori e determinare la struttura del capitale, cosa resta agli azionisti, oltre alla scelta di sindaci e revisore? Forse solo il diritto di opzione sull'aumento di capitale a rafforzamento della struttura patrimoniale scelta, in tesi, dalla Banca d'Italia. Quanto alle funzioni gestorie, chiunque altro le proponesse come attribuzione propria sarebbe considerato un amministratore di fatto e/o qualcuno che turba la vita della società, per tacere del problema di un gestore estraneo alla struttura societaria in una società quotata. Al netto da questo tipo di considerazioni, resterebbe l'immanente conflitto tra (i) l'aver predisposto il piano industriale, (ii) definito la struttura patrimoniale e (iii) validato la struttura organizzativa da un lato e, dall'altro, il successivo controllo sulla correttezza della gestione (artt. 53 e 67 TUB). Pare quasi che la Banca d'Italia non voglia disperdere la preziosa competenza accumulata in tanti decenni al servizio del credito e voglia metterla a disposizione del sistema nel momento stesso in cui vengono ridefiniti i suoi ruoli.

La ragione per la quale la Banca d'Italia riteneva necessario che fosse aggiunta un'arma al proprio arsenale è duplice. In primo luogo, e pare condivisibile, si vuole avere la facoltà di evitare il ricorso a uno strumento destabilizzante, quale è il disporre lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo delle banche²¹ ex art. 70 TUB, il cui impiego provoca una serie di effetti collaterali²². L'altro aspetto, di più ardua valutazione, è che la Banca d'Italia sembra ritenere opportuno poter rimuovere il singolo esponente, che si può ipotizzare sarebbe, nella larga maggioranza dei casi, l'amministratore delegato o il presidente. Uno dei problemi è che la Banca d'Italia può esercitare un potere proprio dei soci, in loro sostituzione, senza aver prima dovuto esperire una qualsiasi attività tale da dimostrare che l'intervento sia giustificato da ragioni di urgenza ovvero che l'intervento è conseguenza necessaria della riottosità mostrata dai soci a prendere atto di gravi situazioni che mettono a repentaglio la sana e prudente gestione.

21 Per effetto dell'art. 1, comma 14, lett. a), d.lgs. n. 181/2015 la Banca d'Italia non ha più il solo potere di proposta al Ministro dell'economia e delle finanze, ma ha ricevuto il potere di disporre direttamente lo scioglimento degli organi sociali.

22 Tipicamente sarebbe possibile una fuga dei depositanti e ne conseguirebbe uno *shock* di liquidità: in Italia non si è mai sperimentato un *bank run* a seguito di un commissariamento, ma non ci sono esempi rilevanti di amministrazioni straordinarie dopo la crisi del 2008 e rimane il dubbio se i depositanti possano temere che la rete di sicurezza non funzioni più. Inoltre il commissariamento potrebbe essere un indice di *default* nei contratti con altre banche o istituzioni (in termini gergali potrebbe essere un *event of default*, che avrebbe come conseguenza la *acceleration*, ossia la risoluzione del contratto. Infine il commissariamento porterebbe quasi certamente a un *downgrading* del *rating*. Se è vero che la Banca d'Italia (così come lo stesso giorno hanno fatto Consob, Ivass e Covip) con la *Comunicazione sull'adeguatezza delle procedure di valutazione del rischio di credito e sull'utilizzo dei rating nel servizio di gestione collettiva del risparmio* del 23 luglio 2013 ha svincolato i gestori dal fare "esclusivamente o meccanicamente affidamento sui giudizi espressi da una o più agenzie di rating", la regola vale solo in Italia, non applicandosi a investitori stranieri, e un *downgrade*, in ipotesi, potrebbe innescare una serie di vendite sul titolo o una serie di recessi e risoluzioni contrattuali dichiarati delle controparti contrattuali della banca.

3. Le differenze tra la norme europee e quelle nel TUB

L'art. 53-bis, comma 1, lett. e), TUB – come tutte le altre norme di pari tenore – discende dall'art. 67, comma 2, lett. d) della CRD IV, in forza del quale «*Gli Stati membri assicurano che ... le sanzioni amministrative e le altre misure amministrative applicabili includano almeno quanto segue: ... d) ... l'interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni in seno a enti a carico di un membro dell'organo di gestione dell'ente o di altre persone fisiche considerati responsabili*». Un simile potere è attribuito alla BCE²³, che ha la possibilità di «*rimuovere in qualsiasi momento membri dell'organo di amministrazione degli enti creditizi che non soddisfano i requisiti previsti dagli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma*».

Le disposizioni, come è noto, si inseriscono in un più complesso disegno riorganizzatore che prevede tra l'altro la creazione di un meccanismo di vigilanza unico e costituisce il veicolo per recepire all'interno degli Stati membri l'Accordo di Basilea III e una serie di norme sulla *governance* delle imprese creditizie²⁴. La base giuridica che ha consentito di attribuire speciali compiti di vigilanza bancaria alla Banca Centrale Europea è generalmente riconosciuto essere l'art. 127(6) TFUE²⁵. Il legislatore europeo, a fronte dell'esigenza di rafforzare la tutela degli interessi pubblici che sussistono in connessione alla stabilità sistemica, ha espressamente conferito – ben consapevole che è necessario un atto normativo primario per attribuire di un espresso potere in tal senso – all'Autorità di Vigilanza (la BCE ai sensi dell'art. 16 del Regolamento 1024/2013), il potere di «*remove at any time members from the management board of credit institutions who do not fulfil the requirements set out in the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3)*»²⁶.

La CRD IV prevede la facoltà di «*interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni*», il Regolamento n. 1024/2013 prevede la possibilità – per la BCE – di «*rimuovere in qualsiasi momento membri dell'organo di amministrazione*» ove non soddisfino determinati requisiti, mentre il TUB, come già la legge dele-

23 L'attribuzione è data dall'art. 16, comma 2, lett. m) del Regolamento n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013, istitutivo del c.d. "single supervisory system", sul quale v. G. NAPOLETANO, *La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria. Verso l'Unione bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 747; F. ACCETTELLA, *L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, p. 462; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 73, Roma, settembre 2013; F. GUARRACINO, *Il meccanismo unico di vigilanza sugli enti creditizi tra diritto primario e riforma dei trattati*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2014, p. 171; AA.VV., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 75, Roma, marzo 2014.

24 L. ENRIQUES-D. ZETZSCHE, *Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive*, ECGI Law Working Paper N° 249/2014, Bruxelles, March 2014, reperibile a <http://ssrn.com/abstract=2412601>.

25 G.L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'Euro*, in *Riv. dir. internaz.*, 2012, p. 681; O. CAPOLINO, *Il Testo unico bancario e il diritto dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria*, cit., p. 68.

26 Critica l'idoneità delle misure che la Commissione ha selezionato, percepiti come basati su «*una tradizionale teoria di controllo della concorrenza in una logica precedente a Courage*» [i.e. la sentenza 20 settembre 2001 nella causa C-453/99] e quindi senza tener conto che attori del mercato sarebbero, oltre alle imprese, anche i clienti e consumatori M. MARESCA, *La crisi della comunità di diritto nell'Unione Europea*, in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 437.

ga²⁷, parla di rimozione degli esponenti aziendali «quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione», concetto evidentemente più ampio (e definitivo e afflittivo) dell'ipotesi comunitaria.

La differenza è evidente, osservando che la discrezionalità concessa dalla direttiva nell'interdizione temporanea si contrappone al rigore della rimozione prevista dal Regolamento a fronte del giudizio su un fatto specifico, ovvero il fatto che le persone coinvolte soddisfino o meno determinati requisiti. La regola italiana coniuga la durezza del regolamento con la discrezionalità della direttiva²⁸.

Una seconda differenza è nella latitudine, forse maggiore, dei soggetti passivi, opponendosi come destinatari della misura, secondo la direttiva «un membro dell'organo di gestione dell'ente o ... altre persone fisiche considerati responsabili» agli esponenti aziendali, definiti dall'art. 26 TUB come i «soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso [le] banche», anche se è vero che le «altre persone fisiche» potrebbero corrispondere non solo ai dipendenti, ma ai membri degli organi di controllo.

Mentre può essere accettabile che il Regolamento, dirigendosi a 28 diversi sistemi giuridici, preveda la «rimozione», utilizzando un termine ampio e in un certo senso atecnico, è da verificare che impatto abbia l'uso dello stesso vocabolo nel TUB. Infatti la rimozione non si trova né altrove nel TUB né nel libro quinto, quantomeno non nel significato di cui all'art. 53-bis²⁹.

L'uso della parola «rimozione» sembra indicare l'effetto, comune per organi societari e dipendenti, di togliere loro la possibilità di agire, indipendentemente dal fatto che sia una revoca degli amministratori e sindaci³⁰, mentre è solo un «demansionamento» per i dipendenti, non necessariamente trattandosi di un licenziamento. Lo norma intende impedire lo svolgimento di determinate attività, che sono connesse alla carica per l'amministratore e per il sindaco, ma non sono funzionalmente connesse allo stato di dipendente e quindi non è richiesto in alcun modo che la banca licenzi il dipendente. Resta il tema se il demansionamento operato per fatto della Banca d'Italia legittimi una azione risarcitoria da parte del dipendente nei confronti del datore di lavoro. Il solo fatto che il lavoratore sia stato rimosso è indizio di una sua incapacità a svolgere

27 Legge 7 ottobre 2014, n. 154 Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013 – secondo semestre, art. 3, comma 1, lett. e).

28 Contrappone la rimozione prevista dalla BRRD al «temporary ban» previsto dalla CRD IV STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie*, cit., p. 162, n. (33).

29 L'uso fattone all'art. 2437 – Diritto di recesso, comma 2, lett. b) «l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari» evidentemente non è di aiuto alcuno. Curiosamente, si ha un evidente parallelo con il disposto delle lett. d) ed e) nell'art. 334 c.c. (Rimozione dall'amministrazione): «Quando il patrimonio del minore è male amministrato, il tribunale può stabilire le condizioni a cui i genitori devono attenersi nell'amministrazione o può rimuovere entrambi o uno solo di essi dall'amministrazione stessa e privarli, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale.

L'amministrazione è affidata ad un curatore, se è disposta la rimozione di entrambi i genitori».

Compaiono in comune tra le due norme la cattiva gestione di un patrimonio altrui (nel caso della banca non solo e non tanto quello degli azionisti, quanto quello dei depositanti), la potestà di un terzo di indicare le modalità nuove per condurre la gestione e la possibilità di revoca, anche individuale. Rimane l'evidente differenza che nel caso regolato dall'art. 334 c.c. la rimozione è pronunciata da un giudice, dopo un contraddittorio, per quanto imperfetto.

30 STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie*, cit., p. 162, n. (30) ritiene, con riferimento alla rimozione prevista dalla BRRD, trattarsi di decadenza *ex lege*, che è una spiegazione aderente al testo, prevedendo la direttiva la rimozione nei casi in cui sia riscontrata la mancanza di requisiti in capo all'esponente aziendale.

l'attività alla quale era stato preposto e solo la sentenza che accertasse l'infondatezza della rimozione potrebbe far ottenere un risarcimento al lavoratore.

4. Se la norma abbia funzione di regolazione

Il contesto nel quale la norma è situata sembrerebbe indicare come essa sia intesa quale strumento di regolazione, per quanto possa valere l'argomento della *sedes materiae*³¹, in quanto si trova nel capo nel Capo I Vigilanza sulle banche del Titolo III Vigilanza, dopo l'art. 53 (Vigilanza regolamentare) e, in effetti, i poteri conferiti alla Banca d'Italia dalle altre lettere del comma 1 e dal comma 2 sono certamente di natura regolatoria. La "rimozione di uno o più esponenti aziendali" appare un intervento di natura profondamente diversa, perché, diversamente dagli altri poteri indicati nella disposizione, non prevede (i) un confronto con i vertici societari e aziendali (comma 1, lett. a) e comma 2), (ii) lo stimolo all'attività di soggetti non attivi o reattivi (comma 1, lett. b) e c)), ovvero (iii) un intervento di tipo patrimoniale, atto che di per sé potenzialmente è sia causa di destabilizzazione dell'attività della banca che fonte di responsabilità per la Banca d'Italia. La rimozione riguarda invece le persone ed è concettualmente diversa, come discuteremo tra breve.

Nella direttiva la norma "analoga" (art. 67 – Altre disposizioni) si trova nella Sezione IV – *Poteri di vigilanza, poteri di irrogare sanzioni e diritto di ricorso*, che tratta di sanzioni e di procedura e non sembra dubbio costituisca una sanzione, mentre nel Regolamento l'art. 16 Poteri di vigilanza, che concede alla BCE il potere di rimozione, è all'interno del capo III *Poteri della BCE*, Sezione 2 – *Poteri di vigilanza specifici* e sembra collocata in modo più acconcio. Peraltro la diversità di posizionamento tra direttiva, Regolamento e TUB rende ragione del fatto che l'argomento della *sedes materiae* è debole e quindi si devono seguire percorsi diversi per risolvere il dilemma, anticipando che la risposta ha un impatto evidente anche e soprattutto sul piano della tutela giurisdizionale.

Se è pur vero che la dottrina in passato ha ritenuto che in momento sanzionatorio costituisca un aspetto, l'estremo, della vigilanza e, quindi, della regolazione³² oggi la prospettiva è discussa e si valorizzato il fatto che il momento dell'irrogazione si iscrive nella più complessa attività di controllo/vigilanza svolta dall'Autorità, ma non necessariamente incide sulla funzione che

31 G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu-Messineo-Mengoni, vol. I, t. 2, Giuffrè, Milano, 1980, p. 376 o, più di recente, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu-Messineo-Mengoni continuato da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2011, p. 298.

32 La tesi, non nuova, cfr. E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, Giapichelli, Torino, 2000, p. 86 e *passim*, era stata sostenuta in passato da chi scrive, in *Persuasione e castigo. Le sanzioni amministrative nel TUB e nel TUF*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 169, ove in nota si trova ampia rassegna di dottrina. Più di recente R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 483 conclude che la potestà sanzionatoria sia parte della funzione di regolazione e abbia carattere di strumentalità; W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 21 considera strumentale il potere sanzionatorio rispetto all'efficace esplicazione della funzione regolatoria da parte della Consob: l'esercizio del potere sanzionatorio costituisce una sorta di incidente all'interno di un'attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità.

la sanzione ha, una volta irrogata (è da aggiungere, peraltro, che si tratta di una soluzione organizzativa in via di superamento per effetto della normativa recente e i profili di strumentalità all'intervento regolatorio si mantengono sul terreno della disciplina del potere e non riguardano la sanzione come atto³³.

In ogni caso, indipendentemente dalla teoria che si accetti come valida, la regolazione è ontologicamente diversa dalla sanzione, tanto è vero che la regolazione è in larga misura un'attività condotta in modo discrezionale, mentre all'opposto il momento sanzionatorio è via via circondato di sempre maggiore inquadramento, definizione e tutela. La continuità tra misure regolatorie e misure sanzionatorie non toglie che esse siano concettualmente distinte e autonomamente disciplinate sul piano sostanziale e procedimentale. Il provvedimento di natura regolatoria ha la funzione di prevenire un comportamento *contra legem*, ovvero inefficienti quanto al raggiungimento dei fini tutelati dal regolatore o infine ha funzione ripristinatoria, come è ben evidente nel resto dell'art. 53-*bis* TUB: la funzione regolatoria ha efficacia nel futuro, magari anche correggendo un difetto del passato. Diversamente, il carattere proprio della sanzione è la sua afflittività, con il corollario della sua forza di dissuasione dal commettere l'illecito, ed è rivolta a colpire il responsabile con un provvedimento che non contiene elementi di soddisfazione diretta, di adempimento o risarcimento³⁴. La sanzione è la reazione dell'ordinamento a un evento illecito passato e l'irrogazione della sanzione non ha di per sé alcun effetto sul futuro dell'ente regolato. È evidente sin dalla prima lettura che la misura della rimozione è la reazione dell'ordinamento a un comportamento che, per il solo fatto di nuocere all'obiettivo primario della sana e prudente gestione, si caratterizza come antiggiuridico, illecito. E la reazione senz'ombra di dubbio riveste il carattere della afflittività, configurandosi come una sanzione.

La differenza tra i poteri esercitabili in via regolatoria, posti a tutela dei depositanti e della stabilità e quelli relativi all'applicazione delle sanzioni nei confronti degli esponenti aziendali è oggi evidenziata dal differente assetto della tutela giurisdizionale delle une, completamente diverso da quello delle altre, a partire dal magistrato per giungere al rito³⁵.

5. Il profilo civilistico: i casi di revoca di amministratori e sindaci di società e i rimedi esperibili

Il caso più simile all'istituto in discussione è, naturalmente, la possibilità di revocare gli amministratori, evento che può accadere per vari motivi. Una rassegna dei casi, sintetica quanto più è possibile, è necessaria per apprezzare quanto la rimozione non solo sia una norma eccezionale, ma si ponga al di fuori del sistema.

La regola del codice sulla revoca degli amministratori di società per azioni

33 M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di Allena e Cimini, in *Dir. econ.*, 2013, p. 94.

34 Nello stesso senso l'ordinanza Cons. St., Sez. VI, 6 aprile 2016, n. 1380/2016 reg. provv. Coll., reperibile a www.giustizia-amministrativa.it.

35 La medesima tesi è sostenuta dalla sentenza TAR Roma, Sez. II, 19 marzo 2014, n. 3009.

(che ovviamente non si chiamavano ancora così) è presente già nel codice di commercio del 1882 (art. 120) ed è considerata all'epoca una ripetizione della «regola già scritta nel diritto comune (Cod. civ., art. 1757)»³⁶, valorizzando il fatto che l'amministratore null'altro era se non un mandatario di specie particolare, al quale in caso di revoca immotivata sarebbe spettato un risarcimento del danno³⁷. Il codice civile esplicita il diritto, in conformità all'insegnamento concorde di dottrina e giurisprudenza³⁸. La liceità della revoca non viene mai posta al centro del dibattito, posto che la norma, sia l'antica che l'odierna, consentono sempre di deliberare la revoca ed è affermazione ricorrente che «l'assenza di giusta causa della revoca ... non incide sulla validità ed efficacia della revoca, ma rileva soltanto al fine del risarcimento dell'eventuale danno»³⁹ e non deve riguardarsi la revoca sul terreno dell'inadempimento⁴⁰. Si discute invece su quali siano i casi di giusta causa che esimono la società dal pagare i danni⁴¹ e, al più, su quale sia il limite del danno risarcibile⁴² e si assiste alle oscillazioni tra la protezione dell'interesse portato dall'amministratore e quello portato dalla società⁴³. Le caratteristiche rilevanti dell'istituto, nel confronto con la rimozione prevista dal TUB, sono tre: il potere di revoca è attribuito a chi ha il potere di nomina – e se ciò forse non un principio, certo si presenta come un tratto ricorrente nell'ordinamento – essendo previsto un regime definito di responsabilità, ed esiste altresì un rimedio giurisdizionale.

Un caso di revoca indiretta, disposta *ex lege*, è quello previsto dall'art. 2393, comma 4, c.c., quando l'assemblea delibera di promuovere azione di responsabilità contro gli amministratori e la delibera è presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale. La revoca automatica è, sul piano legale, l'effetto di una delibera presa con una maggioranza definita dal codice. Tale regola è posta quando, per effetto dell'aver attribuito colpe di gravità tale da dar luogo alla richiesta di risarcimento del danno agli amministratori in carica, si rende necessario minimizzare il danno potenziale, revocando chi li ha provocati e potrebbe aggravarli. La giusta causa si rinviene *in re ipsa*, proprio nel fatto di andare oltre la semplice revoca e di chiedere il risarcimento del danno ingiusto. Anche in questo caso si rinviengono le medesime tre caratteristiche, assenti nella rimozione.

La revoca in parola astrattamente cesserebbe di esplicare i suoi effetti là dove la vicenda giudiziaria si concludesse con il mancato riconoscimento di

36 C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, *Le società commerciali*, Vallardi, Milano, 1923, p. 269.

37 Così U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Bocca, Torino, 1920, v. IV p. 373, ma l'opinione non era pacifica, ritenendo sempre ammissibile la revoca senza risarcimento del danno A. SCIALOJA, *Nota a Cass. Torino*, 2 marzo 1911, in *Riv. soc. comm.*, 1911, p. 305.

38 G. FRÈ-G. SBISÀ, *Della società per azioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1997, p. 784.

39 La più recente pronuncia pubblicata parrebbe essere Trib. Cuneo, 6 marzo 2013, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9224.pdf.

40 R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Giappichelli, Torino, sd ma 1974, p. 164.

41 Un'ampia rassegna della giurisprudenza in M. SIMONE, *Art. 2383*, in *Comm. delle società*, a cura di Grippo, t. 1, Utet, Torino, 2009, p. 489.

42 Da ultimo S. CASSANI, *Revoca dell'amministratore per giusta causa ed esplicitazione dei motivi nell'assemblea di revoca*, in *Soc.*, 2013, p. 130.

43 G. CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Tratt. soc. per az.*, diretto da Colombo e Portale, vol. 4, Utet, Torino, 1991, p. 81.

una responsabilità degli amministratori e, addirittura, essi avrebbero ragione di domandare il risarcimento del danno da revoca senza giusta causa, evidentemente non potendo essere utilizzato alcun rimedio di tipo restitutorio⁴⁴. Analogamente, in caso di scioglimento degli organi sociali ex art. 70 TUB in caso di sottoposizione della banca ad amministrazione straordinaria e successivo annullamento ogni effetto tipico della procedura viene meno: presumibilmente cadono i procedimenti sanzionatori, e le azioni di responsabilità, sicuramente sono riacquistati i requisiti di onorabilità perduti⁴⁵.

Il secondo caso di revoca è costituito dalla nomina e revoca degli amministratori, fuori dal sistema assembleare, da parte dello Stato o degli enti pubblici che partecipano a una società per azioni, ex art. 2449 c.c. Se da un lato l'istituto prevede un diritto particolare di nomina e revoca, dall'altro si conserva la proprietà della corrispondenza tra la nomina e la revoca degli amministratori in capo al medesimo soggetto⁴⁶.

Ulteriore caso di revoca, l'unico operato da un soggetto diverso da quello che ha proceduto alla nomina, è quella giudiziale, disposta dal Tribunale nel corso di un procedimento ex art. 2409 c.c.⁴⁷, il quale si situa alla massima distanza dal provvedimento di rimozione, avvenendo interamente avanti il giudice. La riforma del 2003 ha chiariti i parametri per valutare se si possano revocare l'organo amministrativo ed eventualmente quello di controllo: il comportamento deve configurare una violazione grave ed essa deve essere potenzialmente fonte di danno. Il provvedimento è preso su istanza di parte, nel corso di un contraddittorio avanti il giudice, quindi all'interno del quadro di garanzie normalmente offerte dall'ordinamento. Ulteriore diversità della rimozione dal procedimento ex art. 2409 c.c. si rileva nel fatto che è «acqui-

44 App. Milano, 12 luglio 1968, in *Foro pad.*, 1970, I, c. 498 e così F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 100, n. (131).

45 L'accadimento è estremamente raro: TAR Campania, 26 marzo 1987, n. 170, *T.A.R.*, 1987, I, p. 2015, e 2 febbraio 1990, n. 41, *ivi*, 1990, I, p. 1654; TAR Sicilia, Catania, 8 settembre 2000, *Banca borsa*, 2011, II, p. 379, con nota di A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?*, 390. Il caso più recente è Cons. St., Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 657, *Banca borsa*, 2015, II, p. 267. L. SEMINARA, *Amministrazione straordinaria delle banche: condizioni e competenze delle Autorità creditizie*, *ivi*, p. 304, nota che – oltre al risarcimento del danno causato dal provvedimento adottato illegittimamente – l'effetto di natura sostanziale che la sentenza automaticamente produce sembra essere la «rimozione delle situazioni preclusive dell'assunzione di "cariche di amministratore, direttore generale e sindaco" in intermediari bancari e finanziari, imprese assicurative e società quotate – previste rispettivamente, dai d.m. 161/1998, 468/1998, 220/2011 e 162/2000».

46 L'art. 2449 c.c. è stato oggetto di modifica con legge 28 febbraio 2008, n. 34. Sul punto A. AWWAD, *La «revoca riservata» degli amministratori nelle società di capitali*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Giappichelli, Torino, 2010, p. 128, il quale non ritiene esistere un tale principio, ancorché esso, latente nell'ordinamento, sia stato spesso affermato in dottrina (vedi riferimenti alle n. 2 e 3) e peraltro conclude nel senso che nelle s.p.a. non si può sottrarre all'assemblea (o al consiglio di sorveglianza) il diritto di revoca degli amministratori (p. 144). Ritiene vigente il principio M. HOUBEN, *La revoca degli amministratori di società per azioni: legittimazione, giusta causa e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 657.

47 Nel vigore del codice di commercio l'ispezione ex art. 152 aveva natura dichiarativa, attribuendo all'assemblea il compito di «riparare alle irregolarità constatate dall'autorità giudiziaria» (così VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 360) e come unico esito aveva l'eventuale pronuncia dei provvedimenti provvisori, in attesa che l'assemblea deliberasse. Il procedimento, nei progetti di riforma del codice di commercio, aveva lo scopo di costituire un filtro all'esercizio da parte del socio dell'azione di responsabilità (sia Finiali che Vignali), ovvero di verifica sulla correttezza del bilancio, ma anche la possibilità di esercitare un'azione sociale di responsabilità da parte della minoranza (Vivante) o funzioni di gestione provvisoria (Asquini), come ricorda R. TETI, *Il controllo giudiziario*, in *Amministrazione e controllo*, cit., p. 554.

sito, anche il giurisprudenza, che la revoca investe necessariamente tutti i componenti degli organi, indipendentemente dalla responsabilità dei singoli»⁴⁸, quindi non nel modo selettivo ora consentito alla Banca d'Italia.

Da ultimo, rimane da considerare il caso della rimozione disposta ai danni del Collegio sindacale, pure possibile oggetto di revoca, che può essere revocato solo per giusta causa con deliberazione approvata dal tribunale con decreto, sentito l'interessato (art. 2400 c.c.). È comune convincimento che il procedimento, fortemente garantista, si applichi sempre, anche nel caso di sindaci nominati in di società partecipate da enti pubblici ai sensi dell'art. 2449 c.c.⁴⁹.

Si noti che non viene in discussione, ai fini di questi appunti, l'esistenza (tradizionalmente affermata⁵⁰ di un principio di corrispondenza tra nomina e revoca, o l'inesistenza del principio di recente teorizzata sulla base della pluralità di norme, portate dalla riforma, che concedono a non soci di nominare amministratori⁵¹, restando pacificamente ai soci il potere di revocare gli amministratori. La nuova regola del TUF qui in esame rompe il nesso tra titolarità della nomina e rimozione, nel senso che alla Banca d'Italia sono attribuiti poteri che fino a ora erano prerogativa delle parti. Di più, il provvedimento di rimozione supera ogni tutela giurisdizionale e attribuisce alla Banca d'Italia poteri nuovi, che prescindono dall'intervento del giudice⁵².

La norma chiesta e ottenuta dalla Banca d'Italia, e condivisa dalle autorità comunitarie, è perfettamente comprensibile e forse anche condivisibile in un ordinamento sezionale, ma appare un corpo estraneo rispetto all'ordinamento odierno. In primo luogo sostituisce il controllore ai proprietari della banca, cioè l'assemblea degli azionisti, poi pone in discussione il ruolo di terzo tipicamente rivestito dalla vigilanza e infine consente che sia adottato un provvedimento al di fuori delle garanzie giurisdizionali considerate normali in un sistema democratico, dando per evidente il fatto che l'accertamento in sede di procedimento amministrativo non sia pieno, anche perché privo di contraddittorio. Continua il percorso "verso la sostituzione dell'atto amministrativo al contratto"⁵³ nella vita dell'impresa⁵⁴.

48 M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1224, ma anche L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sull'irregolarità di gestione. Fattispecie e rito dopo la riforma societaria*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 311. In effetti a fronte di alcune pronunce che prevedono la revoca di tutti gli amministratori (App. Venezia, 18 giugno 1992, in *Soc.*, 1993, p. 191; App. Milano, 1 giugno 1994, in *Soc.*, 1994, p. 523; Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 2103; Trib. Verona, 14 dicembre 2001, in *Soc.*, 2002, p. 858; Trib. Vicenza, 27 marzo 2009, in *Riv. dott. comm.*, 2010, I, p. 175) si ha un solo provvedimento edito che proceda a una rimozione "selettiva": Trib. Parma, 29 marzo 2013, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 113.

49 Trib. Napoli 7 agosto 2015, Tribunale Palermo 13 febbraio 2013 reperibili a www.ilcaso.it/rubriche/indice-gs.php?id_cont=2400.

50 *Ex multis* M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, Trattato diretto da Galgano, Utet, Torino, 2002, p. 28; M.L. MONTAGNANI, *Commento sub art. 2383*, in *Amministratori*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Egea, Milano, p. 166.

51 AWWAD, *La «revoca riservata»*, cit., p. 130, ma nel senso che sia concesso il diritto di revoca solo a chi ha nominato amministratori ex art. 2351, comma 5, c.c. HOUBEN, *La revoca degli amministratori*, cit., p. 671.

52 Sarebbe da aggiungere alla rassegna, per amor di completezza, il caso affine (art. 19 *quater*, comma 3, d.lgs. n. 252/2012) della decadenza che la COVIP può dichiarare ai danni dei componenti degli organi collegiali e del responsabile della forma pensionistica, in caso di violazione di alcuni obblighi (indicati), a titolo di sanzione per i casi di maggiore gravità. La norma può non essere condivisibile, ma (i) si riferisce all'organo e non all'individuo, (ii) identifica i comportamenti che legittimano l'assunzione della misura sanzionatoria e (iii) viene irrogata al termine di un procedimento formale, che prevede una tutela giurisdizionale.

53 A. MIGNOLI, *Una legge singolare*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 1186.

Vale forse ricordare che una regola simile non esisteva neppure nella legge bancaria. L'Ispettorato disponeva unicamente della facoltà, da esercitare solo in quanto fossero state commesse infrazioni che fossero derivate da «*gravi manchevolezze*», di «*invitare gli organi amministrativi*» a sospendere l'impiego ovvero risolvere il contratto di impiego «*direttori e funzionari, anche se rivestano la qualità di consiglieri delegati*» e precisava che le persone colpite dal provvedimento avevano azione contro la banca (art. 91)⁵⁵. La norma assicurava che fosse rispettata la libertà dei proprietari e garantiva un rimedio giurisdizionale, anche se solo risarcitorio.

6. Il profilo sanzionatorio

La rimozione di un amministratore è oggi possibile in seguito a una decisione della Banca d'Italia, senza essere sottoposta al vaglio alcuno, sul solo presupposto che esista un pericolo di danno attuale, e ciò secondo la prospettiva resa dalla Banca d'Italia. La giustificazione alla necessità di una norma simile è fatta risalire al fatto che scongiurerebbe il ricorso a provvedimenti di natura straordinaria. Questa esigenza calpesta il principio fondamentale di presunzione d'innocenza (v. art. 48 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea), che, come da tempo ha chiarito la giurisprudenza della Corte Europea Diritti dell'Uomo impone che nessun pubblico ufficiale possa dichiarare che l'accusato si è reso responsabile di un reato (attribuendo effetti afflittivi o sanzionatori a tale dichiarazione) fino a che non sia intervenuta sentenza definitiva penale di condanna⁵⁶. Si noti che, a sua volta, la Corte di Giustizia UE ha da tempo qualificato la presunzione di innocenza come diritto fondamentale dell'Unione⁵⁷ e ha statuito che il principio della presunzione di innocenza ha portata non solo penale ma ampia e sostanziale, estesa ad ogni autorità pubblica e ai poteri sanzionatori di ciascuna di tali autorità pubbliche anche in sede civile o amministrativa⁵⁸. E vale la pena di ricordare che se la direttiva è neutrale rispetto alla distinzione tra «*administrative measures*» e «*administrative penalties*», considerando la di-

54 Gli artt. 2088-2091 c.c., implicitamente abrogati a seguito della soppressione degli organi corporativi centrali (r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721) e delle associazioni sindacali fasciste (d.lgs. lgt. 23 novembre 1944, n. 369) prevedevano un procedimento a carico dell'imprenditore che avesse violato gli obblighi imposti dall'ordinamento corporativo, che comprendeva la facoltà attribuita alla magistratura del lavoro di sostituire gli amministratori in carica con altre persone ritenute idonee (art. 2091, comma 3, c.c.). L'intervento del magistrato previsto persino dal legislatore più autoritario dell'Italia moderna dimostra che la rimozione senza un previo esame del giudice è un istituto fuori dalle linee di sistema.

55 Si prescinde qui dal fatto che la norma «*non è costitutiva ex se di concrete garanzie*», come osservava R. BOCCIA, *Commento all'art. 91*, in Capriglione-Mezzacapo, *Codice commentato della banca*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 1102, così come dal fatto che non risulta abbia mai avuto concreta applicazione.

56 Sul punto, Corte Europea Diritti dell'Uomo, 26 marzo 2002, Butkevicius c. Lituania; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 10 ottobre 2010, Daktanas c. Lituania, punto 41 della motivazione.

57 Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, in causa C-199/92.

58 Trib. Primo Grado, 8 luglio 2008, in causa T-48/2007; si può leggere a <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67252&pageIndex=0&doclang=IT&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=423547>.

stinzione una materia pertinente la legislazione nazionale⁵⁹ suona difficile credere che la misura non sia una sanzione, presentando le tipiche caratteristiche dell'afflittività, della dissuasione e della giusta retribuzione dell'illecito, aggiungendo che in questo caso specifico si avrebbe come effetto l'interdizione dall'esercitare un ufficio.

Ulteriore argomento è che la giurisprudenza della Corte EDU considera l'illecito penale con una prospettiva autonoma rispetto a quanto accade dai singoli ordinamenti, per evitare che la norma nazionale si liberi della garanzia tradizionalmente concessa nel procedimento penale, attraverso un declassamento della fattispecie a illecito amministrativo, a partire dal caso *Engel ed altri c. Paesi Bassi*⁶⁰, nel quale vengono teorizzati tre criteri⁶¹ attrattivi che portano a definire come penale un illecito. In breve essi sono:

1) la *qualificazione* attribuita dal diritto interno, nel senso che se l'illecito è qualificato come penale dall'ordinamento nazionale, trovano immediata applicazione le garanzie convenzionali, assorbendo ogni ulteriore indagine, ma non ostando la diversa classificazione a una ulteriore analisi che sollevi il velo formale per valutare la natura sostanziale.

2) la *natura dell'infrazione*, da accertare alla luce delle finalità perseguite, verificando che la sanzione connessa all'illecito sia conseguente alla violazione di interessi generali e abbia funzione deterrente e repressiva, mentre non si considera abbiano natura penale le sanzioni il cui contenuto è di natura risarcitoria o restitutoria.

3) la *gravità della sanzione*, da valutare astrattamente, considerando la pena massima editale prevista, indipendentemente dall'accertamento della gravità della sanzione inflitta in concreto.

In una recente *cause célèbre*⁶² la Corte europea ha osservato che la norma sanzionatoria violata dai ricorrenti ha la funzione «*di garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni*» e che la CONSOB ha tra i suoi scopi il perseguimento di «*interessi generali della società, normalmente tutelati dal diritto penale*»⁶³, aggiungendo, quanto alla gravità della sanzione, che l'ordinamento italiano (dell'epoca) si caratterizzava per sanzioni pecuniarie particolarmente afflittive e «*comporta(va) per i rappresentanti delle società coinvolte, la perdita temporanea della loro onorabilità*», e, nel caso di società quotate, «*l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo [...] per*

59 Così R. D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 74, Roma, dicembre 2013, p. 12.

60 Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*. Sulla successiva giurisprudenza della Corte, F. PALLADINO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra matière pénale e divieto di bis in idem (note a margine della sentenza Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014)*, in questa *Rivista*, 2/2014, a www.rivistadellaregolazioneideimercati.it.

61 Ritieni insoddisfacenti a distinguere tra reato e illecito amministrativo gli «*incerti criteri CEDU della sanzione amministrativa di carattere fortemente afflittivo da equipararsi alla sanzione penale*» P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 483.

62 Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sulla quale, oltre a PALLADINO, *Il potere sanzionatorio*, cit., da ultimo v. G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*, in *Riv. soc.*, 2105, p. 869, nel quale a p. 869, n. (2) ulteriori indicazioni bibliografiche.

63 Corte EDU, 4 marzo 2014, § 96.

una durata variabile da due mesi a tre anni»⁶⁴. La Corte, «tenuto conto delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle cui erano passibili i ricorrenti», ha stabilito che «le sanzioni in causa rientr[ano], per la loro severità, nell'ambito della materia penale» e che, pertanto «il profilo penale dell'art. 6 § 1 [è] applicabile nel caso di specie»⁶⁵.

La sentenza, rilevante anche sotto diversi alti profili, aiuta a inquadrare l'anomalia della disposizione in esame. Se è vera l'ipotesi qui profilata, secondo la quale la rimozione costituisce una sanzione e non un atto di regolazione, si deve di conseguenza, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU concludere che la rimozione abbia natura penale – ai sensi della CEDU – considerando che (i) è posta a garantire interessi generali (può essere disposta “qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca) (ii) è di indubbia afflittività, trattandosi di sanzione interdittiva e (iii) ha funzione deterrente e punitiva, non presentando alcun profilo compensativo e, di conseguenza, trova applicazione l'art. 6 CEDU, che prevede una serie di garanzie piuttosto ampia⁶⁶, in contrasto con la totale assenza di garanzie nel procedimento con il quale la Banca d'Italia può “disporre ... la rimozione”.

È da rilevare che secondo la più recente giurisprudenza di legittimità⁶⁷ le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia non sono equiparabili quanto a severità, incidenza patrimoniale e personale e quelle irrogate dalla Consob delle quali abbiamo appena trattato. I (relativamente) ridotti ammontari delle sanzioni e il fatto che esse non comportano l'automatica perdita della onorabilità o l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo in società quotate consentano di escludere che alle sanzioni del TUB si possa attribuire carattere penale. L'argomento non è tuttavia applicabile al caso in discussione. La rimozione, incidendo direttamente sul futuro professionale del rimosso, ha una natura diversa da quella delle sanzioni amministrative pecuniarie, di sicuro contigua a quella delle pene interdittive, ricadendo nell'alveo sostanzialmente penalistico e, dunque, l'irrogazione senza un premio contraddittorio sembra inammissibile. È da aggiungere che la sanzione in questo caso prescinde all'accertamento di una violazione, deriva dallo stato di pericolo, ossia dall'opinione della Banca d'Italia che la presenza del soggetto da rimuovere nuoccia alla sana e prudente gestione, mentre le sanzioni interdittive sono dall'ordinamento comminate come sanzione accessoria, dopo un contraddittorio⁶⁸.

64 *Ibidem*, § 97.

65 *Ibidem*, §§ 99-101.

66 Sulla giurisprudenza della Corte nella materia dei procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius Publicum Network Review*, 2014, f. 4, p. 31 a www.ius-publicum.com, p. 15 ss.

67 Cass. 24 febbraio 2016, n. 3656 reperibile a www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14953.pdf.

68 In via generale il codice penale prevede due tipi di pene interdittive accessorie, dettate rispettivamente dall'art. 32-bis c.p. (interruzione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese), che consegue di diritto alla condanna ad una pena non inferiore a sei mesi di reclusione per delitti commessi con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all'ufficio e dall'art. 35-bis (sospensione dall'esercizio degli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese), che consegue di diritto alla condanna all'arresto per contravvenzioni commesse con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all'ufficio. Mentre la pena interdittiva accessoria prevista per le contravvenzioni ha una durata fissata in via generale dal legislatore (non inferiore a quindici giorni e non superiore a due anni), quella conseguente alla condanna

7. Quali rimedi sono esperibili contro la rimozione?

Quesito non di minore momento è quale tipo di tutela giurisdizionale si possa concedere all'amministratore "rimosso" in forza di un provvedimento emanato dalla Banca d'Italia. Apparentemente, trattandosi di un atto amministrativo, si dovrebbe pensare al TAR, ma, ove si configurasse – come già accennato – la natura del provvedimento di revoca come di sanzione⁶⁹, si dovrebbe seguire la regola generale sulle sanzioni amministrative (sia pur pecuniarie), oggi di nuovo materia riservata alla Corte d'Appello di Roma⁷⁰, pur se non pare che la Corte si sia mai liberata della sua deferenza verso la Banca d'Italia⁷¹.

In realtà, poiché si tratterebbe della lesione di un diritto fondamentale, quello di svolgere il proprio lavoro – per tacere del non minor tema relativo alla lesione della reputazione – il giudice naturale dovrebbe essere il Tribunale delle imprese, quello stesso che sarebbe competente a decidere sulla revoca deliberata dall'assemblea, sulla azione di responsabilità e sul ricorso ex art. 2409 c.c., e non vi è motivo di accentrare la competenza o prevedere un unico grado di giudizio⁷², come accade per le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal TUB.

Resta il tema della tutela in caso il giudice dichiarasse l'illegittimità della rimozione. Nei casi in cui la revoca è dichiarata per giusta causa e il giudice non la accerti, è dovuto un risarcimento e si è discusso, per il caso in cui la revoca sia avvenuta in forza dell'art. 2449, comma 2, c.c., se esista un diritto al risarcimento⁷³ e, in caso di risposta affermativa, se l'onere risarcitorio gravi sull'ente che la ha pronunciata⁷⁴ ovvero sulla società⁷⁵, dovendosi anche, e

per delitto ha durata corrispondente (ex art. 37 c.p.) a quella della pena principale inflitta al condannato: entrambe consistono nell'incapacità di esercitare per il tempo stabilito la funzione o l'ufficio.

69 D'AMBROSIO, *Due process and safeguards*, cit., p. 25 ritiene che non si tratti di una sanzione ma una "administrative measure"; ANNUNZIATA, *Notarelle a margine*, cit., configura il provvedimento come una sanzione, nei medesimi termini del testo.

70 A seguito della sentenza resa Corte cost. 15 aprile 2014, n. 94. Sulla complessa vicenda del riparto di giurisdizione e dell'illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo) nella parte in cui attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio, la materia delle sanzioni amministrative v. G. GRÜNER, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il potere sanzionatorio*, a cura di Allena e Cimini, cit., p. 390.

71 F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato conc. reg.*, 2000, p. 475; A. MACCHIATI, *Poca deferenza e molta discrezione (ma dei giudici). A proposito degli argomenti di Francesco Denozza sulle autorità indipendenti*, *ivi*, 2001, p. 363; A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia "amministrativa"?*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, p. 304.

72 G. MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 966 ipotizzava che la soluzione fosse stata adottata per comodità di gestione centralizzata delle liti da parte della Banca d'Italia, ma la criticava, così come criticava quella del giudizio in unico grado.

73 Da ultimo lo nega A. BLANDINI, *La nomina e la cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica*, in *Società, banche e crisi di impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa diretto da M. Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, Utet, Torino, 2014, 2, p. 931, mentre lo afferma Houben, *La revoca degli amministratori*, cit., p. 697.

74 G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile* fondato da F. Vassalli, Utet, Torino, 1987³, X 3, p. 703, n. (3); F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli articoli 2458 ss. del codice civile)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 277.

prima, valutare se il giudice ordinario possa accertare il diritto al risarcimento, posto che – secondo un caso noto e risalente⁷⁶ – la verifica della giusta causa presupporrebbe il sindacato sull'atto dell'ente pubblico, che è discrezionale. Autorevole dottrina ha mostrato l'erroneità della premessa, distinguendo tra l'accertamento della legittimità dell'atto, certamente rimessa al giudice amministrativo, e quello della giusta causa, che è demandata al giudice ordinario e che presuppone a mote un atto amministrativo legittimo⁷⁷. Recente giurisprudenza tuttavia considera o inapplicabile l'art. 2383, comma 3, c.c. o elevato ex se a "giusta causa" di revoca, tale da escludere pretese risarcitorie, il mutamento della maggioranza politica che ha provveduto alla nomina, negando che la società sia tenuta al risarcimento del danno⁷⁸.

Un inciso si rende necessario. La giurisprudenza ritiene che nelle società pubbliche e deputate al perseguimento di scopi d'interesse generale, ossia quelle che sono poste in uno schema organizzativo strumentale all'amministrazione territoriale, in cui l'ente che nomina si pone in termini autoritativi e non societari, l'atto di nomina e – ciò che qui più importa – e quello di revoca assumono natura di provvedimenti amministrativi con conseguente giurisdizione del "giudice naturale" del corretto esercizio della pubblica funzione, ovvero del giudice amministrativo⁷⁹.

Tentando di applicare il criterio secondo il quale la rimozione deve essere letta come un caso particolare di non corrispondenza tra nomina e revoca e aderendo alla teoria secondo la quale la società è responsabile per l'indenizzo anche ove la revoca sia extra-assembleare, si dovrebbe sostenere che la società, avvenuto il riconoscimento della illegittimità della rimozione disposta da parte della Banca d'Italia, avrebbe azione per il ristoro del danno patrimoniale subito ingiustamente, in base ai principi generali sulla responsabilità.

75 G. MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca borsa*, 1954, I, p. 712; F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 511.

76 Cass. 15 luglio 1982, n. 4139, seguita da App. Milano 18 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 123 ss. secondo la quale «la nomina e la revoca di amministratori e sindaci riservate dalla legge o dall'atto costitutivo allo Stato o ad un ente pubblico sono atti amministrativi e, come tali, non possono essere sindacati dall'autorità giudiziaria ordinaria ma solo valutati e conosciuti per gli effetti civilisti che producono».

77 F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 510; V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale fondato da Buonocore*, diretto da Costi, Giappichelli, Torino, 2010, p. 379.

78 App. Milano 5 maggio 2010, in *Soc.*, 2011, p. 262 con nota di V. DE CAMPO, *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: mutamento della maggioranza politica quale giusta causa di revoca*. Nello stesso senso Cons. St., parere 27 febbraio 2003, n. 514 bis/2003, in *Foro it.*, 2003, c. 445 ove «l'ipotesi di revoca di cui all'art. 6 è assistita da giusta causa legale».

79 Cfr. ad es., di recente, TAR Lazio, Latina, I, 9 gennaio 2013 n. 17, *Diritto & Giustizia*, 2013, p. 11, Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122, www.giustizia-amministrativa.it, a proposito della società Istituto Luce Cinecittà (s.r.l., ma le considerazioni paiono potersi applicare anche alle s.p.a. "pubbliche"). Così M.G. DELLA SCALA, *Le società a partecipazione statale: "società - imprese" ed enti pubblici in forma societaria. Profili di disciplina applicabile. Report annuale 2013 - Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013, f. 3-4, p. 31 a www.ius-publicum.com.

8. Profili di modifica

Finita la *pars destruens*, una prima proposta che si potrebbe avanzare per promuovere una discussione è di riportare la norma nel sistema e di inquadrarla in una cornice di garanzie, elaborando sul testo vigente⁸⁰. In via di ipotesi essendo già attribuito alla Banca d'Italia il potere di imporre ad amministratori e sindaci (ovvero agli organi corrispondenti nei sistemi dualistico e monistico) la convocazione dell'assemblea fissando l'ordine del giorno (ovvero la revoca degli amministratori o di uno soltanto) e quello di procedere autonomamente in caso di inottemperanza degli organi competenti, si potrebbe prevedere che il termine di convocazione possa essere fissato anche in deroga all'art. 2366 c.c. e all'art. 125-*bis* TUF, per il caso la banca fosse quotata. Inoltre in caso di assemblea già convocata dagli amministratori (per es. ex art. 2364, comma 2, c.c.) la Banca d'Italia potrebbe avere la facoltà di chiedere l'integrazione dell'ordine del giorno, estendendo il disposto dell'art. 126 *bis* TUF, e prevedendo analoga norma anche per i soggetti non quotati e, in ipotesi, procedendo a ridurre i termini di convocazione.

Al fine di garantire la necessaria tutela giurisdizionale, si potrebbe prevedere che la richiesta di rimozione da parte di Banca d'Italia costituisca una pre-sunzione di giusta causa ai sensi dell'art. 2383 c.c., salvo l'accertamento giudiziale sulla sua effettiva sussistenza.

Per consentire una decisione efficace, la delibera sulla revoca, così come la successiva delibera sull'eventuale azione di responsabilità a carico del revocato, dovrebbe essere adottata escludendo dal voto l'azionista (*rectius*: l'azionista e tutti i soggetti del gruppo di appartenenza) che aveva presentato la lista nella quale era presente il revocato (in deroga all'art. 2368, comma 3), se ancora è socio. Ove l'azionista che ha presentato la lista nella quale era presente il revocando – o un soggetto del gruppo – fosse parte di un patto parasociale, esso sarebbe sciolto di diritto e per un anno il gruppo al quale quell'azionista appartiene non potrebbe essere parte di alcun patto parasociale riguardante la banca o la capogruppo, indipendentemente da quale sia la società che deve deliberare.

Alternativamente o cumulativamente si potrebbe prevedere una legittimazione attiva in capo alla Banca d'Italia a proporre denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c., prevedendo anche, per la fattispecie specifica, che la eventuale revoca possa essere pronunciata per singoli amministratori e non per l'intero organo.

Resta qualche dubbio sull'istituto, che la Banca d'Italia ha chiesto, ma difficilmente potrà impiegare. Nell'ambito di una procedura rimuovere i vertici è inevitabile: se si arriva alla procedura è in conseguenza di un errore o di una gestione che crea rischi. Il punto importante, nel caso, non è la rimozione di uno o più esponenti aziendali, ma la possibilità che l'attività rischi di non continuare. Nel caso di rimozione del soggetto senza poi sottoporre l'ente a una procedura, i depositanti e gli azionisti dovrebbero pensare che se il rimosso nuoceva alla sana e precedente gestione, requisito legale che legittima la rimozione, qualcosa nella gestione era ritenuto gravemente insoddisfacente. Empiricamente, le notizie di pericolo relative a una banca sono misurabili con

⁸⁰ I poteri indicati nel testo erano già attribuiti all'Ispettorato dalla legge bancaria dall'art. 35, comma 1, lett a), sul quale v. C. CLEMENTE, *Commento all'art. 351*, in CAPRIGLIONE-MEZZACAPO, *Codice commentato della banca*, cit., p. 401.

lo strumento del prezzo delle sue azioni. In più da alcuni mesi in Italia abbiamo l'evidenza che i depositanti tendano a ritirare i loro denari quando percepiscono il pericolo. È lecito dubitare che la Vigilanza corra il rischio di un *bank run* rimuovendo l'esponente aziendale senza un piano per gestire l'emergenza che questa rimozione segnala⁸¹.

⁸¹ Lo strumento previsto dalla direttiva, impropriamente tradotto in Italia, è la rimozione *temporanea*, che forse potrebbe non creare quest'onda di conseguenze: se la rimozione è solo temporanea, il significato è che si deve svolgere un'attività, bloccata o rallentata dall'esponente e, risolto il problema, l'esponente può essere reimmesso nella funzione. Quindi si dovrebbe dedurre che il problema è grave, ma non strutturale, e si tratta, con un'analogia sportiva, dei due minuti di panchina puniti, mentre l'ipotesi è che una "espulsione" segnali un problema di gravità superiore.

La tutela del consumatore-utente tra Autorità *Antitrust* e Autorità di regolazione

di *Beatrice Rabai*

ABSTRACT

This paper aims to propose some reflections about consumer protection, with particular references to the role assigned by the legislator respectively with the antitrust authority and the regulatory authorities. In particular, after examining the European legislation, in order to provide an essential framework to the reader, it will analyze the national legislation, inquiring about emerging issues, including different ways to avoid the conflict of competence among the independent administrative authorities.

SOMMARIO: 1. La derivazione europea della protezione dei diritti dei consumatori e la tutela dell'utente. Considerazioni introduttive. – 2. Le competenze attribuite alle Autorità di settore a tutela dell'utente: l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico (*Aeegs*) e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (*Agcom*). – 3. Le competenze attribuite alla Autorità *Antitrust* e la tutela del consumatore. – 4. Prima fase. il Consiglio di Stato pone un limite alla trasversalità delle competenze dell'*Agcm* applicando il principio della "specialità tra settori". – 5. Seconda fase. Il Tar Lazio sancisce il rapporto di "complementarietà" tra disciplina settoriale e disciplina generale di cui al codice del consumo. – 6. Terza fase. L'Adunanza Plenaria afferma il principio di "specialità per norme". – 7. Quarta fase. Il legislatore interviene per cercare di risolvere l'*impasse* generata dall'Adunanza Plenaria. – 8. Quinta (e forse non ultima) fase. Il *revirement* dell'Adunanza Plenaria e l'introduzione del principio di "assorbimento o consumazione". Riflessioni conclusive.

1. La derivazione europea della protezione dei diritti dei consumatori e la tutela dell'utente. Considerazioni introduttive

Solo in tempi relativamente recenti il legislatore italiano ha dedicato una specifica attenzione al tema della protezione del consumatore e dell'utente di servizi pubblici a carattere imprenditoriale.

Fino a qualche decennio fa, infatti, il nostro ordinamento giuridico era caratterizzato da un vero e proprio «*deserto normativo*»¹ in materia.

Una forte spinta verso l'emersione di una disciplina consumeristica è provenuta dal legislatore europeo, il quale, a partire dagli anni Settanta del Secolo scorso, ha cominciato a muovere i primi passi verso la costruzione di un castello programmatico di riforme, volte specificamente alla promozione degli interessi dei cittadini-consumatori, soggetti consapevoli e razionali in grado di collaborare al corretto funzionamento del mercato, ma svantaggiati da

¹ R. FERRARA, *Consumatore (protezione del) nel diritto amministrativo* (ad vocem), in *Digesto (disc. Pubbl.)*, Utet, Torino, 1989, 3, p. 515.

asimmetrie informative idonee a limitarne la libertà di scelta².

Nell'obiettivo di integrazione del mercato unico, la politica europea in materia si è nel corso degli anni tradotta in una serie di interventi capillari a tutela di detta categoria di soggetti – relativamente ai profili risarcitori, contrattuali ed informativi intercorrenti tra questi ultimi e gli operatori economici – contribuendo alla introduzione, nel contesto nazionale, di un vero e proprio “diritto dei consumatori”, disciplina oggi interamente contenuta nel codice del consumo che – come si vedrà nel prosieguo – affianca agli strumenti privatistici di tutela contrattuale anche mezzi di tutela di natura pubblicistica³.

Occorre, al contempo, rilevare che il periodo a cavallo tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 del Novecento si caratterizza, altresì, per il progressivo abbandono di un modello di “Stato imprenditore” – il quale prevede (e aveva previsto fino a quel momento, in particolare in Italia) una forte e diretta “presenza pubblica” in svariati settori dell'economia – e l'affermarsi del c.d. “Stato regolatore”, che prospetta il graduale ritiro dello Stato dai mercati e l'istituzione di organismi *ad hoc*, cui affidare la “cura” di specifici settori, ovvero assegnare rilevanti poteri di *enforcement*, tesi a contrastare lo sviluppo di fenomeni anticoncorrenziali costituenti i cosiddetti “fallimenti del mercato”⁴.

È in tale contesto che cominciano a maturare e svilupparsi politiche (di stampo e di natura pubblicistica) volte a predisporre un sistema di protezione per il cittadino che, in forza delle segnalate trasformazioni, si avvia a dismettere la veste di mero destinatario passivo di prestazioni erogate dallo Stato, per assumere quella di utente, parte (debole) di un rapporto giuridico del tutto pe-

² La figura del consumatore è stata per la prima volta definita nella direttiva 85/577/CEE (avente ad oggetto i contratti negoziati fuori dei locali commerciali), come quella «*persona fisica che, per transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale*».

³ La dimensione costituzionale dei diritti dei consumatori è stata riconosciuta definitivamente con l'approvazione della Carta di Nizza (2000) e con l'approvazione della Costituzione europea (2004). Al riguardo, occorre ricordare che i primi atti di impulso alle politiche europee, preordinate a tutelare in maniera diretta salute ed interessi economici dei consumatori, in un'ottica armonizzatrice delle legislazioni degli Stati membri, sono da ricondursi alla Carta Europea di protezione dei consumatori, adottata dall'Assemblea del Consiglio d'Europa con risoluzione n. 543 del 1973 (seguita, poco dopo, dalla Risoluzione CEE del 24 aprile 1975) e all'Atto Unico Europeo del 1987 (cfr. art. 100 A). Tuttavia, è solo con l'adozione del Trattato di Maastricht del 1992, cui ha fatto seguito il Trattato di Amsterdam del 1997, che si è concretamente dato avvio ad una vera e propria *policy* europea a protezione di detta categoria, funzionale al conseguimento – nell'obiettivo di integrazione del mercato unico – di un «*high level of consumer protection*», idoneo a tutelare «*the health, safety and economic interests of consumer, as well as to promoting their right to information and to organise themselves in order to safeguard their interests*» (già art. 129, poi art. 153, oggi art. 169 TFUE), pur nel rigoroso rispetto del principio di sussidiarietà. Quanto agli interventi a tutela del consumatore, occorre osservare che, in una prima fase, il legislatore europeo si è focalizzato su un tipo di tutela “individuale”, avente ad oggetto il solo risarcimento del danno da prodotto difettoso (direttiva 85/374/CEE), cui ha fatto seguito l'introduzione di specifiche e settoriali discipline contrattuali (cfr. direttiva 97/7/CE, in materia di contratti a distanza); in una seconda fase, la protezione del consumatore si è incentrata sulla problematica relativa all'asimmetria informativa connessa al tema della pubblicità ingannevole e comparativa (direttive 84/450/CEE e 97/55/CE), giungendo, da ultimo, alla normativa in materia di pratiche commerciali sleali, contenuta, unitamente alla disciplina della pubblicità, nella direttiva 2005/29/CE. Sul punto, cfr. L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 3, p. 693 ss.

⁴ Per un inquadramento generale si rimanda all'opera di A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000. Sul tema v. anche A. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999.

culiare, intercorrente tra soggetti privati ma «mediato da un'autorità pubblica, dotata di una potestà autoritativa di parziale determinazione del contenuto delle prestazioni»⁵.

I primi tentativi di messa a punto di strumenti a tutela degli utenti sono da ricondursi, da un lato, all'introduzione nell'ordinamento della Carta dei servizi⁶, istituto volto al riconoscimento di una serie di diritti degli utenti dei servizi pubblici nei confronti degli erogatori di detti servizi (rivelatosi, tuttavia, alla prova dei fatti, non particolarmente incisivo); dall'altro, dall'istituzione delle due Autorità di regolazione dei "servizi di pubblica utilità", l'una preposta al settore dell'energia elettrica e del gas (oggi Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Servizio Idrico – Aeegsi), l'altra a quello delle telecomunicazioni (Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni-Agcom)⁷.

Tra le finalità che il legislatore espressamente assegna a dette Autorità vi sono la promozione della concorrenza e dell'efficienza del settore dei servizi di pubblica utilità, il raggiungimento di livelli di qualità nei servizi medesimi, la definizione di un sistema tariffario certo e trasparente, nonché lo sviluppo di forme di tutela in favore di utenti e consumatori nel rispetto «della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo»⁸.

In tali settori la presenza "pubblica" (nelle forme di un'Autorità di regolazione all'uopo istituita) si pone come necessaria in ragione delle particolari caratteristiche strutturali dei settori medesimi, nei quali la presenza di infrastrutture (indispensabili per lo svolgimento dei servizi e delle attività economiche), non replicabili se non a costi proibitivi, crea le condizioni per un mo-

⁵ M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, p. 416, la quale segnala la difficoltà, anche a seguito dei fenomeni di privatizzazione-liberalizzazione, di riuscire a distinguere nettamente tra ambiti di organizzazione, in regime pubblicistico, e ambiti di erogazione, sottoposti al contrario alle regole di diritto civile, con conseguenti ricadute sul piano della tutela dell'utente.

⁶ L'introduzione della Carta dei servizi, come strumento di tutela per i cittadini, è avvenuta con la direttiva del presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994, «*Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*».

⁷ Vastissima è poi la letteratura in materia di Autorità amministrative indipendenti. Si richiama, solo per citare alcuni testi, S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2000; F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006; E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, pp. 703-777; F. CINTIOLI, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di interesse economico generale*, in *www.giustamm.it*, 29 dicembre 2009; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009; E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010; P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010; M. CLARICH, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione settoriale*, in *Scritti in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 1963 ss.; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo, testo della relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica"*, Consiglio di Stato, Roma, 25-26 novembre 2013, pp. 1-38.

⁸ Art. 1, comma 1, legge 14 novembre 1995, n. 481.

nopolio naturale⁹, atteso che il semplice venir meno del monopolio e l'apertura alla concorrenza del settore non garantisce che quest'ultima possa svilupparsi concretamente.

2. Le competenze attribuite alle Autorità di settore a tutela dell'utente: l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico (Aeegsi) e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)

Del resto, è proprio la natura imperfetta, sotto il profilo concorrenziale, dei succitati settori – nei quali la presenza dell'ex monopolista rende sostanzialmente impossibile un effettivo confronto concorrenziale fra diversi operatori economici – ad imporre la messa a punto di un apparato di strumenti volti a tutelare quei soggetti, fruitori di servizi, i quali, a cagione della “debolezza economica” che li caratterizza e delle asimmetrie informative che si rinvengono nel rapporto che i medesimi instaurano con gli operatori economici, abbisognano dell'intervento regolatore dell'Autorità, funzionale a ristabilire un contraddittorio paritario tra le parti¹⁰.

Prendendo in esame, due fra i più rilevanti, i settori dell'energia elettrica e del gas e quello delle telecomunicazioni, occorre osservare che le principali misure regolative adottate al fine di proteggere gli interessi di detti soggetti sono da rinvenirsi in quelle volte ad imporre agli operatori obblighi di trasparenza (concernenti le condizioni di erogazione del servizio e i costi dello stesso, le modalità di scioglimento dal vincolo contrattuale, ecc.), la fissazione di standard qualitativi, la definizione di tariffe nonché, infine, il potere di intervenire in via autoritativa sulla libertà contrattuale degli operatori, operando un controllo sulle condizioni generali del contratto di somministrazione da essi predisposte¹¹.

In particolare, con precipuo riferimento a tale ultima ipotesi, la legge affida alle Autorità di settore il potere di integrare in via diretta il contenuto della carta dei servizi adottata da ogni operatore, consentendo in via indiretta l'elimina-

⁹ Negli anni passati “trasformato” in monopolio legale, per espressa scelta del legislatore. Sul processo di liberalizzazione in materia di servizi pubblici, v. G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica*, a cura di G. DELLA CANANEA-G. NAPOLITANO, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 11 ss.; S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, p. 223 ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 41 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, *ivi*, 1999, p. 371 ss.

¹⁰ Per un approfondimento sul tema, oltre a G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, v. M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, *cit.*; M. RAMAJOLI, *La situazione soggettiva del privato nel settore radiotelevisivo*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 11, pp. 1119-1124; M. DELSIGNORE, *Autorità di regolazione e mercato liberalizzato: osservazioni in merito alla tutela dell'utente. Il caso dell'Autorità per l'energia elettrica e per il gas*, in *Conc. merc.*, 2002, 10, pp. 343-365; P. LAZZARA, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'energia*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 4, pp. 361-372; M. CLARICH, *La tutela degli utenti tra rimedi amministrativi e giurisdizionali*, in *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi di interesse economico generale*, *cit.*, pp. 221-241.

¹¹ Cfr. art. 13, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 249/2003 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche), il quale afferma che la tutela della concorrenza perseguita dall'AGCOM deve al tempo garantire il massimo beneficio per gli utenti in termini di scelta, qualità e prezzo.

zione – da parte delle Autorità medesime – di clausole del contratto di utenza ritenute lesive del diritto dell'utente, mediante un'operazione di c.d. eterointegrazione del contratto¹².

Ciascuna Autorità, come si è accennato poc'anzi, è inoltre chiamata sia ad emanare direttive aventi ad oggetto l'erogazione dei servizi, al fine di definire i livelli di qualità da garantire all'utente¹³ – prevedendo, peraltro, un sistema di valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati da utenti, singoli o associati, in ordine al rispetto degli *standards* imposti ai soggetti esercenti – sia a vigilare sul rispetto dell'erogazione di tali servizi, determinando, altresì, i casi di indennizzo automatico a favore degli utenti e le modalità di recesso dai contratti di fornitura¹⁴.

Infine, in attuazione dell'art. 2, comma 24, lett. b), legge 14 novembre 1995, n. 481, le Autorità sono investite del compito di definire i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione, o di arbitrato, nelle ipotesi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio¹⁵.

¹² Cfr., al riguardo, A. MOZZATI, *Contributo allo studio del contratto di servizio-la contrattualizzazione dei rapporti tra le amministrazioni e i gestori di servizi pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 6, il quale osserva che l'eterointegrazione del contratto (di servizio) «potrebbe verificarsi in relazione non solo ai livelli determinati da specifiche disposizioni normative ma anche a quelli fissati da atti amministrativi. È ben vero che il citato art. 1339 c.c. si riferisce soltanto alle clausole imposte "dalla legge"; senonché, il prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinale ha da tempo riconosciuto l'operatività del fenomeno dell'integrazione del contratto in relazione a provvedimenti amministrativi, ivi compresi quelli che fissano prezzi e/o tariffe [...] come ad es., l'Autorità per l'energia elettrica e del gas, la quale-nel settore di sua competenza-definisce "i livelli generali [...] da garantire all'utente" (art. 2, comma 12, lett. h), legge 14 novembre 1995, n. 481). Infatti, i provvedimenti delle Autorità prevalgono sul regolamento di servizio adottato dal gestore: essi, quindi, non possono che imporsi anche sulle clausole eventualmente difformi contenute nel contratto di servizio». In giur., su i poteri di regolazione, v. TAR Lombardia, Milano, III, 14 marzo 2013, n. 683, commentata da M. IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'AEER, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 2, pp. 169-175.

¹³ Occorre rilevare che il modello di regolazione definito per i rapporti d'utenza è oggi più stringente nel settore dell'energia elettrica e del gas, rispetto a quello delle telecomunicazioni (che è maggiormente liberalizzato). Con riferimento a quest'ultimo settore, osserva infatti E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *questa Rivista*, 2014, 2, pp. 64-65, «la protezione accordata agli utenti mira fondamentalmente a ridurre le asimmetrie informative e di potere negoziale degli stessi nei confronti dei fornitori e non a sostituire le dinamiche di mercato – e in particolare quelle inerenti ai prezzi dei servizi – con misure di stampo finalistico o comunque imperativo. Dato che nelle comunicazioni elettroniche un'effettiva concorrenza può sicuramente esserci – e in effetti, in molti dei segmenti in cui il relativo mercato si articola, si è già affermata –, la regolazione dei rapporti di utenza può tendenzialmente limitarsi ad intervenire per correggere taluni squilibri di partenza – per ristabilire (o per creare) il "contraddittorio paritario" tra i soggetti del mercato –, per poi lasciare uno spazio significativo all'autonomia negoziale delle parti, sia pure sotto la vigilanza del regolatore settoriale. Solo laddove operi il servizio universale – com'è ben noto, rivolto a garantire la fruizione di servizi ritenuti essenziali da parte di chiunque vi abbia interesse, indipendentemente dalle sue condizioni economiche e dalla sua collocazione geografica – la regolazione si fa più stringente e può spingersi sino a definire autoritativamente i prezzi che l'impresa o le imprese designate come fornitori dello stesso devono rispettare».

¹⁴ Più di recente, ai sensi dell'art. 21, commi 1 e 2, legge 23 luglio 2009, n. 99, alle Autorità è stato attribuito il potere di emanare disposizioni regolamentari necessarie per dare attuazione all'obbligo imposto ai gestori dei servizi di fornire all'utente «indicazioni trasparenti circa le offerte proposte sul mercato, affinché sia possibile per il cliente interessato dall'offerta di servizi effettuare valutazioni e confronti, anche in relazione ad eventuali offerte alternative di altri gestori», definendo, altresì, codici di condotta commerciale contenenti modalità e contenuti delle informazioni minime che gli operatori devono fornire ai clienti stessi

¹⁵ Da ultimo, si v. la direttiva 2013/11/CE (in materia di ADR) che, nel disciplinare tutti i setto-

Si tratta, dunque, di poteri tutti funzionali a correggere le asimmetrie informative e a rendere maggiormente consapevole delle proprie scelte l'utente, il quale gode, del resto, anche di una tutela procedimentale, consistente nella facoltà offerta ai rappresentanti degli utenti di partecipare attivamente al procedimento di formazione degli atti generali dell'Autorità, relativi, in particolare, agli aspetti qualitativi del servizio¹⁶.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, è stato osservato che la possibilità di partecipazione attiva degli utenti all'adozione di atti normativo/regolamentari, pur costituendo «senz'altro un momento di emersione della rilevanza pubblicistica della loro posizione soggettiva ... può trovare limitazioni in base alle valutazioni di opportunità dell'Autorità medesima»¹⁷, atteso che, come è stato parimenti chiarito, «dal punto di vista pubblicistico ... l'utente è solo il termine oggettivo della cura dell'ordinamento» e, dunque, «dovendo l'amministrazione contemperare anche altri interessi oltre a quello proprio dell'utente, la sua posizione è globalmente protetta solo nella misura in cui lo sia l'interesse pubblico»¹⁸.

Ed è proprio la natura intrinseca della regolazione – l'essere la medesima, vale a dire, volta a realizzare una pluralità di obiettivi, uno solo tra i quali è rappresentato dalla tutela del "soggetto debole" – a porre il tema del rischio del vuoto di tutela per gli utenti, il quale potrebbe venire a configurarsi tanto a fronte di una regolazione insufficiente o lacunosa, quanto di scelte dell'Autorità di regolazione volte a privilegiare interessi diversi (non di rado contrapposti) rispetto a quelli dell'utente; scelte al cospetto delle quali, solitamente, detto soggetto si trova pressoché sprovvisto di tutela, non essendo titolare di diritti soggettivi (ma, talvolta, nemmeno di interessi legittimi).

Quanto fino ad ora dedotto vale subito ad anticipare la non completa sovrapposibilità della figura del consumatore a quella dell'utente, vuoi per il particolare tipo di rapporto giuridico che dette figure instaurano con altri soggetti (rapporto bilaterale, per quanto concerne il consumatore, che vede quale propria controparte il professionista/imprenditore; rapporto trilaterale, rispetto all'utente, il quale si relaziona tanto con l'operatore del settore, quanto con la relativa Autorità di regolazione), vuoi per il tipo di tutela garantita dall'ordina-

ri del consumo, ha previsto che gli Stati membri garantiscano procedure di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, idonee ad assicurare una trattazione efficace, equa, indipendente e trasparente delle controversie per la fornitura di servizi e beni con il proprio venditore.

¹⁶ Come affermato da Cons. Stato, VI, 11 aprile 2006, n. 2007, «ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano, infatti, le generali 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 (artt. 3 e 13, legge 7 agosto 1990, n. 241). 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, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. 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 assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale [...]. In assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con 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, sottoforma di garanzie del contraddittorio».

¹⁷ M. DELSIGNORE, *op. cit.*, p. 351.

¹⁸ M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, cit., p. 447.

mento che, per quanto concerne l'utente (e a differenza di quanto previsto per il consumatore) non risulta caratterizzata da unitarietà, declinandosi necessariamente in istituti differenti, a seconda e del tipo di utente preso a riferimento¹⁹, e della tipologia di interesse che si intende di volta in volta tutelare nonché, infine, dello specifico settore in cui tale interesse viene in rilievo.

Tale scelta legislativa, benché dotata di una sua coerenza di fondo, rischia tuttavia di creare pericolosi "vuoti di tutela", e ciò in un duplice ordine di possibili casi.

Una prima parte è ravvisabile nella potenziale configurabilità di un atteggiamento di inerzia da parte della singola Autorità.

Dal momento, infatti, che il legislatore suole fissare scopi e obiettivi (come la tutela dei consumatori e dei soggetti deboli) delegando alle singole Autorità la concreta definizione di politiche e attività amministrative atte al raggiungimento degli stessi, è ben possibile che queste ultime si astengano dall'adottare gli atti normativi indispensabili, vale a dire quelli funzionali a definire le regole (fra cui quelle volte a tutelare l'utente) di quel "microsistema normativo" che è il settore regolato, per tale via lasciando totalmente privi di protezione gli utenti, né direttamente tutelati dal legislatore, né "in seconda battuta" dalla Autorità interessata²⁰.

Un secondo profilo di criticità è invece rappresentato dall'individuazione, e successiva repressione, di comportamenti che, pur determinando effetti lesivi della sfera giuridica degli utenti, non configurino un illecito per il settore di riferimento, a cagione di una trama regolatoria lacunosa, o dalla sussistenza di caratteristiche specifiche della condotta tali da porla appena al di fuori del con-

¹⁹ Occorre infatti osservare che, a differenza del consumatore, l'utente costituisce una figura giuridica eterogenea, che può essere al suo interno distinta in diverse categorie tipologiche, la cui tutela risulta, di conseguenza, differenziata sulla base delle caratteristiche soggettive del soggetto fruitore. Si pensi agli utenti nel mercato dell'energia elettrica e del gas. Fino a qualche anno fa, infatti, le distinzioni erano molto evidenti: i rapporti tra esercenti ed utenti del libero mercato (le grandi industrie, per intendersi) erano soggetti ad un controllo dell'Autorità di regolazione limitato alla determinazione delle clausole negoziali e alle regole tecniche necessarie per consentire il regolare funzionamento dell'intero sistema, essendo dette parti libere di poter contrattare le condizioni di fornitura; i rapporti tra operatori e utenti del mercato vincolato, al contrario, erano assoggettati ad obblighi ben più stringenti da parte dell'Aeegsi, la quale, dovendo ristabilire il contraddittorio paritario in favore del cd. contraente debole, aveva poteri di regolazione ben più pervasivi (rispetto al libero mercato) nei confronti dell'autonomia privata degli operatori economici (in tale contesto, assume preminente rilievo la figura dell'"Acquirente Unico"). Oggi, nonostante le differenze siano meno marcate, atteso che dal 2003 (per il settore del gas) e dal 2007 (per l'energia) tutti gli utenti possono scegliere un fornitore nel mercato libero, è ancora offerta ai c.d. clienti domestici (e alle piccole imprese) la possibilità di non affacciarsi al c.d. mercato libero, continuando a godere del servizio di maggior tutela (questo, quantomeno, fino al 2018, anno in cui il processo di liberalizzazione del mercato del gas e dell'energia dovrebbe essersi concluso), strumento attraverso il quale vengono ancora definite (e aggiornate trimestralmente) le tariffe dall'Autorità. In tal senso, si veda, per esempio, la delibera dell'AEEGSI 661/2015/R/GAS, del 28 dicembre 2015, sulle condizioni economiche di fornitura del gas naturale per il servizio di tutela e modifica di TIVG.

²⁰ Come osserva B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa Rivista, 2014, 1, pp. 23-24, «l'intervento regolatorio è sempre il frutto di una scelta. La questione regolatoria si pone, infatti, quando vi siano delle alternative rispetto a un profilo di funzionamento del mercato, che genera o potrà generare problemi in ordine a valori o interessi da salvaguardare. Ogni questione regolatoria richiede al decisore di stabilire, date la realtà attuale del mercato e le sue modalità di funzionamento, quali potrebbero essere gli effetti dell'intervenire o del non intervenire o dell'intervenire in un modo piuttosto che in un altro. Pertanto, una qualche immagine del mercato deve essere sempre assunta dal regolatore come presupposto della propria valutazione, sia per quanto riguarda la situazione attuale sia per quanto riguarda la sua proiezione futura».

fine del settore regolato e, quindi, della “giurisdizione” dell’Autorità.

Ciò pone dunque l’esigenza di individuare una tutela diversa ed ulteriore, atta ad intercettare detti comportamenti lesivi e a colmare le lacune della regolazione.

3. Le competenze attribuite alla Autorità Antitrust e la tutela del consumatore

All’interno del quadro fino ad ora descritto si inserisce la direttiva 2005/29/CE, concernente «*unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*», diretta ad uniformare, mediante una armonizzazione piena, le legislazioni nazionali degli Stati membri poste a protezione dei consumatori, con particolare riferimento alle politiche commerciali realizzate dalle imprese, caratterizzate da differenze notevoli «*which can generate appreciable distortions of competition and obstacles to the smooth functioning of the internal market*»²¹, al fine di soddisfare la necessità che «*consumers and business will be able to rely on a single regulatory framework based on clearly defined legal concepts regulating all aspects of unfair commercial practices across the European Union*»²².

Con l’intervento in parola, il legislatore europeo ha inteso chiarire diritti e obblighi che le parti sono tenute a rispettare «*before, during and after a commercial transaction in relation to a product*»²³, dettando a tal fine un articolato complesso di regole a tutela del consumatore c.d. “medio”– cioè «*reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect, taking into account social, cultural and linguistic factors, as interpreted by the Court of Justice*»²⁴–

²¹ Cfr. il terzo considerando, direttiva 2005/29/CE, il quale specifica che la completa armonizzazione è stata prevista in quanto «*the laws of the Member States relating to unfair commercial practices show marked differences which can generate appreciable distortions of competition and obstacles to the smooth functioning of the internal market*» e il sesto considerando, per cui «*this Directive therefore approximates the laws of the Member States on unfair commercial practices, including unfair advertising, which directly harm consumers’ economic interests and thereby indirectly harm the economic interests of legitimate competitors*». Del resto, già il Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione Europea richiama l’esigenza di introdurre un quadro normativo coerente ed organico in sostituzione del frammentato sistema di attuazione esistente.

²² Cfr. Conclusioni Avvocato generale del 21 ottobre 2008, CGE, sentenza del 23 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07, VTB– VAB c. Total Belgium NV e Galatea BVBA c. Sanoma Magazines Belgium NV (Racc. pag. I-0000), punto 75, ma anche punti 71-72, nei quali si specifica altresì che, benché la direttiva 2005/29/CE miri direttamente alla tutela dei consumatori, non per questo gli interessi economici dei concorrenti che agiscono lecitamente sono considerati meno degni di tutela: tale ultimo assunto si ricaverrebbe, del resto, dall’ottavo considerando della predetta direttiva, nel quale si afferma che la disciplina sulle pratiche commerciali sleali «*also indirectly protects businesses from their competitors who do not play by the rules in the Directive and thus guarantees fair competition in fields coordinated by it*».

²³ Art. 3, direttiva 2005/29/CE.

²⁴ Cfr. considerando 18, direttiva 2005/29/CE. È stato rilevato che il riferimento al consumatore medio ha comportato il passaggio dalla protezione del consumatore «quale soggetto debole, alla considerazione del consumatore, quale operatore economico» (M. LIBERTINI, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, vol. III, 2007, p. 451). Sulla definizione di consumatore “medio”, v. A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali. direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, p. 141 ss.

idonee a far sì che l'operatore economico professionale mantenga un comportamento conforme a correttezza e trasparenza in tutti i segmenti relativi ad un'operazione commerciale (fase di promozione e vendita di fornitura di beni o servizi ai consumatori)²⁵.

Al riguardo, è stato osservato come la normativa in parola, diversamente dalle precedenti discipline, sposti il baricentro di attenzione del diritto dei consumatori «*dall'atto e dalla struttura del contratto, ovvero dal profilo statico, all'attività e al profilo funzionale del comportamento, ovvero al profilo dinamico e, di conseguenza, all'operazione economica, come tale valutabile solo in concreto, ribaltando la prospettiva metodologica dal piano strutturale a quello del risultato*»²⁶.

Venendo al piano rimediabile, occorre osservare che l'Unione europea ha lasciato ampia discrezionalità agli Stati membri sia sul tipo di sanzioni da irrogare, le quali, tuttavia, devono essere «*effective, proportionate and dissuasive*» sia sulla predisposizione di «*adequate and effective means exist to combat unfair commercial practices*», in tal senso affidando totalmente agli Stati membri la scelta sul se includere, alternativamente o cumulativamente, l'intervento di un'autorità giudiziaria o di un'autorità amministrativa, quest'ultima titolare del potere di far cessare le pratiche scorrette o, quanto meno, di promuovere una azione giudiziaria²⁷.

Sul piano interno, il legislatore italiano ha dato attuazione alla direttiva in parola con i d.lgs. nn. 145 e 146/2007, con i quali ha, rispettivamente, espunto dal codice del consumo la disciplina sulla pubblicità ingannevole (confinando il relativo ambito di applicazione ai soli rapporti tra professionisti) e modificato il Titolo III del succitato codice, imponendo ai professionisti il divieto di pratiche commerciali scorrette – traducibili in «*qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, vendita o fornitura di un prodotto dei consumatori*» contraria alla diligenza professionale, la quale sia «*falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori*» attraverso il rispetto di obblighi di comple-

²⁵ Vengono definite "sleali", e in quanto tali "vietate", le pratiche commerciali contrarie alle norme di diligenza professionale e false o idonee a falsare in misura rilevante il comportamento del consumatore medio; all'interno di tale nozione generale vengono quindi specificate le due tipologie di pratiche "ingannevoli" ed "aggressive". Tuttavia, come rileva F. LUCCHESI, *Art. 18, in Codice del Consumo, Aggiornamento*, cit., p. 11, la nozione di pratica commerciale «è amplissima, potendo configurare un qualsiasi comportamento attivo o omissivo, posto in essere dal professionista in un momento antecedente, contestuale o posteriore alla produzione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori. Sicché devono essere ricondotte a tale ambito tutte quelle attività che si articolano nelle varie fasi in cui si snoda il rapporto con il consumatore: dalla promozione del prodotto all'esecuzione del contratto». Per un approfondimento sul tema, *ex multis*, v. C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori, l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 776 ss.; L. MINERVINI, *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione europea: significato ed implicazione dell'"armonizzazione massima" in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2010, p. 1169 ss.; N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 671 ss.; A. GENOVESE, *Il contrasto alle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 200 ss.; V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel "macrosettore credito e assicurazioni"*, in *Banca, borsa*, 2011, p. 334 ss.

²⁶ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio*, cit., pp. 703-704.

²⁷ Cfr. artt. 11 e 13, direttiva 29/2005/CE.

tezza e non ingannevolezza nelle informazioni fornite ad «*un consumatore o utente*»²⁸.

L'art. 27 cod. cons., dedicato alla tutela amministrativa e giurisdizionale, ha individuato quale autorità competente, in via generale, ad applicare la nuova normativa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, disciplinandone i poteri, il procedimento e le sanzioni²⁹.

Con la novella in parola, dunque, agli strumenti privatistici di tutela contrattuale sono stati affiancati strumenti di tutela amministrativa, idonei a raggiungere tutte le condotte commerciali in grado di ledere direttamente gli interessi economici dei consumatori³⁰.

La scelta legislativa di attribuire in capo all'Agcm, già garante della tutela della concorrenza e del mercato, anche i poteri repressivi in materia di pratiche commerciali scorrette non ha, del resto, meravigliato gli esperti in materia, essendosi il legislatore, invero, ispirato ad un modello già presente in altri ordinamenti³¹.

Da quanto fino ad ora dedotto, emerge chiaramente come la tutela prevista per i consumatori nelle disposizioni normative sopra richiamate si caratterizzi per il suo carattere generale e trasversale, intendendo riferirsi, con tale ultima espressione, al fatto che la competenza dell'Agcm si radica laddove si configuri un comportamento costituente pratica commerciale scorretta, a prescindere dall'ambito e dal settore (che può, ed anzi solitamente è, governato da una normativa specifica e settoriale) in cui detto comportamento si verifica³².

²⁸ L'art. 3, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 206/2005, equipara le due figure, definendole unitariamente come «*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, artigianale eventualmente svolta*». In giurisprudenza, interessante Cons. Stato, VI, 11 novembre 2008, n. 5622, il quale afferma che rientrano nella definizione data dal codice del consumo solo i clienti domestici, stabilendo che una delibera dell'Aeeg non è in grado di estendere la definizione di consumatore, in quanto non ha il potere di imporsi su una fonte di rango primario.

²⁹ Autorità che, nel corso del tempo, ha, del resto, considerevolmente aumentato il proprio *parterre* di competenze, essendole stati attribuiti la responsabilità in tema di pubblicità ingannevole (d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74), il potere di intervento antitrust nel settore finanziario e del credito, precedentemente assegnato alla Banca d'Italia (d.l. 29 dicembre 2006, n. 303, convertito in legge 28 dicembre 2005, n. 262); poteri preventivi e successivi di accertamento della vessatorietà delle clausole contrattuali (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27), nonché, da ultimo, anche la competenza in materia di contratti a distanza e fuori dai locali commerciali (d.lgs. n. 21/2014).

³⁰ Osserva F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nella pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in *Giustamm.it*, 2015, 2, p. 3, che «*la circostanza che l'originaria disciplina sulla pubblicità ingannevole presupponesse l'istanza di parte mentre quella nuova sulle PCS è d'impulso ex officio ha avuto un effetto dirimente. Si è passati-potrebbe dirsi-dalla repressione della pratica scorretta a tutela del consumatore alla repressione delle pratiche scorrette a tutela dei consumatori (dove il plurale segna un profondo mutamento di marcia) ... La repressione delle pratiche scorrette ha..aperto la strada a procedimenti di portata "collettiva", nei quali quel che conta è (ed è sembrato che fosse il) selezionare e colpire quei comportamenti imprenditoriali che possono ledere, in virtù della loro aggressività, molti consumatori contemporaneamente...l'obiettivo dell'Autorità è sembrato, prima ancora che quello di sanzionare chi avesse posto in essere un contegno previsto quale illecito amministrativo da una data legge, quello di individuare i comportamenti che fossero dannosi per il consumatore inteso come categoria ... al fine di orientare e "conformare" in maniera diversa le scelte imprenditoriali di settore*». E, sempre secondo l'A., «*già questa situazione spiega come, inevitabilmente, l'azione di AGCM sia andata a incrociare il campo di attività del Regolatore del settore*».

³¹ Il riferimento va alla US *Federal Trade Commission* istituita negli Stati Uniti nel 1914 e alla UK *Competition and Market Authority*, la quale nel 2013 ha sostituito l'*Office of Fair Trading* e la *Competition Commission*. Sul punto, v. L. LORENZONI, *Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. it. Antitrust*, 1, 2015, p. 94 ss.

³² Cfr. il parere emesso dalla Sezione consultiva del Consiglio di Stato, nella seduta del 20

La trasversalità della tutela discende tanto dalla natura dell'Autorità cui la medesima è affidata (la stessa Agcm viene definitivamente – appunto – quale Autorità a competenza trasversale, dotata, peraltro, di veri e propri poteri di *adjudication*, e cioè di accertamento in concreto della conformità o meno dei comportamenti delle imprese ai precetti generali e nell'eventuale applicazione di sanzioni), quanto dalle diverse configurazioni che i comportamenti costituenti pratiche commerciali scorrette (definizione volutamente generica e astratta) possono assumere a seconda dei casi.

Si potranno così avere comportamenti costituenti pratiche commerciali scorrette posti in essere da soggetti operanti nell'ambito di settori regolati (si consideri, a titolo di esempio, violazioni in materia tariffaria o di fatturazione ai clienti finali in riferimento ai settori dell'energia elettrica e del gas) che, in quanto tali, sono assoggettati alla disciplina normativa – regolatoria posta in essere dalla relativa Autorità di settore.

Ciò, dunque, può in astratto rappresentare quel “completamento di tutela” di cui si dava conto in precedenza; allo stesso modo, l'attribuzione all'Agcm di tali competenze pone il problema di gestire e risolvere i conflitti che potrebbero sorgere circa l'applicabilità, al singolo caso, delle norme “trasversali” (quelle, vale a dire, che disciplinano le pratiche commerciali scorrette) ovvero di quelle settoriali (quelle poste in essere – a mezzo della propria potestà normativa – regolamentare – dalla specifica Autorità), nonché il conseguente potenziale conflitto di competenze fra i diversi soggetti preposti alla tutela del consumatore-utente, vale a dire l'Antitrust e le singole Autorità di regolazione³³.

La domanda principale da porsi è se la piena e compiuta regolazione di un settore escluda la stessa configurabilità di comportamenti costituenti pratiche

novembre 2004, n. 11602, sullo schema di decreto recante il Codice del Consumo, nel quale si afferma che la disciplina organica del codice del consumo, costituisce «*il paradigma per qualsiasi forma di consumo, anche disciplinata in sub-settori specifici (es. banche, assicurazioni), con la conseguenza che ogni deroga a tale paradigma, oltre ad essere espressa e di stretta interpretazione, deve corrispondere ad una esigenza di interesse generale*».

³³ Sul tema v. M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, pp. 880-892; L. ARNAUDO, *Concorrenza tra autorità indipendenti. Note sulle bizzarre intorno ad un parere del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2010, 6, pp. 916-930; M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, 5, pp. 688-705; V. MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2012, 5, pp. 576-590; L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e disciplina settoriale*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 10, pp. 953-958; R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum fra l'autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in *giustiziamministrativa.it*, 2013; P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 7, 2013; R. PERNA, *La concorrenza ed il mercato delle comunicazioni elettroniche: possibili interferenze al vaglio del Giudice Amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2013, pp. 1-8; V. CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del Consumo*, in *questa Rivista*, 2014, 1, pp. 201-216; D. MARESCA-L. CEFFALO, *Il riparto di competenze in materia ferroviaria tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità di Regolazione dei Trasporti alla luce della sentenza Arenaways del T.A.R. Lazio*, in *questa Rivista*, 2014, 2, pp. 260-270; G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra agcm e autorità di settore in merito alla applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Dir. merc. tecn.*, 2014, 11, pp. 44-75; F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nella pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, *cit.*; M. D'AMICO, *La complementarietà delle funzioni affidate all'Antitrust e all'Ursf nell'ambito del servizio di trasporto ferroviario*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 2, pp. 263-270; L. LORENZONI, *Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, *cit.*, pp. 83-132; R. PETTI, *Il riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati. Riflessioni sul decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21*, in *federalismi.it*, 2015, 19, pp. 1-31.

commerciali scorrette, o perché l'avvenuta e completa regolazione esclude essa stessa in radice tali fattispecie, ovvero in quanto anche un comportamento, astrattamente riconducibile a detto novero in ambiti regolati, debba essere qualificato (e conseguentemente "trattato") quale illecito regolatorio.

La risposta al quesito in parola richiede di valutare quanto fitta e completa sia la trama regolatoria e quale sia la tutela riservata all'utente al suo interno.

È infatti intuibile come una non completa estensione, a tutto il settore, di detta trama (che lasci, in ipotesi, "scoperte" determinate tipologie di comportamenti lesivi delle situazioni giuridiche soggettive dei consumatori) possa lasciare intravedere uno spazio per l'intervento dell'Agcm, funzionale a "colmare" il citato vuoto di tutela.

Del resto, riconoscere la competenza dell'*Autorithy* ad esercitare il proprio *enforcement* per la repressione di pratiche commerciale scorrette anche in ambiti regolati, potrebbe rivelarsi fondamentale (e finanche necessaria) in un'ottica di completamento dell'offerta di tutela garantita dall'ordinamento all'utente (giacché, ove la tutela regolatoria si rivelasse insufficiente – e sulla base di quanto fino ad ora detto, sembrerebbe proprio rivelarsi tale, stante l'assenza di un diritto individuale degli utenti – subentrerebbe, e verrebbe in soccorso, la disciplina di cui al Codice del consumo), potendo giustificarsi anche alla luce della natura trasversale della disciplina consumeristica.

Se questo è vero, occorre, tuttavia, mettere a punto strumenti che evitino il prodursi di effetti non consentiti dal quadro normativo vigente, come il moltiplicarsi degli interventi di Autorità e il conseguente rischio che una condotta possa essere oggetto di duplice sanzione, in violazione del divieto di *bis in idem*, principio che permea tutta la materia sanzionatoria (tanto penale, quanto amministrativa).

L'intreccio della normativa generale (di cui al Codice di consumo) con quelle settoriali (poste in essere dalle Autorità di regolazione) esige allora l'individuazione di criteri, interpretativi ed applicativi, idonei ad evitare il citato rischio di sovrapposizione di competenze.

È proprio attorno alla ricerca di detto criterio che si è sviluppato un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale (intervallato da interventi del legislatore, nel tentativo di portare ordine nella materia) del quale è necessario dare conto, procedendo, tuttavia, per esigenze sistematiche ad una ricostruzione "per fasi".

4. Prima fase. Il Consiglio di Stato pone un limite alla trasversalità delle competenze dell'Agcm applicando il principio della "specialità tra settori"

Nel 2008 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha formulato un quesito alla Sezione prima del Consiglio di Stato³⁴, concernente la verifica dell'ambito di applicazione della disciplina generale del Codice del Consumo e, di conseguenza, della competenza dell'Autorità Agcm ad accertare la scorrettezza delle condotte degli operatori del settore ad irrogare le relative sanzioni, laddove vengano in rilievo pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti che operano nei servizi finanziari, soggetti alla regolazione della Consob³⁵.

³⁴ Cons. Stato, Sez. I, parere 3 dicembre 2008, n. 3999.

³⁵ Autorità che, sulla base dell'ampio e combinato disposto del TUF, detiene una serie di

In assenza di limiti “estrinseci” dettati a livello ordinamentale ed idonei a risolvere alla radice il problema delle possibili interferenze tra differenti Autorità, il Consiglio di Stato ha tentato di elaborare una soluzione ricorrendo al principio di specialità di cui al comma terzo dell’art 19 del codice del consumo³⁶, modellato (apparentemente) su concetti espressi dalla dottrina e dalla giurisprudenza penale in materia di concorso ideale di norme³⁷.

competenze di vigilanza e regolazione in relazione ai prodotti finanziari nei confronti tanto dei soggetti emittenti quanto degli intermediari, competenze cui si ricollegano specifici poteri istruttori (informativi e ispettivi), inibitori e sanzionatori.

³⁶ Secondo cui «*in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*». Cfr. il considerando nove, direttiva 2005/29/CE, per il quale «*it is necessary to ensure that the relationship between this directive and existing community law is coherent, particularly where detailed provisions on unfair commercial practices apply to specific sectors. [...] This directive accordingly applies only in so far as there are no specific community law provisions regulating specific aspects to unfair commercial practices, such as information requirements and rules on the way the information is presented to the consumer [...]. This directive consequently complements the community acquis, which is applicable to commercial practices harming consumers’ economic interests*».

³⁷ Al riguardo, si è soliti parlare di concorso (o conflitto) ideale (o apparente) di norme allorché il fatto concreto risulti solo in prima analisi riconducibile a più norme incriminatrici, essendo in realtà una sola la disposizione normativa applicabile alla fattispecie in esame. Al fine di individuare quale fra più figure criminose debba trovare applicazione nel caso di specie, la dottrina ha elaborato diversi criteri interpretativi. In particolare, il criterio dominante tra gli interpreti è rappresentato dal principio di specialità, sull’argomento per cui detto principio trova un riconoscimento normativo nell’art. 15 c.p. (ai sensi del quale «*quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito*»). Sull’interpretazione da fornire al concetto di stessa “materia” si sono sviluppati diversi filoni interpretativi, che possono essere distinti in teorie pluralistiche (di tipo valutativo-teleologico, sul quale v. A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Cedam, Padova, 1954; A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 545 ss.; A. PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 217 ss.; R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorsi di reati*, Giuffrè, Milano, 1971; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 1983, p. 667 ss.) e teorie monistiche, a loro volta differenziabili in dottrine di stampo strutturale (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966, p. 438 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano, 1980; G.A. DE FRANCESCO, voce *Specialità (Principio di)*, in *Nss. Digesto it.*, Appendice, Utet, Torino, 1987, p. 486; G.A. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Digesto (disc. Pen.)*, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 416) e dottrine a sfondo naturalistico (cfr. G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, p. 104; F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1948, p. 1 ss.; L. CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. Digesto it.*, vol. III, Utet, Torino, 1958, p. 1007 ss.; G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell’unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 940 ss.; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1961; G. NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 873 ss.; G. NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, *ivi*, 1966, p. 204). In particolare, le prime (per un approfondimento generale, v. G.L. FANULI-A. LAURINO, *Art. 15. Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della legge medesima legge penale*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2015, p. 384 ss.), rifacendosi al concetto di oggettività giuridica del reato, ritengono che solo nel caso di conflitto tra fattispecie caratterizzate da specialità “unilaterale” (e, dunque, solo tra norme che tutelino lo stesso bene giuridico) possa applicarsi il principio di specialità, in forza del quale troverà applicazione soltanto la norma che contenga uno o più elementi specializzanti; di converso, in presenza di norme caratterizzate da specialità bilaterale o reciproca, il principio di specialità non potrebbe essere risolutivo, essendo necessario ricorrere anche ad altri criteri (basati su “apprezzamenti di valore” e sul riferimento all’oggetto giuridico), quali quelli di sussidiarietà (in virtù del quale, in presenza di

A giudizio del Consiglio di Stato, non essendo possibile irrogare, per la medesima condotta e sotto il medesimo profilo, «due sanzioni aventi medesima natura (pecuniaria), l'una comminata dall'organo con competenza speciale di settore (la CONSOB) e l'altra dall'organo con competenza generale (l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato)», pena la violazione del *ne bis in idem* (formale), è necessario procedere ad una comparazione non tanto tra le singole fattispecie di illecito previste dalla normativa generale (il che comporterebbe l'applicazione di un principio di specialità per norme), bensì tra «settori sui cui tale intervento correttivo o sanzionatorio va ad essere dispiegato», privilegiando una valutazione che si basi, più che sul riferimento soggettivo (che guardi, cioè, al tipo di operatore o di soggetto tutelato), sull'oggetto dell'intervento e sull'interesse generale perseguito³⁸.

Così, in considerazione del fatto che i due «ordinamenti di settore», secondo la tesi dei giudici, paiono perseguire il medesimo interesse generale (e cioè la tutela del contraente c.d. debole), se pur con caratteristiche diverse, la naturale conclusione deve essere quella per cui, al fine di evitare la possibile configurabilità di un *ne bis in idem*, debba prevalere la normativa speciale, anche ai fini della identificazione dell'Autorità competente ad intervenire, atteso che, nello specifico, il settore finanziario, per le sue caratteristiche, rappresenta un contesto di sistema distinto rispetto al mercato in generale e caratterizzato da una «compiuta ed organica disciplina della materia».

In conclusione, a giudizio del Consiglio di Stato (in questa prima fase), la

norma incriminatrice superiore e di norma che tutela un grado inferiore di offesa di un medesimo bene, ad essere applicata dovrà essere la prima, in quanto in grado di assorbire l'offesa minore e di consunzione (o di assorbimento o, ancora, di *ne bis in idem sostanziale*), invocabile laddove la realizzazione di un reato comporti, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la commissione di un secondo reato, il quale, tenuta in considerazione l'unitarietà normativo-sociale del fatto, finisce con l'apparire assorbito dal primo. È stato tuttavia osservato che detti principi si porrebbero in contrasto con il principio di legalità, ed in particolare con i canoni di determinatezza e tassatività, in quanto farebbero discendere l'applicazione della norma penale da giudizi di valore discrezionalmente elaborati dal giudice (cfr. F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 256 ss.; in giur., v. Cass. pen., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164 e Cass. pen., 28 ottobre 2010-19 gennaio 2011, n. 1235). Al contrario, le teorie monistiche, partendo dal presupposto comune per cui l'unico principio applicabile per la risoluzione del concorso apparente di norme possa essere quello di specialità di cui all'art. 15 c.p., interpretano l'inciso "stessa materia" ora come "fatto concretamente verificatosi", riconoscendo una specialità in concreto anche laddove uno stesso fatto rientri sotto più fattispecie tra loro astrattamente non in rapporto di specialità (dottrine a sfondo naturalistico), ora facendo leva sul confronto tra fattispecie astratte di reato (dottrine di tipo strutturale), al fine di verificare la sussistenza di un rapporto di genere a specie. In giurisprudenza, pur essendo prevalente l'orientamento che ritiene applicabile il solo principio di specialità (quale relazione logico strutturale tra fattispecie astratte), stante l'esplicito riferimento contenuto nell'art. 15 (cfr., per es., Cass. pen., Sez. Un., 14 luglio 2011, n. 37505), non mancano sentenze che ricorrono ai principi di sussidiarietà e di consunzione (Cass. pen., Sez. Un., 19-27 aprile 2007, n. 16568; Cass. pen., Sez. I, 24 gennaio 2006, n. 7629). Sull'applicazione dei principi penalistici alle sanzioni amministrative (cfr. art. 9, legge 24 novembre 1981, n. 689, a tenore del quale «quando uno stesso fatto è punito da [...] una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale»), v. M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie, principi sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983, pp. 139-145 e, in giurisprudenza, Corte Cost., 3 aprile 1987, n. 97, secondo la quale, al fine di risolvere il problema del concorso apparente di norme «vanno confrontate le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente inteso». In tal senso, v. anche Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n. 1963.

³⁸ Come osservato da V. CARFÌ, *op. cit.*, p. 206, l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato appare «piuttosto distante da quella fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, formatesi sull'art. 15 c.p. che, come noto, insistono sulla specialità quale relazione logico strutturale tra fattispecie astratte».

sussistenza di una regolazione piena ed efficace sarebbe in grado di porre un limite alla *vis expansiva* del potere trasversale dell'Agcm e radicherebbe (sempre) la competenza dell'Autorità di settore.

Tale interpretazione, tuttavia, appare criticabile sotto un duplice profilo.

In primo luogo, come osservato in dottrina, la pronuncia tende a confondere e sovrapporre due piani, quello relativo all'individuazione della norma da applicare alla fattispecie concreta e quello concernente l'Autorità competente ad intervenire, i quali, di converso, andrebbero trattati come nodi problematici separati ed indipendenti³⁹.

È probabile che i giudici, in tale sede, abbiano preferito optare per la soluzione (apparentemente) meno complessa, facendo discendere la competenza dell'autorità di settore direttamente dalla mera constatazione dell'applicabilità della normativa "speciale"⁴⁰.

In secondo luogo, la scelta di pervenire all'elaborazione di un principio di specialità "per settori", evocativo della nota teoria gianniniana sugli ordinamenti giuridici sezionali, oltre a non aver trovato un grande seguito in dottrina, corre il rischio di entrare in collisione con le scelte attuate a livello europeo in materia di liberalizzazione dei mercati, preordinate alla realizzazione di un mercato senza frontiere ed unico che, come tale, mal sopporta l'idea di una frammentazione del mercato interno in tanti mercati settoriali⁴¹.

³⁹ Cfr. M. CLARICH, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori*, cit., pp. 698-699. A ben vedere, il problema relativo a quale normativa applicare nel caso di specie potrebbe trovare una soluzione già nello stesso Codice del Consumo, il quale reca una peculiare disciplina (art. 67-bis e ss., d.lgs. n. 206/2005) in materia di pratiche commerciali scorrette afferenti ai servizi finanziari, facendo salve «*ove non espressamente derogate, le disposizioni in materia bancaria, finanziaria, assicurativa dei sistemi di pagamento e di previdenza individuale, nonché le competenze delle autorità indipendenti di settore*». In senso conforme v. TAR Lazio, I, 27 gennaio 2010, n. 19892, che verrà analizzata al par. 5 del presente scritto, per il quale, «*è la stessa disciplina speciale del codice del consumo relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari che esclude l'applicabilità delle disposizioni generali concernenti i contratti a distanza e risolve ex ante e in radice, a favore delle Autorità di settore (nel caso la Commissione nazionale per le società e la borsa), il potenziale conflitto di competenza*».

⁴⁰ Critico V. MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, cit., p. 407, per il quale la soluzione adottata dal Consiglio di Stato risulta insoddisfacente «*ora per eccesso (è ben possibile che una normativa settoriale compiuta non sanziona comunque determinati comportamenti che il codice del consumo considera pratiche commerciali scorrette), ora per difetto (è possibile che, pur in assenza di una compiuta normativa settoriale, sussistano plessi di norme o isolate disposizioni sanzionatorie che, per le medesime fattispecie, duplicano quelle del codice del consumo) [...]*. Forte è la sensazione che, respinta la stessa configurabilità di un concorso apparente di norme e, dunque, la (ragionevolissima) soluzione in termini di *ne bis in idem* sostanziale proposta dall'Autorità, la scelta di escludere l'applicazione delle norme del codice del consumo nel settore dei prodotti finanziari e mantenerla in quella del credito o delle comunicazioni elettroniche o dell'energia o delle assicurazioni, abbia finito col rappresentare una scelta lato sensu politica».

⁴¹ Cfr. M. CLARICH, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori*, cit., p. 699. Sugli ordinamenti sezionali v. M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia, estratto degli Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1940, II, pp. 707-733 e M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Mucchi Editore, Modena, 1992. Sulla inconciliabilità fra il modello delle autorità amministrative indipendenti e la teoria dell'ordinamento sezionale, v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., rispettivamente pp. 17, 23, 49, per il quale «*l'ordinamento sezionale, prodotto originale della legislazione degli anni '30, affida un determinato settore economico alla normazione del potere amministrativo di un organo dello Stato separandolo dalla disciplina dell'ordinamento generale, il che può, in astratto, servire sia per "programmare" il settore, sia per garantire l'esistenza di un mercato concorrenziale, sia per correggere il mercato "troppo concorrenziale"*» e, dunque, «*negli ordinamenti sezionali l'organo preposto al settore era un organo governativo idoneo a trasmettere al settore l'indirizzo politico, o politico-economico, governativo*», con la conclusione

5. Seconda fase. Il TAR Lazio sancisce il rapporto di “complementarietà” tra disciplina settoriale e disciplina di cui al codice del consumo

All'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato si contrappone parallelamente un diverso ragionamento del Tar Lazio, chiamato a pronunciarsi su un caso riguardante una pratica commerciale scorretta interessante il settore delle telecomunicazioni⁴².

In tale contesto, l'impianto argomentativo del giudice di prime cure si sviluppa attraverso un'analisi dei rapporti tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione, ricostruiti in termini di complementarietà.

Dopo aver rilevato la diversa *mission* istituzionale delle due autorità, per cui l'Agcm esplica le funzioni generali proprie di vigilanza e tutela della concorrenza nei mercati e di protezione dei consumatori, mentre l'Agcom svolge poteri di regolazione e vigilanza nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche, la sentenza giunge a ritenere che gli eventuali atti di regolazione emanati dall'Agcom, quand'anche «finalizzati ad una protezione dei consumatori e degli utenti in materia di contratti e ad una specificazione settoriale degli obblighi informativi e delle procedure per la conclusione di contratti a distanza», non possano implicare l'attribuzione di una competenza esclusiva all'Autorità di settore, con riferimento all'accertamento e repressione delle pratiche commerciali scorrette, perché in tal modo si verrebbe a sottrarre tale funzione all'Autorità Antitrust, cui è precipuamente affidata la tutela dei consumatori.

E, difatti, come affermato in altra pronuncia, «l'Autorità di settore delinea ex ante il quadro degli obblighi specificamente gravanti sugli operatori vigilati, ma non possiede alcuna competenza in ordine alla definizione del modello di professionista diligente ricavabile dal Codice del Consumo, ed applicato di volta in volta, nelle fattispecie concrete, dall'Autorità Antitrust»⁴³.

Il rapporto tra le due Autorità è dunque da intendersi nel senso della parallela coesistenza, in virtù della quale la disciplina di protezione relativa alle pratiche commerciali scorrette si aggiunge agli ordinari strumenti di tutela contrattuale (attivabile dai singoli), e agli altri connessi a specifiche discipline in settori oggetto di precipua regolazione, di guisa che queste ultime, in ragione della diversità degli interessi pubblici sottostanti, si pongono in rapporto di complementarietà, e non di alternatività, con il codice del consumo⁴⁴.

Una sovrapposizione di competenze sarebbe configurabile solo laddove Agcm non si limitasse a sanzionare, in concreto, la condotta, ma pretendesse

tranchant, per cui «gli ordinamenti sezionali stanno alle autorità amministrative indipendenti come il diavolo all'acqua santa». In tal senso, v. anche M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello spazio regolatorio*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, p. 1035 ss. Al contrario, ritengono applicabile alle autorità indipendenti il concetto di ordinamento sezionale: S. AMOROSINO, *Il processo di costruzione dell'Autorità e del mercato regolato dell'energia*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'autorità per l'energia elettrica e il gas (Atti del Convegno di Studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996)*, in *Rass. giur. en. el.*, 1996, 13, p. 131 e G. CAIA, *L'organizzazione dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Monduzzi Editore, Bologna, 1993, p. 980.

⁴² TAR Lazio, I, 27 gennaio 2010, n. 19892. In senso conforme, TAR Lazio, I, 18 gennaio 2010, n. 306; TAR Lazio, 21 gennaio 2010, n. 647; TAR Lazio, 19 maggio 2010, n. 12364; TAR Lazio, 19 maggio 2010, n. 12277.

⁴³ TAR Lazio, I, 18 aprile 2011, n. 3363.

⁴⁴ TAR Lazio, I, 16 giugno 2009, nn. 5625, 5627, 5628, 5629 nonché TAR Lazio, 8 settembre 2009, nn. 8399 e 8400; TAR Lazio, 19 maggio 2010, n. 11321; TAR Lazio, 28 febbraio 2011, n.1811.

di esercitare poteri che non gli spettano, introducendo surrettiziamente misure di tipo regolatorio rientranti nelle prerogative dell'Autorità di settore⁴⁵.

L'argomento *de quo* viene riproposto anche in altre pronunce, riguardanti in particolare il settore del credito⁴⁶ e dell'energia⁴⁷ laddove si afferma, rispettivamente, sia che il Testo Unico bancario tutela il sistema creditizio complessivamente considerato, e non specificamente il contraente debole, sia che il codice del consumo tutela in via primaria e diretta la capacità di autodeterminazione del consumatore, con la conseguenza che «*il rispetto della normativa di settore non val[g]a ad esonerare il professionista dal porre in essere quei comportamenti ulteriori che, pur non espressamente previsti, discendono comunque dall'applicazione del più generale principio di buona fede a cui si ispira tutta la disciplina a tutela del consumatore*»⁴⁸.

In altri termini, e in conclusione, la regolazione di settore, quand'anche non preveda una specifica disposizione volta a regolamentare un comportamento commerciale dell'operatore (oppure lo consideri coerente con detta regolazione), non potrebbe mai sortire l'effetto di esonerare il professionista dal porre in essere «*quegli ulteriori accorgimenti che, sebbene non espressamente pre-*

⁴⁵ Cfr. TAR Lazio, I, 18 aprile 2011, cit., e Cons. Stato, ordinanza 24 marzo 2009, n. 1515, nella quale si afferma che l'Agcm non può «*integrare una nuova regola estranea al contenuto della disciplina regolatoria posta in essere dall'AGCOM*» essendo la prima dotata di «*competenze sanzionatorie ma priva di diretti poteri regolatori*». In tema, interessante TAR Lazio, I, 27 marzo 2014, n. 3398, nella quale i giudici di prime cure, dopo aver analizzato i rapporti tra Autorità Antitrust e Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (Ursf, oggi sostituito dall'Autorità di regolazione dei trasporti-ART), hanno annullato il provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Agcm, sull'argomento per cui tale autorità si sarebbe di fatto sostituita all'Ursf nell'analisi delle sottostanti questioni sotto il profilo strettamente regolatorio, operando una valutazione di merito sull'impatto dei servizi proposti dal nuovo operatore (Arenaways) sull'equilibrio del servizio pubblico svolto dal gestore Trenitalia, travalicando le funzioni proprie di un'autorità di garanzia e ponendosi in contraddizione con quanto statuito dall'organismo di regolazione. La pronuncia in parola è stata criticata da D. MARESCA-L. CEFFALO, *Il riparto di competenze in materia ferroviaria tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., p. 270, nella parte in cui «*sembra[...] travisare parzialmente la pur riconosciuta complementarità delle competenze, laddove, escludendo l'esame antitrust di aspetti già considerati dall'organismo di regolazione, finisce in definitiva per impedire tout court che l'AGCM possa accertare eventuali illeciti concorrenziali posti in essere da parte del gestore della rete. Nella corretta ottica complementare, infatti, è proprio quando la condotta discriminatoria non è sufficiente per integrare una sanzione (in passato da parte dell'URSf e oggi) dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti che si rendono necessari ulteriori accertamenti in ordine alla posizione dominante o all'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale per assicurare l'effettivo assetto concorrenziale del mercato del trasporto ferroviario*».

⁴⁶ V. TAR Lazio, I, 18 aprile 2011, cit. V. anche, Cons. Stato, VI, 22 giugno 2011, n. 3763; Cons. Stato, 24 agosto 2011, n. 4800, nelle quali si specifica che, solo prima *facie* i due ordinamenti di settore sembrano assumere la medesima finalità, dal momento che, ad un'analisi più dettagliata, è ricavabile che la vicenda riguardi il consumatore generico e non il risparmiatore, con la conseguenza per cui è solo l'Autorità Antitrust ad essere competente ad applicare la disciplina di cui al codice del Consumo.

⁴⁷ TAR Lazio, I, 8 settembre 2009, nn. 8394, 8395, 8399, 8400; 8402; Cons. Stato, VI, 9 giugno 2011, n. 3511; Cons. Stato, 31 maggio 2011, n. 720.

⁴⁸ Cons. Stato, VI, 31 maggio 2011, cit. Cfr. anche TAR Lazio, I, 28 febbraio 2011, n. 1811, la quale, nel rigettare la censura – proposta da una grande multinazionale di prodotti alimentari – di difetto di competenza dell'Autorità Antitrust, formulata in ragione della presenza di una specifica regolamentazione di settore (regolamento (CE) n.1924/2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute), ha affermato che «*l'ambito finalistico delineato dalle previsioni settoriali in parola attiene alla sicurezza della salute umana, ed è pertanto del tutto estraneo a quello preso in considerazione dal Codice del Consumo, incentrato alla protezione del consumatore e degli interessi concorrenziali delle imprese*», difettando, pertanto, in concreto «*sia una ipotesi di potenziale conflitto tra distinti apparati normativi, sia una qualsiasi valutazione dell'Agcm sulla verifica del perseguimento delle specifiche finalità delle norme di settore*».

scritti, derivano, tuttavia, dal più generale canone di diligenza professionale o di buona fede»⁴⁹.

6. Terza fase. L'Adunanza Plenaria afferma il principio di "specialità per norme"

In questo clima di fervore e di incertezza si colloca l'intervento, nel 2012, dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale si è pronunciata, in via giurisdizionale, sulla applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette con riferimento ai settori delle telecomunicazioni e del credito, intervenendo, conseguentemente, sulla questione dei rapporti tra Agcm ed Autorità di settore⁵⁰.

In particolare, nelle ordinanza di rimessione il Consiglio di Stato critica l'applicazione non rigorosa, nel parere del 2008, del principio di specialità, in quanto riferito ai settori normativi complessivamente considerati e non alle singole fattispecie di illecito, condividendo, tuttavia, la necessità di un approccio caso per caso, «*attento alla effettiva contestazione mossa, allorché la disciplina di settore si limiti a regolare soltanto alcuni specifici aspetti dell'attività circa la quale vi è bisogno di intervento*»⁵¹, coerente con il principio di specialità espresso nell'art. 19, comma 3, del codice del consumo.

Del resto, ad avviso del giudice remittente, le esigenze sottese alla disciplina europea risponderebbero ad una duplice esigenza, ovvero quella di evitare la configurazione di un *ne bis in idem* (sostanziale) e quella di circoscrivere il carattere residuale della disciplina generale alle sole ipotesi in cui «*le regolamentazioni di settore prevedano fattispecie corrispondenti a quelle delineate dalla disciplina generale, ancorché rispetto a queste speciali (per specificazione o per aggiunta)*», delimitando così il possibile verificarsi di "vuoti di tutela" pregiudizievoli per il consumatore⁵².

Al contrario, l'applicazione di un criterio di specialità "per settori" reca con sé il rischio di ritenere aprioristicamente speciale l'intera disciplina di settore, con conseguente esclusione di qualsiasi margine di operatività della disciplina generale dettata a tutela del consumatore nonostante, in ipotesi, solo nelle fattispecie sanzionatorie da quest'ultima delineate (e non in quelle contemplate dalla regolamentazione di settore) sia riconducibile la condotta che in concreto si intende contestare all'operatore.

⁴⁹ *Ut supra*.

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 14, 15, 16. In particolare, le sentenze n. 11, 12, 13, 15 e 16 si riferiscono al riparto di competenze tra Agcm ed Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, mentre la sentenza n. 14 concerne il riparto di competenze tra Agcm e Banca d'Italia.

⁵¹ Cons. Stato, VI, ordinanza 13 dicembre 2011, n. 6521. V. anche, Cons. Stato, VI, ordinanze 12 ottobre 2011, nn. 5522, 5523 e 5526.

⁵² Ed ancora, «*salvo che non possa concludersi per la reale completezza ed esaustività della normativa di settore nell'individuare le fattispecie sanzionatorie e nel delineare le conseguenti misure inibitorie e repressive, la stessa è destinata quindi a trovare applicazione soltanto in caso di verificato contrasto con quella generale e sempre che rechi la disciplina di aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, regolando una fattispecie omogenea a quella individuata dalla normativa generale ma da quella distinta per un elemento specializzante, di aggiunta o di specificazione della fattispecie stessa. Diversamente, deve trovare applicazione la normativa generale, secondo la logica della complementarietà*».

In sede di Adunanza Plenaria il Consiglio di Stato, utilizzando i criteri già descritti, ha interpretato estensivamente il dettato normativo espresso nell'art. 19, comma 3, succitato, affermando che il termine "contrasto" utilizzato dal Codice non debba essere interpretato nel senso di una vera e propria antinomia tra disciplina generale e speciale, bensì di mera "diversità" di discipline.

Superando il criterio della "specialità per ordinamenti", il Supremo Consesso ha dunque elaborato il c.d. principio di "specialità tra norme", in base al quale, in presenza di due diverse disposizioni che disciplinano la medesima fattispecie, dovrà applicarsi soltanto quella che posseda tutti gli elementi dell'altra, più un elemento di specialità⁵³.

Ai fini del riconoscimento dell'Autorità competente ad intervenire, i giudici amministrativi hanno tuttavia ritenuto scriminanti due elementi, quello dell'interesse pubblico perseguito dalla disciplina di settore (ovvero la tutela del consumatore) e quello della completezza della tutela accordata – in detto settore – all'utente. Solo in presenza dei predetti elementi potrebbe applicarsi la disciplina settoriale in luogo di quella generale prevista dal codice del consumo⁵⁴.

Ciò premesso, con riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, a seguito di una puntuale ricognizione delle norme contenute nella disciplina di settore in quella disciplina generale, l'Adunanza Plenaria ha affermato che la disciplina posta dall'Autorità Agcom, oltre a prevedere espressamente fra le sue finalità la tutela del consumatore, può essere anche considerata "completa", atteso che il potenziale rischio di lacune o *deficit* di tutela sarebbe risolto *ex ante* e in radice dalla presenza delle clausole generali contenute nella normativa di settore, con attribuzione della competenza esclusiva a sanzionare le condotte in capo all'autorità di settore⁵⁵.

Diverso, al contrario, il percorso argomentativo delineato dai giudici con riferimento al settore del credito. In questo caso, infatti, verificata l'inapplicabilità *ratione temporis* della disciplina normativa precedente, il Supremo Consesso ha rilevato come la disciplina di settore sia costituito da un *corpus* normativo genericamente teso a garantire il corretto e trasparente funzionamento del mercato, ma non espressamente diretto a tutelare il consumatore in quanto tale, limitandosi, peraltro, a regolare solo taluni aspetti della tutela del contraente debole, senza considerare la fase antecedente il contatto diretto tra professionista e risparmiatore.

Conseguentemente, l'Adunanza plenaria ha concluso, in questo secondo caso, nel senso di non poter escludere l'applicazione della disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette, dal momento che le stesse possono tro-

⁵³ Rileva L. TORCHIA, *op. cit.*, che «non sembra del tutto coerente con questa conformazione del principio di specialità il richiamo, che l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di dover fare, all'art. 15 del codice penale e all'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689, al fine di affermare la portata generale e l'immanenza del medesimo principio nell'ordinamento vigente. Le norme in questione sono sicuramente rilevanti, infatti, per quanto riguarda l'esercizio del potere sanzionatorio e la necessità di rispettare il principio di *ne bis in idem*, ma la ricostruzione della specialità in esame va oltre i soli confini della punizione di condotte illecite».

⁵⁴ Ad avviso di M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, cit., 700, non sarebbe ravvisabile alcun contrasto tra norma generale e norma speciale, atteso che «le norme speciali contenute nelle discipline di settore, ove siano state poste da fonti sub legislative (delibere delle autorità di settore), comunque non potrebbero porsi in contrasto con le norme generali contenute in una fonte primaria qual è il Codice del Consumo». Tuttavia, è anche vero che, laddove si facesse leva sulla teoria dei poteri impliciti, sarebbe comunque possibile ricollegare gli atti regolamentari alla legge istitutiva.

⁵⁵ V. TAR Lazio, I, 17 gennaio 2013, n. 535; TAR Lazio, 22 luglio 2013, n. 7442.

vare applicazione anche nel caso di contratti di credito o di acquisto di prodotti finanziari soggetti alla disciplina di cui al titolo VI del TUB, purché tali contratti/prodotti siano accessori e marginali rispetto all'acquisto di bene presso esercizi commerciali, con la conseguente competenza dell'Agcm a sanzionare le condotte illecite⁵⁶.

Alla luce di quanto fino ad ora dedotto, a ben vedere, neppure il criterio elaborato dall'Adunanza Plenaria, in questa "terza fase", riesce a convincere pienamente.

Far discendere i caratteri della completezza ed esaustività (o, di converso, della incompletezza) della disciplina di settore dalla mera esistenza (o inesistenza), nel testo della singola legge istitutiva, di un riferimento testuale alla figura del "consumatore", pare un argomento piuttosto debole, considerato, peraltro, che le autorità perseguono eterogenei interessi, sviluppando, di volta in volta, discipline volte a trovare un equilibrio tra tutti detti interessi⁵⁷.

7. Quarta fase. Il legislatore interviene per cercare di risolvere l'impasse generata dall'Adunanza Plenaria

In seguito alle pronunce dell'Adunanza Plenaria, e al fine di scongiurare il rischio, per nulla peregrino, del concretarsi di un vuoto di tutela, ovvero del configurarsi di un conflitto permanente di competenza tra Autorità c.d. trasversale e Autorità settoriali, il legislatore nazionale è intervenuto in materia, introducendo l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, d.l. n. 95/2012, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135, volto a riaffermare il ruolo dell'Agcm.

In particolare la disposizione in parola, nel prevedere l'innalzamento dell'importo massimo delle sanzioni per le ipotesi di pratiche commerciali scorrette, ha cura di precisare che la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette permane in capo all'Autorità garante della concorrenza, escluso unicamente «*il caso in cui le stesse siano poste in essere in settori in cui esista una regolamentazione di derivazione europea, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati*».

In tale sede il legislatore, lasciato in disparte qualsiasi tentativo di risolvere i contrasti creatisi circa la disciplina da applicare (generale o speciale), si è limitato ad escludere la competenza dell'Autorità Antitrust in presenza di una regolamentazione specifica, non risolvendo, di fatto, il succitato rischio di vuoti di

⁵⁶ Circa i rapporti tra regolazione e concorrenza, v. L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 2, pp. 277-284; M. SIRAGUSA-S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, *ivi*, 3, pp. 511-559; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo, testo della relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica"*, Consiglio di Stato, Roma, 25-26 novembre 2013, pp. 1-38; M. IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'AEEG, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 2, 169, p. 175.

⁵⁷ Con la conseguenza, in vista di una data scelta regolatoria, di poter ritenere "secondaria" la posizione del consumatore rispetto ad altri interessi ugualmente meritevoli di attenzione. Si v., a titolo esemplificativo, le diverse soluzioni adottate, in materia di contratti di fornitura non richiesti, nella disciplina dettata dal codice del consumo, e nella delibera AEEGSI 153/2012/R/COM, del 19 aprile 2012, dal titolo «*Adozione di misure preventive e ripristinatorie nei casi di contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale*».

tutela⁵⁸.

È in questo quadro che ha fatto il suo ingresso la Commissione europea, la quale, con lettera di messa in mora del 18 ottobre 2013, ha dato avvio ad una procedura di infrazione per scorretta attuazione delle direttive 2005/29/CE e 2002/22/CE, sull'argomento per cui la mera esistenza di una normativa settoriale non valga ad escludere la normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette.

Nell'intento di porre fine alla procedura d'infrazione in parola, il Governo, in occasione del recepimento della direttiva 2011/83/CE, ha provveduto ad abrogare il comma 12-*quinquiesdecies*, dell'art. 23, d.l. n. 95/2012, sostituendolo con la disposizione di cui al nuovo comma 1-*bis* dell'art. 27, cod. cons., ai sensi del quale «*anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta*».

L'intervento legislativo interviene nuovamente solo sul profilo delle competenze, assegnando l'*enforcement* in via esclusiva all'Autorità Antitrust.

Di conseguenza, anche nell'ipotesi di prevalenza della disciplina di settore, l'unica Autorità titolata ad intervenire e sanzionare la condotta costituente pratica commerciale scorretta sembrerebbe rimanere l'Agcm, tenuta tuttavia a qualificare la scorrettezza della pratica alla luce delle disposizioni poste dall'Autorità di settore, secondo le indicazioni fornite da quest'ultima nel parere obbligatorio (non vincolante) reso all'Antitrust prima della decisione finale.

Resta tuttavia da chiedersi se, assicurata la competenza esclusiva in capo all'Agcm, possa delinearsi una complementarietà di discipline (come sancito nella "seconda fase"), tale per cui sia possibile sanzionare anche quei comportamenti che, pur rispettosi della normativa di settore, non osservino quel generale canone di diligenza professionale o di buona fede previsto nel codice del consumo.

8. Quinta (e forse non ultima) fase. Il *revirement* dell'Adunanza Plenaria e l'introduzione del principio di "assorbimento o consunzione". Riflessioni conclusive

Il dibattito in materia non si è sopito nemmeno a seguito della predetta novella legislativa.

A poco più di tre anni di distanza, il Supremo consesso è stato nuovamente chiamato a fare chiarezza su i delicati rapporti di delimitazione degli ambiti di competenza delle diverse Autorità (Antitrust e di regolazione), nel tentativo di

⁵⁸ Nonostante l'intervento operato dal legislatore, ha continuato a persistere un orientamento giurisprudenziale adesivo alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria (cfr. TAR Lazio, I, 30 luglio 2014, n. 307; TAR Lazio, 9 aprile 2014, n. 3857; TAR Lazio, 22 luglio 2013, nn. 7442 e 7464; TAR Lazio, 18 luglio 2013, nn. 7273 e 7275; TAR Lazio, 18 febbraio 2013, nn. 1742, 1752 e 1754), tanto da spingere l'Autorità Antitrust, nel 2013, a non avviare istruttorie con riferimento a casi implicanti l'intervento anche dell'Agcom.

dirimere (definitivamente) i dubbi interpretativi riguardanti la materia delle pratiche commerciali scorrette (e il rapporto tra la medesima e i settori “regolati”).

In particolare, con le ordinanze del 18 settembre 2015, nn. 4351 e 4352, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha deferito all’Adunanza Plenaria (con l’intenzione, pare, di fornire l’*assist* per un rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia) l’interpretazione da riconoscere all’art. 27, comma 1-*bis*, del Codice del consumo, il quale, a dispetto della presunta limpidezza del dato letterale, risulterebbe foriero di rilevanti criticità applicative e di coerenza con la normativa europea.

In particolare, le ordinanze succitate sottopongono al vaglio della Plenaria due tesi.

La prima, basata su una lettura meramente testuale del succitato art. 27, comma 1-*bis*, è volta a sostenere l’attribuzione all’Agcm, in via generale ed esclusiva, della competenza ad intervenire in materia di pratiche commerciali scorrette, anche nei settori regolati (e dunque anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea), a detrimento della competenza delle Autorità di regolazione⁵⁹.

La seconda interpretazione, ritenuta dal giudice rimettente maggiormente aderente alle indicazioni fornite, nel 2012, dall’Adunanza plenaria e rispettosa del principio di specialità delineato dal legislatore europeo (cfr. considerando n. 10 e art. 3, comma 4, direttiva 2005/29/CE), afferma, di converso, che la disciplina generale del codice del consumo deve essere applicata in via esclusiva da parte di Agcm, anche nei settori regolati, solamente nei casi in cui la normativa settoriale non abbia previsto «*ex ante-in modo completo ed esaustivo-la regola comportamentale applicabile, individuando nell’autorità di Regolazione il soggetto competente a sanzionare la violazione delle disposizioni*».

In tale ipotesi, di conseguenza, «*la lacuna di tutela troverebbe [...] copertura nella disciplina dettata dal Codice del Consumo*»⁶⁰.

Nel caso in cui, invece, la disciplina di settore contenga già al suo interno la regola di diritto idonea a reprimere il comportamento contrario alla correttezza professionale (sia sotto il profilo della completezza ed esaustività, sia sotto quello dell’affidamento alla stessa Autorità di regolazione del compito di vigilare sull’attuazione delle disposizioni, di stabilirne le modalità attuative e di sanzionare l’eventuale violazione), non risulterebbe necessario ricorrere alla c.d. “rete di sicurezza”, rappresentata dalla disciplina generale di cui al codice del consumo.

Del resto, a detta dei giudici, sarebbe da escludere che il legislatore abbia voluto ricomprendere nell’alveo di competenza dell’Agcm non solo la disciplina contenuta nel codice del consumo, ma anche l’applicazione indiretta delle

⁵⁹ In tal senso, v. Cons. Stato, VI, 5 marzo 2015, n. 1104, che, in analogia vicenda, dopo aver sottolineato la chiarezza espositiva del disposto normativo, ha ritenuto la competenza generale ed esclusiva in capo all’AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati, e anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea. Discostandosi, poi, da quanto statuito dai giudici di prime cure, il Consiglio di Stato ha anche affermato come nel caso di specie non sia addebitabile all’Autorità Antitrust né uno sconfinamento in “spazi di regolazione”, né l’introduzione di nuove regole, avendo quest’ultima posto legittimamente in essere il proprio potere inibitorio (o di diffida). Diversamente opinando, infatti, «*si giungerebbe al risultato, paradossale ed inaccettabile, per cui ogni qual volta l’autorità diffida un professionista dal proseguire un condotta scorretta, per ciò solo eserciterebbe un potere regolatorio*».

⁶⁰ Cons. Stato, VI, ordinanza 18 settembre 2015, n. 4351.

norme di recepimento delle direttive settoriali a protezione dell'utente, così spogliando le autorità di regolazione del potere di intervento diretto negli ambiti di propria competenza.

In sede di Adunanza Plenaria il Consiglio di Stato, con le sentenze del 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4, superando in parte il criterio della *“specialità tra norme”*, e disconoscendo il principio di *“specialità tra settori”*, ha inteso privilegiare, in una qualche misura, la seconda tesi prospettata nelle ordinanze di rimessione, risolvendo, tuttavia, il tema del concorso apparente di norme alla luce del diverso principio di *“assorbimento-consunzione”* il quale, a differenza del principio di specialità, non poggia su un rapporto logico di norme, bensì di valore, in virtù del quale l'apprezzamento negativo del fatto concreto appare già ricompreso nella norma che prevede il reato più grave ⁶¹.

Nello specifico, l'impianto argomentativo della sentenza si snoda attraverso un percorso induttivo teso a valorizzare la condotta concretamente verificatasi nel caso di specie ⁶², ritenuta dal Supremo consesso *“pacificamente”* rientrante nell'alveo di un *“illecito anticoncorrenziale”* (ai sensi della disciplina di cui al codice del consumo), pur se attuata mediante l'inosservanza di obblighi informativi imposti dal codice delle comunicazioni elettroniche e dalla normativa ad esso riferibile.

Secondo i giudici, infatti, la violazione dei succitati obblighi informativi non costituirebbe elemento sufficiente ad integrare una fattispecie di *“pratica commerciale aggressiva”*, atteso che, quest'ultima, al contrario, richiede per la sua configurazione l'ulteriore elemento rappresentato dalla menomazione della capacità di autodeterminazione del consumatore.

Il ragionamento sviluppato in sentenza tiene conto, del resto, di quanto già affermato nel 2012, e cioè della necessità di procedere alla ricostruzione del quadro normativo complessivo ai fini del riconoscimento dell'Autorità competente ad intervenire, verificando, in particolare, l'interesse pubblico perseguito dalla disciplina di settore ed il grado di completezza di tutela accordata all'utente.

In tale occasione l'Adunanza Plenaria, come si ricorderà, ha ritenuto possibile applicare la disciplina settoriale, in luogo di quella generale prevista dal codice del consumo, solo in presenza di entrambi detti elementi.

Conseguentemente, in considerazione del fatto che la disciplina settoriale esaminata dai giudici è stata prevista a tutela (anche) dell'utente – ma si limita a regolare solo taluni aspetti della condotta degli operatori, senza prevedere un'ipotesi di illecito quale quello oggetto di esame – il rapporto tra illecito consumeristico, attratto nell'area di competenza dell'Autorità Antitrust, ed illecito

⁶¹ Preme, tuttavia, sottolineare che il principio in esame è minoritario sia in dottrina che in giurisprudenza, stante l'idoneità del medesimo a porsi in contrasto con il principio di legalità, ed in particolare con i canoni di determinatezza e tassatività, i quali farebbero discendere l'applicazione della norma penale da giudizi di valore discrezionalmente elaborati dal giudice. Sul punto si rinvia alla nota 37, par. 4, del presente scritto.

⁶² Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4. La questione trae origine da una sanzione (per *“pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive”*, vietate ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. f), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), inflitta dall'Autorità Antitrust ad una società telefonica, rea di avere posto in essere una condotta consistente nell'attivazione di servizi di navigazione internet e di segreteria telefonica sulle SIM vendute, senza aver previamente acquisito il consenso del consumatore. Il difetto di competenza dell'Autorità Antitrust è stata eccepito dalla stessa società sanzionata in sede giurisdizionale, sull'argomento per cui, stante la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 2012 che ha applicato il principio di specialità *“per settori”*, la succitata condotta *«dà luogo a conflitti di norme sostanziali appartenenti nel caso di specie al settore regolato dall'Autorità per le Garanzie per le Comunicazioni (Agcom)»*.

regolatorio, di competenza della singola Autorità di settore, deve essere inteso in termini di specialità “*per progressione di condotte lesive*”, atteso che dette condotte, «*muovendo dalla violazione di meri obblighi informativi*», comportano la realizzazione «*di una pratica anticoncorrenziale vietata, ben più grave per entità e disvalore sociale, ovvero di una pratica commerciale aggressiva*».

L’Adunanza Plenaria risolve, dunque, il nodo problematico concernente la disciplina da applicare al caso di specie alla luce delle teorie penalistiche a sfondo valutativo-teleologico, ricorrendo, come già detto, al principio di “*assorbimento-consunzione*” (di cui la figura della “*progressione criminosa*” costituisce una specie), in applicazione del quale la condotta costituente illecito, secondo il *corpus* normativo settoriale, viene ad essere inglobata nell’illecito consumeristico, assumendo la veste di elemento costitutivo dell’illecito più grave previsto dalla disciplina contenuta nel codice del consumo.

In altre parole, in applicazione del principio di progressione criminosa, la condotta illecita posta in essere in violazione di regole poste dall’Autorità di regolazione (norma consumata) viene ad essere enucleata nel disvalore della fattispecie più grave che concorre a perfezionare (norma consumante).

Risolto il problema di quale sia la disciplina da applicare nel caso di specie, la sentenza passa ad esaminare la diversa censura relativa all’Autorità competente ad irrogare la sanzione, affermando, con tono decisamente perentorio, che l’Autorità indipendente, menzionata dalla direttiva 2005/29/CE è, nel nostro sistema nazionale, rappresentata a tutti gli effetti dall’Autorità Antitrust, la quale, di conseguenza, ha la competenza esclusiva a far rispettare le disposizioni della succitata direttiva, come peraltro previsto nella disciplina di recepimento.

A conforto di detta tesi, viene richiamata la relazione illustrativa al d.lgs. n. 21/2014, nella quale si esplicita la natura di detta disposizione, da intendersi, cioè, quale norma di interpretazione autentica del principio di specialità sancito dall’art. 3, comma 4, della direttiva 2005/29/CE.

Con riferimento, infine, al quesito formulato dalle parti circa la necessità (auspicata, sembrerebbe, dallo stesso Consiglio di Stato in sede di rimessione) di deferire la questione del potenziale conflitto di competenze alla Corte di Giustizia, l’Adunanza Plenaria appare piuttosto *tranchant*, negando la sussistenza di qualsivoglia problema di compatibilità comunitaria con riferimento alla distribuzione di competenze attuative all’interno della normativa nazionale, stante il principio di indifferenza dell’Unione Europea rispetto all’organizzazione interna del singolo Stato nazionale⁶³.

Pur apprezzabile nella sua impostazione di fondo – tesa a segnalare l’insufficienza della sola disciplina di settore a tutelare adeguatamente la figura dell’utente – la pronuncia *de qua* risulta criticabile sotto un duplice profilo.

In primo luogo, ci si domanda se la soluzione delineata con riferimento ad ipotesi costituenti pratiche commerciali aggressive possa essere utilizzata anche in presenza di pratiche commerciali “ingannevoli”: leggendo la pronuncia, del resto, si ha quasi la sensazione che l’Adunanza Plenaria abbia consciamente limitato il principio di diritto alla ipotesi più grave di pratica commerciale aggressiva (discostandosi dalla richiesta formulata dal giudice rimettente che, al contrario, faceva riferimento alla “pratica commerciale scorretta” generica-

⁶³ Del resto, è già la stessa direttiva 2005/29/CE ad aver demandato totalmente agli Stati membri la scelta sul se includere, alternativamente o cumulativamente, l’intervento di un’authority giudiziaria o di un’authority amministrativa al fine di reprimere le ipotesi di pratiche commerciali scorrette.

mente intesa), nell'intento – forse – di monitorare i “rumors” successivi a detta decisione.

In secondo luogo, risulta parimenti poco chiaro se l'interpretazione fornita dai giudici sia destinata ad assumere l'aspetto di una regola “certa” e ripetibile serialmente, oppure, di converso, se necessiti (cosa che sembrerebbe lasciare intendere la pronuncia) di una valutazione “caso per caso”, con la conseguenza, in questa seconda ipotesi, di poter vedere notevolmente indeboliti, a pregiudizio di consumatori ed operatori, principi cardine quali quelli di certezza del diritto e di effettività della tutela.

In ogni caso, è innegabile che la soluzione, cui sono addivenuti in tale sede i giudici, sarà destinata ad avere un impatto non indifferente nei rapporti di collaborazione tra Autorità Antitrust e Autorità di settore, si pensi anche solo laddove, per ipotesi, una medesima condotta illecita dovesse venire denunciata dal consumatore ad entrambe le Autorità, ad insaputa, tuttavia, una dell'altra.

Ciò potrebbe implicare un evidente aggravio del procedimento, o un rallentamento dello stesso, atteso che dette Autorità sarebbero chiamate ad operare reciprocamente un monitoraggio, quasi giornaliero, dei rispettivi procedimenti.

Volendo, svolgere alcune riflessioni finali all'esito della ricostruzione fino ad ora effettuata in materia di pratiche commerciali scorrette e tutela del consumatore, è possibile affermare come il tema del conflitto di competenze tra Autorità, a ben vedere, costituisca solo il riflesso di una realtà ben più articolata e complessa, che affonda le proprie radici nel differente tipo di “mandato” (vale a dire, il “fine istituzionale”) attribuito dal legislatore alle diverse autorità amministrative indipendenti.

È evidente, infatti, che l'attività regolatoria e quella *antitrust* non possono tra loro essere assimilate, né sovrapposte, essendo caratterizzate, l'una, da una attività volta alla promozione dei mercati, l'altra da un'attività di garanzia della concorrenzialità dei mercati e di tutela del consumatore (*indiretta* per quanto concerne l'*enforcement antitrust* “tradizionale”, *diretta* relativamente alle pratiche commerciali scorrette), che si traduce in un'attività di accertamento, inibizione e repressione di condotte anti-giuridiche.

In virtù di ciò, risulta necessario che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sia applicata in via esclusiva dall'Autorità *Antitrust*, perché ad essa il legislatore ha attribuito compiti specifici di tutela “diretta” del consumatore, tutela che si esprime mediante declinazione di criteri e principi generali e trasversali (quali la correttezza e la buona fede), applicabili in quanto tali a tutti i settori dell'ordinamento, compresi quelli regolati.

Ed è proprio attraverso l'applicazione della disciplina generale, e dunque attraverso la concretizzazione della fattispecie normativa astratta, che l'*antitrust* definisce i diritti dei consumatori, al fine di soddisfare un bisogno di tutela ritenuto rilevante dall'ordinamento⁶⁴; eventuali diritti del consumatore/utente, nei settori regolati, vengono invece individuati – per via normativo/regolamentare – dall'Autorità di regolazione (in questo caso Agcom), all'esito di un'attività di ponderazione e bilanciamento tra diversi interessi, con un livello di “tutela” che varia da settore a settore.

⁶⁴ Ci si riferisce alla prospettiva rimediabile di A. DIMAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*, secondo la quale, il riconoscimento di una «astratta titolarità di diritti non definisce compiutamente le situazioni soggettive, dovendosi sempre verificare come operino in concreto gli “strumenti di reazione” predisposti dall'ordinamento nel “momento della lesione di un interesse”».

Pare evidente, inoltre, che il legislatore, attribuendo la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette all’Autorità antitrust, abbia voluto istituire un parallelismo tra la tutela della concorrenza e la tutela del consumatore, configurandoli entrambi come beni non suscettibili di essere “bilanciati” (e potenzialmente “sacrificati”) con altri, ritenendo normale nel mercato che le imprese tendano a incrementare il proprio potere di mercato tanto a danno di altre imprese quanto ponendo in essere comportamenti idonei a ledere gli interessi dei consumatori⁶⁵.

D’altra parte, la vicenda esaminata rende evidente l’esigenza di mantenere distinte la logica della regolazione della qualità del servizio dalla logica della tutela del consumatore, come già in passato avvertito con riguardo alla distinzione tra regolazione proconcorrenziale e tutela della concorrenza.

Problemi di sovrapposizione (di competenze e di discipline) potrebbero in effetti verificarsi solo laddove l’*Antitrust* dovesse interferire con il mandato e la funzione dell’Autorità regolatoria, ma si tratta di circostanza destinata a verificarsi con scarsa frequenza, stante la diversità dei fini cui le diverse Autorità sono preposte.

⁶⁵ Cfr., da ultimo, i provvedimenti dell’Autorità Antitrust nn. 26016, 26017, 26018, 26019, 26025, in *Bollettino Antitrust* del 20 giugno 2016, n. 21, con i quali detta Autorità ha sanzionato alcuni operatori del settore dell’energia per pratiche commerciali aggressive a danno dei consumatori, con particolare riferimento a meccanismi di fatturazione e richieste di pagamento di bollette per consumi non effettuati.



COMMENTI

Il sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria a seguito dell'adozione della delibera n. 96/2015 dell'ART

di Luca Belviso

DELIBERA n. 96/2015

(Criteri per la determinazione dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria)

L'Autorità di Regolazione dei Trasporti, nella sua riunione del 13 novembre 2015

Visto l'art. 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, che ha istituito, nell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti;

Visto, in particolare, l'art. 37, commi 2 e 3, del citato decreto-legge n. 201/2011 e, più specificamente:

– *la lett. a) del comma 2, che stabilisce che l'Autorità provvede “a garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie”;*

– *la lett. b) del comma 2, che stabilisce che l'Autorità provvede “a definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori”;*

– *la lett. c) del comma 2, ai sensi della quale l'Autorità provvede “a verificare la corretta applicazione da parte dei soggetti interessati dei criteri fissati ai sensi della lettera b)”;*

– *la lett. i) del comma 2, che, con particolare riferimento all'accesso all'infrastruttura ferroviaria, stabilisce che l'Autorità provvede “a svolgere tutte le funzioni di organismo di regolazione di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, e, in particolare, a definire i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura e i criteri di assegnazione delle tracce e della capacità e a vigilare sulla loro corretta applicazione da parte del gestore dell'infrastruttura”;*

– *la lett. b) del comma 3, che stabilisce che l'Autorità, nell'esercizio delle competenze indicate al precedente comma 2, “determina i criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e può imporre, se necessario per garantire la concorrenza, la separazione contabile e societaria delle imprese integrate”;*

Vista la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/34/UE, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico, come recepita con il decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112, recante “Attuazione della direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico (Rifusione)”;

[omissis]

Visto l'articolo 2, comma 1, della delibera n. 70/2014 del 32 ottobre 2014, con cui si è previsto di avviare uno specifico e nuovo procedimento, da concludersi entro il 30 ot-

tobre 2015, finalizzato alla complessiva definizione dei criteri di determinazione del pedaggio per l'utilizzo delle infrastrutture ferroviarie in modo che lo stesso sia, inter alia, correlato ai costi ed agli investimenti sostenuti al netto dei contributi pubblici, opportunamente parametrato, modulato ed orientato ai principi della trasparenza, rendicontazione, separazione contabile e sottoposto ad obblighi rafforzati di applicazione della contabilità regolatoria e relativa certificazione;

Vista la delibera n. 86/2014 del 18 dicembre 2014 ("Call for Inputs") con la quale l'Autorità ha richiesto informazioni, considerazioni ed osservazioni da parte dei soggetti interessati con riferimento alle principali tematiche (quali i criteri e le metodologie di pricing, quelli di costing, quelli di contabilità regolatoria e di separazione contabile, l'asset register, la durata temporale del modello regolatorio, i criteri di efficientamento dei costi) concernenti la definizione dei criteri per la determinazione dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e degli impianti di servizio;

Vista la delibera n. 61/2015 del 31 luglio 2015 con la quale l'Autorità ha posto in consultazione lo schema di atto di regolazione recante "Principi e criteri per la determinazione dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria", redatto anche sulla base dei contributi pervenuti nell'ambito della citata "Call for Inputs" e ha prorogato al 15 novembre 2015 il termine per la conclusione del procedimento avviato con l'articolo 2 della delibera n. 70/2014;

Considerate le osservazioni pervenute nell'ambito della consultazione di cui alla delibera n. 61/2015 del 31 luglio 2015;

Considerata l'esigenza di introdurre, data l'attuale struttura di governance del settore, criteri di contabilità separata che permettano una maggiore evidenza contabile ed una più efficace condizione di equità, trasparenza e non discriminazione tra gli operatori;

[omissis]

DELIBERA

1. Sono approvate le misure di regolazione sui criteri per la determinazione dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria di cui all'allegato 1 alla presente delibera, che ne forma parte integrante e sostanziale.

[omissis]

ALLEGATO 1 ALLA DELIBERA n. 96/2015

(sommario senza indicazione delle singole misure)

SOMMARIO

PREMESSA

TITOLO I. ASPETTI GENERALI

Capo I. Principi e criteri di imposizione dei canoni

TITOLO II. REGOLAZIONE ECONOMICA – PACCHETTO MINIMO DI ACCESSO (PMdA)

Capo II. Aspetti generali della regolazione del PMdA

Capo III. Costing del PMdA

Capo IV. Pricing del PMdA

TITOLO III. REGOLAZIONE ECONOMICA – ALTRI SERVIZI

Capo V. Aspetti generali

Capo VI. Costing

Capo VII. Pricing

TITOLO IV. CONTABILITÀ REGOLATORIA

Capo VIII. Criteri per la redazione della contabilità regolatoria e la separazione contabile – PMdA

Capo IX. Criteri per la redazione della contabilità regolatoria e la separazione contabile – Altri servizi

TITOLO V. ENTRATA IN VIGORE

Capo X. Periodo transitorio

ALLEGATO A – CONTABILITÀ REGOLATORIA DEL GESTORE DELL'INFRASTRUTTURA

ALLEGATO B – CONTABILITÀ REGOLATORIA DELL'OPERATORE DI IMPIANTO

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il sistema dei pedaggi: un ruolo centrale nella realizzazione dello spazio unico ferroviario europeo. – 2. Il quadro normativo in materia di pedaggi: dalla direttiva 2012/34/UE alla delibera dell'ART n. 96/2015. – 3. Il profilo soggettivo: il ruolo dell'ART e del gestore della rete RFI spa nella determinazione dei pedaggi. – 4. Il profilo oggettivo: le caratteristiche del sistema tariffario alla luce della delibera dell'ART n. 96/2015. – 5. Conclusioni. La delibera dell'ART n. 96/2015 nel contesto politico di privatizzazione delle Ferrovie dello Stato Italiane spa.

Premessa

In data 13 novembre 2015 l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) ha adottato la delibera n. 96/2015, molto attesa da tutto il mondo ferroviario, avente ad oggetto i *“criteri per la determinazione dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria”*.

Con tale atto l'ART ha fissato i criteri che Rete Ferroviaria Italiana spa (RFI spa), concessionario e gestore dell'infrastruttura ferroviaria, è tenuta a rispettare nella determinazione dei pedaggi che le imprese ferroviarie devono corrispondere per poter esercitare il servizio di trasporto.

Un'analisi di natura formale, condotta nei primi due paragrafi della corrente trattazione, mostra come l'intervento dell'Autorità di regolazione costituisca l'ultima tappa di un percorso, a sua volta strettamente connesso alla realizzazione dello spazio unico ferroviario europeo, che ha avuto origine in ambito sovranazionale (direttiva 2012/34/UE) e che è proseguito sul versante nazionale, prima a livello legislativo (d.lgs. 15 luglio 2015, n. 112) e poi regolatorio (delibera ART n. 70/2014; delibera ART n. 86/2014; delibera ART n. 61/2015).

Uno studio di carattere sostanziale, cui sono invece dedicati i successivi paragrafi, descrive dapprima il ruolo dei soggetti che intervengono nella determinazione dei canoni, l'ART e RFI spa (profilo soggettivo) e, in seguito, le caratteristiche del sistema tariffario (profilo oggettivo) all'indomani dell'adozione della nuova delibera.

Nella disamina di ciascun profilo l'attenzione viene costantemente rivolta alla problematica dell'indipendenza del gestore della rete sia dalle imprese ferroviarie (c.d. indipendenza funzionale) sia dallo Stato concedente (c.d. indipendenza gestionale), posto che, sulla base di essa, derivano conseguenze inerenti la concorrenza del mercato, l'efficienza della gestione e, seppur indirettamente, lo sviluppo stesso del settore.

Infine, con l'obiettivo di non guardare alla delibera come atto avulso dal contesto politico di riferimento, si analizza il rapporto tra l'atto regolatorio e l'avviato processo di privatizzazione del gruppo Ferrovie dello Stato Italiane (FSI).

1. Il sistema dei pedaggi: un ruolo centrale nella realizzazione dello spazio unico ferroviario europeo

Gli anni Novanta hanno rappresentato per i servizi di pubblica utilità, e quindi anche per il trasporto ferroviario, tempo di radicale cambiamento¹. Tale

¹ Per una ricostruzione storica degli interventi normativi che hanno interessato il trasporto

settore ha infatti costituito fino all'emanazione della direttiva 91/440/CEE, atto che ha dato avvio alla liberalizzazione in materia, terreno di sola regolazione statale². A partire da tale anno l'Unione europea è intervenuta con diversi regolamenti e direttive, perlopiù contenuti nei primi tre c.d. pacchetti ferroviari, che, pur realizzando proprio sul fronte della liberalizzazione obiettivi di rilievo³, non si sono spinti fino alla creazione di uno spazio ferroviario europeo senza frontiere.

Una forte accelerazione in tal senso è derivata dall'emanazione della direttiva 2012/34/UE, atto che, con ampia estensione regolativa⁴, fonda quella base normativa solida e comune agli Stati membri, necessaria per la realizzazione del suddetto fine⁵.

Quest'ultimo, tuttavia, essenziale nell'ottica dell'integrazione europea⁶, ha richiesto non solo principi uniformi nei diversi Stati membri, ma anche l'enun-

ferroviario, si vedano: S. ZUNARELLI-A. ROMAGNOLI-A. CLARONI, *Diritto pubblico dei trasporti*, Bonomo, Bologna, 2015, Capitolo III.

2 Come rileva M. SEBASTIANI, *Concorrenza, competitività e regolazione nei trasporti*, in *Pa-per di Astrid*, 2013, p. 2, "storicamente il conflitto fra accentramento di poteri in capo all'Unione e autonomie degli Stati si è risolto con un compromesso: all'UE la politica della concorrenza, agli Stati le politiche industriali e sociali, ossia il governo delle infrastrutture e dei servizi in quanto avvertiti come di interesse economico generale".

3 Si fa riferimento, in particolare, alla liberalizzazione del trasporto ferroviario internazionale e nazionale di merci e alla liberalizzazione del trasporto ferroviario internazionale di passeggeri. In dettaglio, il trasporto internazionale di merci è liberalizzato dal 1 gennaio 2006, precisamente un anno in anticipo rispetto al trasporto nazionale di merci, liberalizzato dal 1 gennaio 2007 (cfr. art. 10, par. 3, direttiva 91/440/CEE, come modificato dalla direttiva 2004/51/CE). Dal 2012, anno in cui viene abrogata la direttiva del 1991, il riferimento normativo in vigore è l'art. 10, par. 1, direttiva 2012/34/UE, da cui deriva che "alle imprese ferroviarie è concesso, a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti, il diritto di accesso all'infrastruttura ferroviaria in tutti gli Stati membri per l'esercizio di tutti i tipi di servizi di trasporto ferroviario di merci". Quanto invece al trasporto internazionale di passeggeri, esso è liberalizzato dal 1° gennaio 2010 (cfr. art. 10, par. 3-bis e 3-ter, direttiva 91/440/CEE, paragrafi aggiunti ad essa dalla direttiva 2007/58/CE). In seguito all'abrogazione della direttiva del 1991, l'attuale riferimento normativo è rappresentato dall'art. 10, par. 2, direttiva 2012/34/UE, in cui si legge che "alle imprese ferroviarie è concesso il diritto di accesso all'infrastruttura ferroviaria di tutti gli Stati membri per l'esercizio di servizi di trasporto internazionale di passeggeri". Per fini di completezza, il trasporto nazionale di passeggeri non risulta ancora liberalizzato; tuttavia, occorre segnalare che già alcuni Stati membri, fra cui l'Italia, hanno deciso unilateralmente di aprire tale mercato alla concorrenza e che, con uno sguardo al futuro, il c.d. quarto pacchetto ferroviario intende liberalizzare anche tale mercato dal dicembre 2019.

4 Basti pensare che tale atto detta misure per lo "sviluppo delle ferrovie dell'Unione" (capo II), disciplina il "rilascio delle licenze delle imprese ferroviarie" (capo III), oltre ad occuparsi di "imposizione dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e assegnazione di capacità dell'infrastruttura ferroviaria" (capo IV). L'ampia estensione regolativa è, del resto, naturale conseguenza dell'opera di *Recast* (rifusione) svolta dalla direttiva. Quest'ultima, infatti, in un'ottica di semplificazione normativa, rifonde in sé gran parte delle normative che regolavano precedentemente il trasporto ferroviario (direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie; direttiva 95/18/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie; direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria); in particolare, come emerge dal 1° considerando, si tratta di direttive che, nel tempo, "hanno subito sostanziali modificazioni – e – poiché sono necessarie ulteriori modifiche, è opportuno provvedere, per ragioni di chiarezza, alla loro rifusione e riunione in un unico atto".

5 Tale direttiva, infatti, come emerge dal suo titolo, "istituisce uno spazio ferroviario europeo unico" e cioè, più propriamente, crea quel substrato normativo indispensabile affinché possa realizzarsi.

6 In questi termini, il 2° considerando della direttiva testé citata, secondo cui "una maggiore integrazione del settore dei trasporti dell'Unione è essenziale per il completamento del mercato interno".

ciazione di ulteriori interventi volti a rimuovere gli ostacoli che, di fatto, si frappongono al raggiungimento dell'obiettivo dichiarato. Con questa specifica finalità, il 30 gennaio 2013 la Commissione europea ha presentato il c.d. quarto pacchetto ferroviario, articolato in sei proposte legislative relative a 4 ambiti⁷: la *governance* dell'infrastruttura; la liberalizzazione del trasporto ferroviario nazionale di passeggeri; l'interoperabilità e la sicurezza; la formazione e la motivazione del personale operante nelle imprese ferroviarie.

Per quanto qui rilevante, occorre approfondire il tema della *governance* dell'infrastruttura, all'interno del quale trova massima espressione l'idea secondo cui nell'ambito degli Stati membri debbano operare gestori di rete indipendenti dalle imprese ferroviarie, allo scopo di garantire loro un trattamento equo e non discriminatorio⁸.

Sotto un profilo generale, è la separazione del gestore della rete dalle imprese di servizio a costituire lo strumento per realizzare l'indipendenza, ovvero per consentire un'amministrazione della rete che sia imparziale nei confronti degli operatori economici attivi sulla medesima⁹. Più elevato è il grado di separazione, e cioè maggiori sono gli obblighi derivanti da essa in capo all'amministratore della rete, maggiori sono l'indipendenza e l'imparzialità ottenute.

Sotto un profilo più specifico riguardante il trasporto ferroviario, l'Unione europea prescrive agli Stati membri di garantire l'indipendenza funzionale¹⁰ del gestore della rete rispetto alle imprese ferroviarie, con ciò intendendosi che le funzioni essenziali che determinano l'accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture (assegnazione della capacità di rete e imposizione dei canoni per l'accesso ed utilizzo della rete) siano attribuite a società indipendenti sul piano giuridico, organizzativo e decisionale dalle imprese di trasporto.

In relazione ai mezzi per realizzare tale indipendenza, le direttive europee prevedono che gli Stati membri debbano attuare, fra i vari tipi di separazione

7 Come espresso nella Comunicazione della Commissione europea sul "Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee" (COM(2013)25final, "il pacchetto è stato elaborato per affrontare gli ostacoli che ancora si frappongono alla realizzazione di uno spazio ferroviario europeo unico". In relazione agli ambiti delle proposte legislative, l'adottata schematizzazione in quattro punti si ispira a quella presente nella Comunicazione citata.

8 Cfr. il punto 3.1. intitolato "Governance dell'infrastruttura" della Comunicazione della Commissione europea sul "Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee" (COM(2013)25final).

9 Sull'indipendenza del gestore dell'infrastruttura dalle imprese di servizio e sulle soluzioni legislative adottate per ottenerla nell'ambito dei servizi di pubblica utilità si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 72-74.

10 Dal 2001 le direttive europee prevedono l'indipendenza funzionale del gestore della rete. Essa, però, non vale per tutte le funzioni svolte dal gestore, ma è limitata alle c.d. funzioni essenziali, riconducibili alle decisioni inerenti la ripartizione della capacità di rete e l'imposizione di canoni per l'utilizzo della rete, che devono pertanto essere esercitate da un gestore che non presti a sua volta servizi di trasporto ferroviario (cfr. art. 1, direttiva 2001/12/CE, che ha introdotto il paragrafo 3 all'art. 6 della direttiva 91/440/CEE); più specificamente, il gestore deve essere indipendente dalle imprese sotto il profilo giuridico, organizzativo e decisionale, pena l'assegnazione di tali funzioni ad un organismo incaricato *ad hoc* dotato di tali forme di indipendenza (cfr. artt. 4, par. 2 e 14, par. 2, direttiva 2001/14/CE). Tale principio è oggi ribadito dall'art. 7 della direttiva 2012/34/UE. In particolare: "gli Stati membri provvedono affinché le funzioni essenziali che determinano l'accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura, siano attribuite a enti o società che non svolgono a loro volta servizi di trasporto ferroviario" (par. 1); "se il gestore dell'infrastruttura non è indipendente da un'impresa ferroviaria sul piano giuridico, organizzativo o decisionale", le funzioni essenziali sono svolte da organismi appositamente incaricati e indipendenti dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo e decisionale (par. 2).

che caratterizzano la regolazione dei servizi di pubblica utilità¹¹, la sola separazione contabile¹² per le attività connesse alla prestazione di servizi di trasporto e quelle legate alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria, con conseguente divieto di sussidi incrociati; nonostante i discutibili profili di opportunità, gli Stati membri non sono invece obbligati a mettere in atto una separazione proprietaria. Dalla mancanza di un obbligo in tal senso deriva l'autonomia degli Stati membri di decidere se e in che misura realizzare la separazione fra gestore di rete e imprese di trasporto, autonomia decisionale che porta con sé due inevitabili conseguenze: parte degli Stati membri opta oggi per la sola separazione societaria¹³; non esiste in Europa un unico modello di gestione dell'infrastruttura ferroviaria. Sotto quest'ultimo profilo, diversamente, convivono due modelli di gestione fra loro contrapposti¹⁴: il primo è quello degli Stati membri (ad esempio il Regno Unito, la Spagna, il Portogallo, la Norvegia, la Svezia e la Danimarca) che realizzano una separazione radicale, con un'entità di gestione della rete, talora di proprietà statale, del tutto separata dalle imprese di trasporto; il secondo è, invece, quello degli Stati membri (quali l'Italia, la Germania, l'Austria, il Belgio, la Grecia, la Polonia e la Francia) che, meno radicalmente, si caratterizzano per un gestore dell'infrastruttura facente parte del medesimo gruppo societario dell'impresa ferroviaria principale con soggezione di entrambi al controllo della medesima *holding*, circostanza da cui sorge inevitabilmente un maggiore rischio di lesione dell'indipendenza funzionale¹⁵.

11 Per i diversi tipi di separazione nell'ambito dei servizi di pubblica utilità, H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Merc. conc. reg.*, n. 3/2001, pp. 470-471.

12 Essa è obbligatoria fin dal 1991 (cfr. art. 6, direttiva 91/440/CEE). Con la rifusione più volte menzionata, tale principio è rinvenibile all'art. 6, par. 1, direttiva 2012/34/UE: testualmente, "gli Stati membri provvedono affinché sia i conti profitti e perdite, sia i bilanci siano tenuti separati e siano pubblicati per le attività connesse alla prestazione di servizi di trasporto e per quelle connesse alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria. Il finanziamento pubblico concesso a uno di questi due settori di attività non può essere trasferito all'altro".

13 La problematica inerente la separazione organizzativa del gestore dell'infrastruttura rispetto alle imprese ferroviarie rappresenta una delle questioni maggiormente discusse nell'ambito del trasporto ferroviario e ciò, soprattutto, per le ricadute che essa può avere sull'indipendenza funzionale del gestore della rete (vedi nota 15). Sulla separazione organizzativa si legga il documento della Commissione europea dal titolo "ferrovie europee: le sfide che ci attendono", da cui emerge che sebbene le direttive europee non abbiano mai imposto una separazione proprietaria o istituzionale (ossia nessun rapporto proprietario), oltre la metà degli Stati membri ha comunque deciso di realizzarla. Gli altri Stati hanno optato invece per una separazione solo societaria (ma non appunto proprietaria), con la creazione di un gruppo societario e una *holding* capogruppo, che controlla il gestore dell'infrastruttura e la società di trasporto ferroviario principale.

14 Si veda sul sito dell'ART la relazione (sotto forma di *slides*) del Prof. Carlo Cambini, intervenuto il 18 settembre 2014 in occasione di un seminario di discussione svoltosi presso la sede dell'Autorità e dal titolo "Il quarto pacchetto ferroviario – The state of the art".

15 Sulla premessa delle note nn. 10 e 13, è opportuno rilevare che la Corte di Giustizia si è pronunciata, recentemente e in più occasioni, sulla questione inerente la compatibilità con l'indipendenza funzionale dei gestori di rete inseriti in *holding*. Come rileva M. DELSIGNORE, *L'attuazione della liberalizzazione del servizio ferroviario al vaglio della Corte di Giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell'Italia*, in *Osservatorio dell'AIC*, 2013, p. 5, nel commentare alcune decisioni della Corte (in particolare, le cause C-512/10 Commissione/Polonia; C-556/10 Commissione/Germania; C-555/10 Commissione/Austria), "la struttura *holding* garantisce indipendenza giuridica, posto che i soggetti del gruppo hanno ciascuno personalità giuridica distinta, ed indipendenza organizzativa, trattandosi di strutture diverse. Perplesità restano in ordine all'indipendenza sul piano decisionale" considerata la possibile influenza dominante svolta dalla capogruppo. Tuttavia, come evidenzia la stessa Autrice, "la Cor-

Tuttavia, la separazione costituisce condizione necessaria, ma di per sé non sufficiente ad assicurare una gestione indipendente e imparziale; un'amministrazione delle rete avente tali caratteri richiede, infatti, che il gestore debba applicare (in particolare, in materia di canoni di accesso alle infrastrutture, assegnazione della capacità di rete, requisiti per il rilascio di licenze) criteri economici e tecnici che siano predeterminati, trasparenti, chiari e tali da consentire una gestione ispirata all'oggettività, all'equità e alla non discriminazione verso le imprese ferroviarie¹⁶.

Dunque, se è vero che una regolazione tariffaria così delineata può contribuire a garantire l'indipendenza del gestore della rete dalle imprese ferroviarie e se è altrettanto vero che lo spazio unico ferroviario europeo è costituito da tanti gestori di rete indipendenti, allora il sistema dei pedaggi ricopre un ruolo, sì indiretto, ma centrale nel realizzare l'integrazione ferroviaria europea.

2. Il quadro normativo in materia di pedaggi: dalla direttiva 2012/34/UE alla delibera dell'ART n. 96/2015

La complessa disciplina giuridica in materia di canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria trova un primo riferimento normativo nella direttiva 2012/34/UE, che abroga la previgente disciplina contenuta nella direttiva 2001/14/CE e dedica la sezione II del capo IV alla disciplina dei "canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura e dei servizi" (artt. 29-37).

Tale direttiva è stata recepita dall'ordinamento giuridico italiano con il d.lgs. 15 luglio 2015, n. 112, abrogativo del d.lgs. 8 luglio 2003, n. 118, il cui capo IV disciplina specificamente i "canoni" (artt. 17-21)¹⁷.

Detto decreto legislativo, caratterizzato da un'assoluta vicinanza contenutistica e terminologica con la direttiva *Recast*¹⁸, rappresenta il principale sub-

te non nega tale profilo, ma in tutte le sentenze disattende la censura stante la mancanza di prove esaustive a riguardo". Anche il quarto pacchetto ferroviario, del resto, come illustrato efficacemente nel documento della Commissione europea dal titolo "ferrovie europee: le sfide che ci attendono", non vincola gli Stati alla separazione proprietaria. Esso, infatti, nella proposta di modifica della direttiva *Recast*, esprime sì un favor verso la separazione istituzionale, modalità più semplice per assicurare l'indipendenza funzionale (ad esempio, si propone – ma solo per il futuro – il divieto assoluto alla creazione di nuove strutture a integrazione verticale nella forma di *holding*), tuttavia prevede che la Commissione possa accettare, in relazione all'esistente, che l'indipendenza necessaria sia garantita da una struttura di *holding* integrata verticalmente, che rispetti rigorose condizioni – correttivi allo stato non ancora vigenti – a tutela dell'indipendenza del gestore dell'infrastruttura (c.d. muraglie cinesi) e la cui verifica spetta alla Commissione medesima.

16 Sul tema del *unbinding* e del *third party access*, si veda E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 36-40. L'Autore, nel mettere in evidenza che i servizi a rete sono caratterizzati dall'esigenza di garantire la possibilità di utilizzare le reti agli operatori diversi dalle imprese che ne detengono la proprietà e/o la gestione, afferma che "tale esigenza può essere astrattamente soddisfatta con due ordini di soluzioni, che sono tra loro combinabili: soluzioni di tipo strutturale [...] e soluzioni imperniate sulla regolazione della condotta dei gestori delle infrastrutture, ai quali viene imposto di rendere possibile l'utilizzo delle stesse da parte delle imprese terze a condizioni obiettive, trasparenti e non discriminatorie".

17 Si segnala che l'Italia ha in realtà recepito tale direttiva con qualche giorno di ritardo, circostanza che ha portato la Commissione europea ad avviare d'ufficio una procedura d'infrazione nei suoi confronti. Cfr. Procedura d'infrazione n. 2015/0303, del 20 luglio 2015, sulla mancata attuazione da parte dell'Italia della direttiva 2012/34/UE.

18 Per un confronto fra i due, si veda L. LORENZONI, *Il decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112 di Attuazione della direttiva 2012/34/UE del Parlamento e del Consiglio, del 21 novembre*

strato normativo alla base della delibera n. 96/2015 adottata dall'ART¹⁹, atto di regolazione fondamentale nella ricostruzione del sistema tariffario.

Quest'ultimo, se da una parte rende concretamente operativo quanto disposto dagli atti sopra citati²⁰, dall'altra presenta un contenuto fortemente creativo, conseguenza derivante: in via generale, dal ruolo non meramente attuativo ricoperto dalle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità nell'esercizio della loro attività regolatoria; più nel dettaglio, dal carattere spiccatamente tale che riveste la delibera in sé, atto che per la prima volta individua e chiarifica i principi di calcolo dei pedaggi.

Riguardo al profilo più generale, le autorità di regolazione rappresentano, fra le autorità amministrative indipendenti, quelle che più si allontanano dalle amministrazioni tradizionali. Se già l'attività di ogni autorità amministrativa indipendente non è mai mera attuazione di indirizzi governativi, l'azione delle autorità di regolazione si presenta ancora più libera e ciò in virtù del particolare rapporto che intercorre fra la legge e le autorità medesime. Per queste amministrazioni, l'esigenza di assicurare il perseguimento dei fini che la stessa legge predetermina richiede (quantomeno per l'esercizio dei poteri regolatori) l'attenuazione del principio di legalità, che va dunque interpretato in maniera più elastica. La legge istitutiva con alta indeterminatezza conferisce alle stesse diversi poteri, il cui oggetto e contenuto non vengono però esaurientemente specificati; la tecnicità del settore regolato richiede, infatti, che le stesse dispongano di ampi spazi di manovra e ciò in quanto una rigida predeterminazione legislativa impedirebbe la realizzazione delle finalità perseguite²¹.

2012, *che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico*, in *Riv. Regol. Merc.*, n. 2/2015, pp. 219-236.

19 Ciò in virtù dell'art. 37, comma 2, lett. b) e i), d.l. n. 201/2011, conv. in legge n. 214/2011, (come modificato dall'art. 36, d.l. n. 1/2012, conv. in legge n. 27/2012) attraverso cui il legislatore ha delineato un sistema di determinazione dei canoni che, come meglio si vedrà trattando del profilo soggettivo dei pedaggi, prevede che l'ART definisca mediante delibera i criteri che il gestore della rete ha l'obbligo di rispettare nella determinazione in concreto dei canoni che le imprese ferroviarie devono corrispondergli per poter esercitare il servizio.

20 Come emerge dal documento di presentazione alla stampa della delibera dell'ART n. 96/2015, p. 3, l'ART, con tale delibera, recepisce tutti i principi della direttiva *Recast* e, temporalmente, diviene il primo regolatore in Europa ad averlo fatto. Da questa circostanza temporale si può dedurre la tempestività dell'intervento dell'Autorità e da essa, a sua volta, la necessità di un intervento regolatorio celere e capace di rafforzare l'indipendenza del gestore della rete, sia dalle imprese di trasporto che dallo Stato concedente.

21 Cfr. Consil St., sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532. L'attenuazione del principio di legalità sostanziale richiama anche il dibattito relativo ai poteri regolatori impliciti, ovverosia l'utilizzo da parte delle autorità di regolazione di poteri para-normativi non previsti dalla loro legge istitutiva, ma nondimeno giustificati dall'esigenza di realizzare quegli obiettivi che le stesse devono perseguire. Il Consiglio di Stato si è pronunciato, sovente, in senso favorevole all'esercizio di tali poteri, in quanto, trattandosi di autorità preposte alla tutela di settori liberalizzati e, dunque, ancora "in divenire", la legge non è in grado di predeterminare esaurientemente i poteri di tali amministrazioni, di talché sembra inevitabile anche l'utilizzo di poteri regolatori non espressamente previsti dalla legge. Diversamente il giudice di secondo grado decide nel caso in cui le suddette amministrazioni facciano uso di poteri amministrativi non espressamente predeterminati; infatti, l'idoneità dei provvedimenti puntuali di incidere direttamente nella sfera giuridica altrui è alla base di un'interpretazione rigorosa del principio di legalità. Cfr. anche qui Consil St., Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532; Consil St., Sez. IV, 2 maggio 2012, n. 2521; Consil St., Sez. VI, 27 novembre 2006, n. 7972; Consil St., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521. In dottrina, si vedano: N. BASSI, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 163-167; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703 ss.

Ciò vale anche per l'Autorità di Regolazione dei Trasporti²². Tuttavia, in un sistema caratterizzato da una base legale che non perimetra rigorosamente il potere dell'Autorità, non può sottacersi il rischio che la stessa, nell'ambito della propria azione, possa andare oltre e ledere gli interessi dei soggetti regolati; circostanza da cui è derivata, recentemente, l'emanazione da parte del giudice amministrativo di un'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale, con riferimento ai poteri su cui si regge l'autonomia finanziaria dell'Autorità stessa²³.

Analogamente, e particolarmente rilevante ai fini della trattazione, anche il potere di stabilire i criteri necessari al calcolo delle tariffe appare sotto diversi profili indeterminato²⁴. Per evitare dunque di ledere eccessivamente le garanzie dei destinatari del potere, la mancanza di legalità sostanziale è colmata

22 Nel caso dell'ART, la legge istitutiva presenta infatti molteplici esempi di poteri non rigorosamente perimetrati. Per alcuni esempi, si cfr. L. TORCHIA, *L'Autorità dei Trasporti nel sistema delle Autorità Indipendenti*, in *Paper di Astrid*, 2013, pp. 33-35 (specialmente nelle parti in nota), la quale mette in evidenza che tale legge istitutiva non sia sempre chiara nel definire il "settore di regolazione coinvolto", l'"oggetto dell'intervento" e l'"intensità dell'intervento in relazione al settore e all'oggetto". In termini analoghi anche: G. MELE, *Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei Trasporti: prime considerazioni e verifiche*, in *Riv. it. Antitrust*, n. 2/2014, pp. 69-90; A. FRIGNANI, *L'Autorità dei Trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppi pochi poteri?*, in *Riv. it. Antitrust*, n. 2/2014, pp. 41-68. Ciò che accomuna gli articoli sopraccitati è che si tratta di dottrina di primo commento con analisi particolarmente attente al dato letterale delle disposizioni; appare allora molto rilevante che in ogni contributo venga sottolineata l'indeterminatezza normativa in relazione alle competenze e i poteri dell'Autorità.

23 Nella fattispecie diverse società esercenti attività connesse con il trasporto (logistica, distribuzione, magazzinaggio, ecc) ricorrevano al giudice amministrativo per annullare i diversi provvedimenti (e atti presupposti) con i quali l'ART aveva richiesto loro il versamento del contributo ex art. 37, comma 6, lett. b), d.l. n. 201/2011, conv. in legge n. 214/2011. Tale disposizione, infatti, nel prevedere un contributo proveniente dagli stessi soggetti regolati, non perimetra adeguatamente i destinatari della regolazione obbligati al versamento, posto che indica gli stessi con la generica espressione "gestori dell'infrastruttura e dei servizi regolati". Sulla base di tale indeterminatezza normativa, le imprese ricorrenti sostenevano di non essere tra i soggetti tenuti al versamento; parte di essi, come si è accennato, sollevava anche eccezione di incostituzionalità della norma stessa, con la conseguenza che il giudice *a quo*, dopo l'esame preliminare sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione, emetteva un'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale (TAR Piemonte, Torino, sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1746) per contrasto dell'art. 37, comma 6, lett. b), d.l. n. 201/2011, conv. in legge n. 214/2011, e successive modificazioni, con gli artt. 3, 23, 41, 97 della Costituzione. Si segnala infine che la perimetrazione dei soggetti tenuti al versamento del contributo è un problema che non riguarda soltanto l'ART, ma anche altre autorità di regolazione; si veda sul tema in generale M. RAMAJOLI, *Riforme (passate, presenti e future) delle autorità indipendenti*, in F. MASTRAGOSTINO-G. PIPERATA-C. TUBERTINI (a cura di), *L'amministrazione che cambia: fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bononia University Press, Bologna, 2016, pp. 65-84; con riferimento all'autonomia finanziaria dell'AGCOM, cfr. L. DI DONATO, *Il finanziamento delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *amministrazioneincammino*, 2015, pp. 1-15 (Nota a: Consil. St., Sez. IV, 17 febbraio 2015, n. 815).

24 F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 91-94, afferma che l'attenuazione del principio di legalità risulta inevitabile in materia tariffaria, in virtù dell'ancoraggio tecnico che la caratterizza. La stessa si riferisce, però, alla fattispecie propria dell'art. 2, comma 12, lett. e), legge n. 481/1995, in cui la legge, per la tecnicità della materia, non può prevedere tutto e si limita, perciò, a indicare i criteri attraverso cui le autorità di regolazione stabiliscono la tariffe base, i parametri e altri elementi di riferimento per determinare le tariffe. Un sistema in parte analogo è previsto dalla legge istitutiva dell'ART che, all'art. 37, comma 2, lett. b) e i), d.l. n. 201/2011, conv. in legge n. 214/2011, come modificato dall'art. 36, d.l. n. 1/2012, conv. in legge n. 27/2012, stabilisce i criteri generali che devono essere rispettati nel calcolo delle tariffe; tuttavia, differentemente dallo schema normativo di cui alla l. n. 481/95, all'Autorità di regolazione non spetta la quantificazione delle tariffe (neppure la base di calcolo), ma soltanto l'indicazione dei criteri necessari per la loro determinazione, con la conseguenza che, ai criteri (di massima) dettati dalla legge, si affiancano quelli (necessariamente più specifici) fissati dall'Autorità. Il tutto nel contesto di una legalità indebolita per una norma attributiva sostanzialmente in bianco che non determina sufficientemente l'oggetto e il contenuto del potere.

dalla legalità procedimentale, da cui derivano, fra le varie conseguenze, obblighi partecipativi²⁵. Proprio l'esigenza di partecipazione e di raccolta degli interessi in gioco (soprattutto delle imprese ferroviarie, del gestore della rete, degli operatori di impianto di servizio e delle regioni) ha infatti caratterizzato non solo la formazione dell'atto regolatorio in sé, ma anche tutto l'*iter* prodromico alla sua adozione, caratterizzato da una pluralità di delibere e momenti partecipativi²⁶.

In relazione infine alla delibera in sé, si cita sin da ora, come misura particolarmente innovativa, la misura 23 dell'allegato 1 alla delibera, che stabilisce, per la prima volta, i principi che devono governare il calcolo delle tariffe: in particolare, il pedaggio deve essere semplice, predeterminato, modulato in funzione degli obiettivi economici da trapiantare e, infine, correlato non solo ai costi di gestione della rete, ma anche alle condizioni di mercato. Come si vedrà nel quarto paragrafo, un pedaggio che rispetta tali principi è in grado anche di rafforzare l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura, sia dalle imprese di trasporto che dallo Stato concedente, il che è fondamentale nell'ambito di un settore caratterizzato da una liberalizzazione non del tutto realizzata²⁷ e le cui potenzialità, in termini di efficienza di gestione e sviluppo della rete, non sono ad oggi pienamente sfruttate.

25 Come espresso da 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. 201, "l'imprecisione del mandato legislativo [...] ha portato ad un'ulteriore valorizzazione del procedimento amministrativo, che dovrebbe controbilanciare la ridotta raffrontabilità tra normativa e attività amministrativa – e ciò – dato che esiste una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto più la crisi della legge determina una caduta del valore della legalità sostanziale, tanto più occorre potenziare la legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio".

26 Nel dettaglio, la delibera oggetto di trattazione è stata preceduta da tre delibere. Con la prima delibera adottata, la n. 70/2014 del 31 ottobre 2014, l'ART ha avviato uno specifico «*procedimento con consultazione pubblica finalizzato alla complessiva definizione dei criteri di determinazione del pedaggio per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria in modo che lo stesso sia, inter alia, correlato ai costi ed agli investimenti sostenuti al netto dei contributi pubblici*». Nell'ambito di tale complessa consultazione, poi, si sono distinti due ulteriori momenti. Nel primo, l'ART ha, con delibera n. 86/2014 del 18 dicembre 2014, avviato una c.d. "call for inputs", oltretutto richiesto informazioni, considerazioni ed osservazioni da parte dei soggetti interessati con riferimento alle principali tematiche concernenti la definizione dei criteri per la determinazione dei canoni di accesso (ad esempio, le metodologie di *pricing*, quelle di *costing*, criteri di efficientamento dei costi, la durata temporale del modello regolatorio). Nel secondo, con delibera n. 61/2015 del 31 luglio 2015, l'Autorità ha utilizzato il meccanismo del *notice and comment*, con la pubblicazione di una versione preliminare dell'atto contenente i criteri per la determinazione dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura e fissazione di un termine per la presentazione di osservazioni da parte degli interessati.

27 I termini utilizzati in dottrina sono diversi, ma l'idea sottostante è la medesima. Cfr. C. CATALDI, *La sentenza della Corte di Giustizia c-369/11 e la liberalizzazione "debole" del trasporto ferroviario*, in *Munus*, n. 2/2014, pp. 284-287, secondo cui vi sarebbe stata soltanto una liberalizzazione "debole". Altri autori, ad esempio E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 230, ritengono che la liberalizzazione sia stata "virtuale". Altri ancora parlano di una liberalizzazione soltanto "formale", in particolare M. BRIGNARDELLO, *Il settore ferroviario*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia, l'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 139. Infine, M. DELSIGNORE, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta (Nota a: CGUE, sez. I, 3 ottobre 2013, causa C-369/11)*, in *Riv. ita. dir. pubbl. com.*, n. 2/2014, pp. 437 ss., la quale fa riferimento ad una liberalizzazione "incompiuta".

3. Il profilo soggettivo: il ruolo dell'ART e del gestore della rete RFI spa nella determinazione dei pedaggi

La necessità di determinare i pedaggi ferroviari è conseguenza naturale del processo di liberalizzazione che ha interessato il trasporto ferroviario a partire dalla direttiva 91/440/CEE. Solo con la rottura dell'identità fra la gestione della rete e del servizio, infatti, è sorta la preoccupazione di assicurare al gestore dell'infrastruttura la corresponsione del pedaggio, inteso quale corrispettivo pagato dalle imprese ferroviarie al gestore stesso per poter esercitare il diritto a far circolare un proprio treno sulla rete ferroviaria nazionale.

Un primo problema è rappresentato dall'individuazione del soggetto competente a determinare i pedaggi²⁸.

Sotto tale profilo, si rileva che l'operazione di calcolo costituisce un'attività tecnicamente complessa e luogo di contrapposizione di interessi: quello delle imprese ferroviarie a che il pedaggio sia fissato in maniera predeterminata, trasparente, chiara, equa, non discriminatoria, oltre che a condizioni economicamente sostenibili; quello del gestore della rete a che la tariffa sia di importo tale da realizzare l'equilibrio economico-finanziario. Tutto ciò richiede valutazioni che devono essere efficacemente svolte da un soggetto tecnicamente competente e dotato di terzietà e indipendenza sia rispetto alle imprese di trasporto che al gestore dell'infrastruttura; su tale base sembrerebbe l'Autorità di regolazione del settore il soggetto più idoneo a determinare le tariffe. Tuttavia non è così. Nell'ambito del trasporto ferroviario, infatti, la necessità di conoscere le caratteristiche dell'infrastruttura ferroviaria più da vicino, e cioè senza asimmetrie informative, prevale su ogni altra esigenza, con la conseguenza che è il gestore dell'infrastruttura a determinare il canone nell'ottica di una gestione ottimale ed efficiente della rete.

L'art. 29, par. 1, direttiva 2012/34/UE, infatti, in ossequio a quanto affermato anche dalle direttive del 2001²⁹, dispone che *“gli Stati membri istituiscono un quadro per l'imposizione dei canoni – nella quale – il gestore dell'infrastruttura – e non dunque l'organismo di regolazione – determina i canoni dovuti per l'utilizzo dell'infrastruttura e procede alla loro riscossione in conformità del quadro stabilito per l'imposizione dei canoni e le relative norme”*. Nell'*incipit* della norma appena citata si legge anche che *“gli Stati membri istituiscono un quadro per l'imposizione dei canoni rispettando l'indipendenza di gestione”* dell'amministratore dell'infrastruttura. Emerge, allora, un'ulteriore e fondamentale condizione: il gestore della rete deve fissare e riscuotere i canoni, ma ciò deve avvenire nell'ambito di un quadro tariffario che rispetti la sua indipendenza gestionale³⁰ rispetto allo Stato concedente. Ultimo tassello deli-

28 Per alcune considerazioni sul tema, M. BRIGNARDELLO, *Il settore ferroviario*, cit., pp. 146-148.

29 Cfr. art. 4, par. 2, direttiva 91/440/UE, come modificata dall'art. 1 della direttiva 2001/12/CE, nonché l'art. 4, par. 1, direttiva 2001/14/CE.

30 L'indipendenza gestionale, già prevista dalla direttiva del 1991 per le imprese ferroviarie (cfr. art. 4, direttiva 91/440/CEE), è applicabile anche al gestore della rete in seguito all'emanazione delle direttive del 2001 (cfr. di nuovo l'art. 4, par. 2, direttiva 91/440/UE, come modificata dall'art. 1 della direttiva 2001/12/CE, nonché l'art. 4, par. 1, direttiva 2001/14/CE). La direttiva 2012/34/UE, nel riprendere pedissequamente quanto già espresso dalle direttive appena menzionate, ribadisce tale principio e ne prevede una fondamentale applicazione proprio in materia di canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria. Precisamente il principio si riviene all'art. 4, par. 2 della direttiva citata, che afferma che *“nel rispetto delle regole quadro e specifiche in materia di canoni e di assegnazione stabilite dagli Stati membri, il gestore dell'infra-*

neato dalla direttiva *Recast* è la presenza di un organismo di regolazione, autorità dotata di alti profili di indipendenza (art. 55), che garantisce che i canoni fissati dal gestore dell'infrastruttura rispettino la direttiva medesima e non siano discriminatori (art. 56, par. 6).

Tale quadro normativo, seppur chiaro nell'allocazione delle competenze, non conferisce concreti contenuti al principio di indipendenza gestionale nella materia tariffaria, che allora prende forma, in relazione a ciascun caso concreto, tramite la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In riferimento alla disciplina nazionale, per esempio, la Corte si è pronunciata con sentenza del 3 ottobre 2013 (causa C-369/2011 Commissione/Italia), dove ha affermato che vi è indipendenza gestionale in materia tariffaria solo in presenza di un gestore dell'infrastruttura che può disporre, nella determinazione dei canoni, di un margine di discrezionalità, più propriamente definita dal Giudice europeo flessibilità tariffaria; al contrario, un gestore di rete vincolato a formule fisse di calcolo precedentemente definite dallo Stato non risulta sufficientemente indipendente sotto il profilo gestionale e ciò per il rischio, di fatto, di legare il calcolo della tariffa a valutazioni politiche, spesso di breve periodo, diverse dall'impiego ottimale ed efficiente della rete.

Tale vicenda giudiziaria offre anche la possibilità di analizzare la precedente normativa interna in materia di pedaggi.

In particolare, l'art. 17 del d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188, oggetto di censura, prevedeva che, sulla base di specifici adempimenti procedurali, il Governo stabilisse l'equazione matematica attraverso cui il gestore della rete potesse calcolare concretamente l'ammontare del pedaggio.

Testualmente: *“con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisita una motivata relazione da parte del gestore dell'infrastruttura ferroviaria, previo parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica e d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano limitatamente ai servizi di loro competenza, è stabilito il canone dovuto per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale”* (comma 1) e pertanto *“il gestore dell'infrastruttura ferroviaria, sulla base di quanto disposto al comma 1, calcola il canone dovuto [...] dalle imprese ferroviarie per l'utilizzo dell'infrastruttura e procede alla riscossione dello stesso”* (comma 2).

Secondo il Giudice europeo, la normativa *de qua* non garantiva l'indipendenza gestionale nelle modalità previste dalle direttive europee (in particolare quelle del 2001); infatti, il principio generale stabilito dalla Corte è che, in Europa, ogni gestore di rete possa *“far uso del sistema di imposizione dei diritti di utilizzo in quanto strumento di gestione – cosicché tutti i gestori possano – ottimizzare l'utilizzo della loro infrastruttura nell'ambito stabilito dagli Stati membri. Orbene, detti gestori non potrebbero giungere ad una tale ottimizzazione mediante il sistema di imposizione dei diritti di utilizzo se il loro ruolo dovesse limitarsi – come appunto era previsto dalla normativa italiana – a calcolare l'importo del diritto in ciascun caso concreto, applicando una formula fissata in precedenza mediante decreto ministeriale. Detti gestori devono dunque disporre di un certo grado di flessibilità nella fissazione dell'importo dei diritti”*³¹.

struttura è responsabile della propria gestione, della propria amministrazione e del proprio controllo interno”; in relazione alla sua applicazione, come visto, l'art. 29, par. 1, riconosce il potere di determinare i pedaggi in capo al gestore della rete, ma, allo stesso tempo, gli assegna tale compito nell'ambito di un sistema che faccia salva l'indipendenza gestionale dello stesso.

31 Cfr. punto 43, in cui la Corte di Giustizia richiama quanto già espresso in un caso analo-

Si segnala, peraltro, che in attesa della sopra esposta pronuncia, il Governo aveva modificato il comma 1 della norma nazionale oggetto di censura, mediante l'art. 24, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto del fare), conv. in legge 9 agosto 2013, n. 98, in questo modo: *“con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisita una motivata relazione da parte del gestore dell'infrastruttura ferroviaria, previo parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica e sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano limitatamente ai servizi di loro competenza, è approvata la proposta del gestore per l'individuazione del canone dovuto per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale”*. È facile intuire che la mera sostituzione dell'espressione *“è stabilito il canone dovuto”* con *“è approvata la proposta del gestore per l'individuazione del canone dovuto”* non era certamente idonea a garantire l'indipendenza gestionale, come configurata dalla Corte di Giustizia, e ciò per la permanenza di un potere ministeriale sostanzialmente decisorio³².

Con l'abrogazione del d.lgs. n. 188/2003, la norma di riferimento è oggi rappresentata dall'art. 17, d.lgs. n. 112/2015, che stabilisce che *“fermo restando il generale potere di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze [...], l'Autorità di regolazione dei trasporti [...] definisce, fatta salva l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura [...], i criteri per la determinazione del canone per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria da parte del gestore dell'infrastruttura”* (comma 1) e che *“il gestore dell'infrastruttura ferroviaria, sulla base di quanto disposto al comma 1, determina il canone dovuto dalle imprese ferroviarie per l'utilizzo dell'infrastruttura e procede alla riscossione dello stesso”* (comma 2). Ai sensi dell'art. 37, comma 6, la vigilanza sul rispetto dei criteri da parte del gestore dell'infrastruttura spetta all'ART.

Come si può notare da un'analisi puntuale della normativa, essa si pone innanzitutto in piena conformità al quadro europeo, normativo e giurisprudenziale.

Da una parte, infatti, essa recepisce l'art. 29, par. 1, direttiva 2012/34/UE e conferisce al gestore della rete il ruolo di determinare e riscuotere i canoni nell'ambito di un quadro tariffario che rispetti la sua indipendenza gestionale. Dall'altra, essa assicura al gestore dell'infrastruttura la flessibilità tariffaria richiesta dalla Corte di Giustizia; come si può notare da un rapido confronto fra la disciplina precedente e quella vigente, infatti, il ruolo ministeriale si affievolisce e, da decisorio, diviene di mero indirizzo.

Inoltre, tale disciplina si pone in continuità anche con le altre normative interne che disciplinano le competenze dei soggetti in gioco.

go riguardante la Spagna (cfr. punto 44, causa C-483/10 Commissione/Spagna). In quest'ultima sentenza, peraltro, la Corte richiama anche lo sviluppo dell'infrastruttura, quale effetto positivo della flessibilità tariffaria ulteriore all'impiego ottimale ed efficiente della rete: in particolare, *“è opportuno che i sistemi di imposizione dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura forniscano incentivi per i gestori ad effettuare investimenti redditizi. I gestori non sarebbero incentivati a investire nell'infrastruttura se non disponessero di un certo grado di flessibilità nel quadro del sistema di imposizione dei diritti di utilizzo”* (punto 45).

³² In questo senso, la dottrina in modo pressoché unanime. Si veda, L. DI GIROLAMO, *La condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nei confronti dell'Italia in punto all'attività di determinazione dei diritti di accesso all'infrastruttura ferroviaria: il nuovo riparto di competenze tra soggetti regolatori e il ruolo della Autorità di regolazione dei trasporti* (Nota a: CGUE, sez. I, 3 ottobre 2013, causa 369/11), in *Riv. dir. nav.*, 2014, p. 393; C. CATALDI, *La sentenza della Corte di Giustizia c-369/11 e la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario*, cit., p. 282.

In particolare, essa conferma il medesimo “sistema di poteri” delineato dalla legge istitutiva dell’ART (art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in legge 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato dall’art. 36, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27); all’Autorità di regolazione la fissazione dei criteri e la verifica del loro rispetto, al gestore della rete la determinazione concreta dei canoni.

Precisamente, l’art. 37, comma 2, lett. b) e c), d.l. n. 201/2011, conv. in legge n. 214/2011 afferma, in via generale, che l’ART provvede a “definire [...] i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi [...]” e “verificare la corretta applicazione – di tali criteri – da parte dei soggetti interessati”; tale compito di carattere generale viene meglio specificato dalla lettera i) del medesimo articolo, che dispone che l’ART provvede “con particolare riferimento all’accesso all’infrastruttura ferroviaria [...] a definire i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell’infrastruttura [...] e a vigilare sulla loro corretta applicazione da parte del gestore dell’infrastruttura”³³.

Da tale complesso normativo si deduce che la funzione regolatoria demandata all’ART è solo indiretta³⁴, non consistente, cioè, nella determinazione immediata del pedaggio, bensì nella sola fissazione dei criteri che RFI spa deve rispettare nella fissazione dello stesso; il ruolo del gestore, invece, come si evince sempre da tali disposizioni, è quello di determinare l’importo concreto del canone. Come già rilevato, l’art. 17 del d.lgs. n. 112/2015, delinea un sistema di poteri che ricalca perfettamente quello contenuto nella legge istitutiva dell’ART.

Tuttavia, da una simile distribuzione delle competenze potrebbe profilarsi il rischio di negare ogni spazio di flessibilità tariffaria a RFI spa, qualora dal potere regolatorio demandato all’ART derivasse la previsione di criteri così dettagliati da impedire una determinazione discrezionale dei pedaggi³⁵.

Certamente la scelta del legislatore potrebbe rappresentare un modo per colmare il *vulnus* di indipendenza funzionale del gestore dell’infrastruttura nel sistema ferroviario italiano; un’azione di guida svolta *ex ante* dall’Autorità di regolazione potrebbe, infatti, ridimensionare fortemente il rischio che l’amministratore della rete possa favorire l’impresa principale a discapito delle altre nella determinazione del canone.

D’altra parte, però, consentire un intervento così penetrante dell’Autorità di regolazione equivale all’accettazione del rischio di mancanza di flessibilità tariffaria, che, come ha affermato la Corte di Giustizia, è essenziale per un impiego ottimale ed efficiente dell’infrastruttura e lo sviluppo stesso della rete.

33 Può qui riscontrarsi che la legge istitutiva dell’ART è caratterizzata da una mancanza di organicità nell’elenco dei compiti ad essa spettanti, posto che affianca compiti di carattere generale (valevoli per ogni modalità di trasporto) con altri di carattere speciale (riferiti specificamente alle singole modalità), circostanza appunto riscontrabile anche in materia di determinazione dei pedaggi.

34 L. TORCHIA, *L’Autorità dei Trasporti nel sistema delle Autorità Indipendenti*, cit., pp. 20-21, secondo cui “è importante qui rilevare che, contrariamente ad esempio all’Aeeg, la nuova Autorità ha molti compiti regolatori “indiretti” – e pertanto con specifico riferimento al ruolo tariffario, essa non determina direttamente le tariffe, bensì – fornisce linee guida e, dopo, controlla che siano state applicate”.

35 L. DI GIROLAMO, *La condanna della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nei confronti dell’Italia in punto all’attività di determinazione dei diritti di accesso all’infrastruttura ferroviaria: il nuovo riparto di competenze tra soggetti regolatori e il ruolo della Autorità di regolazione dei trasporti*, cit., p. 400.

In questo contesto, si inserisce la delibera n. 96/2015 dell'ART, atto regolatorio che intende conciliare le sopra esposte esigenze contrapposte. Essa, infatti, come si vedrà, riconosce sì al gestore dell'infrastruttura ampi spazi di flessibilità nel calcolo delle tariffe, ma, al contempo, detta anche misure volte a rafforzare l'indipendenza dello stesso dagli operatori economici del mercato.

4. Il profilo oggettivo: le caratteristiche del sistema tariffario alla luce della delibera dell'ART n. 96/2015

Per descrivere le caratteristiche del vigente sistema tariffario, occorre analizzare la delibera dell'ART n. 96/2015, il cui articolo 1 rimanda all'allegato 1 al fine di definire le misure di regolazione.

Come emerge dalla misura 1, che stabilisce l'oggetto della regolazione³⁶, la delibera definisce i criteri necessari per la determinazione, da parte del gestore della rete, del canone pagato dalle imprese ferroviarie per usufruire dei servizi del c.d. Pacchetto Minimo di Accesso (PMdA)³⁷. Tale pacchetto comprende, ad esempio, l'assegnazione della capacità di infrastruttura e delle tracce orarie, l'utilizzo (tramite la capacità assegnata) dei binari e delle strutture di collegamento alle stazioni, la regolazione della circolazione dei treni e il segnalamento ed instradamento dei convogli. Le imprese ferroviarie, per ottenere tali prestazioni dal gestore della rete e cioè, di fatto, per esercitare il diritto di far circolare un proprio treno sulla rete ferroviaria nazionale, devono corrispondere il pedaggio a RFI spa. Tali canoni non vengono stabiliti una volta per tutte, ma si inseriscono in periodi tariffari di durata definita; in particolare, essi devono essere rideterminati ogni 5 anni tenendo conto della specifica situazione di mercato³⁸.

Definiti l'oggetto e i tempi della regolazione, si vuole dare atto di 2 aspetti della delibera:

- a) la logica che caratterizza la determinazione dei canoni del PMdA;
- b) i principi che governano il calcolo della tariffa.

³⁶ Per fini di completezza, oltre a fissare i criteri per determinare i canoni di accesso e utilizzo della rete ferroviaria, la delibera dell'ART stabilisce anche altri criteri: quelli necessari a ciascun operatore di impianto di servizio per calcolare l'ammontare dei corrispettivi loro dovuti per i servizi afferenti all'infrastruttura ferroviaria nazionale non ricompresi nel PMdA. Questi ultimi, indicati dalla misura 36, in ossequio ai commi 2, 9 e 11 dell'art. 13, d.lgs. n. 112/2015, sono fra loro molto eterogenei (servizi ad accesso garantito come l'utilizzo degli spazi di stazione relativi ai servizi di biglietteria e all'assistenza clienti; servizi complementari come la fornitura della corrente di trazione, il preriscaldamento e la climatizzazione dei treni passeggeri, il servizio di rifornimento idrico dei treni; servizi ausiliari come l'accesso alla rete di telecomunicazioni). Per ottenere suddette prestazioni l'impresa ferroviaria è tenuta a versare un corrispettivo al rispettivo operatore di impianto. In relazione alla determinazione del corrispettivo, si ritiene sufficiente segnalare che il sistema ivi delineato (misure 35-48) presenta moltissime analogie con quello previsto per i canoni (ad esempio, l'ancoraggio ai costi e gli obblighi di contabilità regolatoria e di separazione contabile).

³⁷ Per l'elenco dei servizi ricompresi nel PMdA si rimanda all'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 112/2015, che costituisce a sua volta norma di recepimento dell'art. 13 della direttiva *Recast*, la quale rinvia al proprio allegato II per la concreta individuazione.

³⁸ Le misure 3, 4 e 58, con una specificità sempre crescente, prevedono un sistema tariffario quinquennale. Si segnala, tuttavia, che il primo periodo tariffario, eccezionalmente, avrà durata sessennale (2016-2021) e le nuove tariffe, formalmente in vigore dal 1° gennaio 2016, entreranno, dopo un periodo di applicazione di tariffe provvisorie, definitivamente a regime il 10 giugno 2017.

a) La logica di determinazione dei canoni per il PMdA, desumibile genericamente dalla misura 2 e più analiticamente dalla misura 4 alla 34, prevede il seguente *iter*: individuazione dei servizi ricompresi nel PMdA; perimetrazione e calcolo dei costi operativi pertinenti, cioè direttamente connessi all'erogazione del PMdA; definizione di obiettivi di efficientamento sui costi operativi pertinenti; determinazione del pedaggio sulla base dei costi operativi, pertinenti ed efficientati³⁹.

Dalla lettura di tali fasi, il principio che governa la determinazione del pedaggio è rappresentato dall'ancoraggio dello stesso ai costi sostenuti per l'erogazione dei servizi del PMdA, così da consentire al gestore il pieno recupero dei costi e la conseguente realizzazione dell'equilibrio economico-finanziario al netto dei contributi pubblici.

Tuttavia occorre una precisazione: i canoni assicurano che i servizi del PMdA non siano fonte di disequilibrio economico-finanziario per il gestore della rete, non a prescindere, ma a condizione che quest'ultimo agisca in maniera efficiente; gli stessi, infatti, non possono essere utilizzati impropriamente per coprire costi inefficienti o non pertinenti. Tutto ciò incentiva l'amministratore della rete, la cui capacità imprenditoriale ne esce valorizzata, a massimizzare il proprio risultato in relazione ai costi, cioè ad agire in maniera efficiente⁴⁰.

b) In relazione ai principi cui il gestore dell'infrastruttura deve rifarsi al fine di determinare i canoni per il PMdA, la misura 23 indica: la semplicità, la predeterminazione, la modulazione del pedaggio in funzione degli obiettivi economici da raggiungere, la correlazione ai costi e alle condizioni di mercato.

Il rispetto dei principi di semplicità e di predeterminazione contribuisce, in primo luogo, a rafforzare l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura dalle imprese di trasporto.

39 Nel dettaglio, il pedaggio, che è la risultante di 4 componenti, non copre soltanto i costi operativi, pertinenti al PMdA ed efficientati, ma anche gli eventuali costi relativi alle esternalità (misura 22). Tramite le suddette componenti, il calcolo del pedaggio viene influenzato da tantissime variabili, fra cui rientrano, ad esempio, il segmento di mercato considerato, la tipologia di rete e la fascia oraria del servizio, elementi che, peraltro, vengono opportunamente ridefiniti dalla delibera (misure da 24 a 26).

40 Per comprendere la portata di tale logica, si possono descrivere gli effetti diretti e indiretti legati ad una gestione efficiente della rete. Innanzitutto, vi è efficienza di un servizio in presenza di una riduzione dei costi, a parità di condizioni qualitative rese, o, in alternativa, di un miglioramento della qualità del servizio, a parità di costi sostenuti; ma dai costi, come visto, deriva la tariffa, cosicché può affermarsi che dall'efficienza può derivare, direttamente, a seconda dei casi, una riduzione della tariffa o un miglioramento della qualità dei servizi del PMdA resi alle imprese ferroviarie. In relazione invece agli effetti indiretti legati all'efficienza, si distingue fra effetti sull'utenza ed effetti sul trasporto ferroviario stesso. Per quanto riguarda i primi, in caso di riduzione della tariffa pagata dalle imprese ferroviarie potrebbe ridursi il prezzo del biglietto per gli utenti, ancorato infatti all'ammontare del pedaggio; in alternativa, nel caso di miglioramento della qualità dei servizi del PMdA resi dal gestore della rete alle imprese di trasporto, potrebbe conseguire il miglioramento del servizio erogato dalle imprese ferroviarie all'utenza stessa. Per quanto concerne i secondi, l'efficienza è in grado di porre le premesse per lo sviluppo dell'infrastruttura ferroviaria (ad esempio, mediante nuovi progetti di investimento sulla rete), per l'allargamento della competizione (un sistema che funziona incentiva infatti nuovi operatori privati ad entrare sul mercato), per la riduzione dell'impatto ambientale del complessivo sistema dei trasporti (considerato che il trasporto ferroviario ha un basso impatto ambientale rispetto ad altri sistemi di trasporto), nonché per il ridimensionamento dei contributi pubblici necessari per gestire la rete ferroviaria (un'attività efficiente permette infatti di coprire i costi con gli introiti derivanti dai soli pedaggi, circostanza che permetterebbe di ridurre al minimo i finanziamenti pubblici). Utile sul tema l'ascolto della conferenza stampa del 18 novembre 2015, caricata su *youtube* nella pagina "Comunicazione ART", in cui l'Autorità di Regolazione dei Trasporti illustra le principali misure della delibera adottata.

La debole indipendenza del gestore della rete dalle imprese ferroviarie, cui si è fatto cenno più in generale e in un'ottica sovranazionale nel primo paragrafo, contraddistingue infatti anche il sistema ferroviario italiano. In particolare, RFI spa, gestore della rete ferroviaria nazionale, rischia di operare in modo non equidistante da tutte le imprese di trasporto e di essere più sensibile agli interessi di Trenitalia spa, *leader* nel trasporto ferroviario, posto che entrambe le società sono interamente partecipate e controllate da Ferrovie dello Stato Italiane spa (FSI spa), *holding* del gruppo FSI. Ciò rischia verosimilmente di tradursi in una gestione della rete non imparziale, con trattamenti tariffari non oggettivi ed equi, bensì discriminatori nei confronti degli operatori economici che, in concorrenza, competono nel mercato libero con Trenitalia spa⁴¹.

La semplicità e la predeterminazione del pedaggio rafforzano, come detto, i profili di indipendenza funzionale. Da un verso, infatti, la semplicità, principio secondo cui ad ogni singola componente di cui è costituito il pedaggio deve essere associata una (sotto)tariffa, rende il calcolo il più chiaro e lineare possibile; dall'altro, la predeterminazione, principio che garantisce alle imprese ferroviarie la possibilità di predeterminare la tariffa relativa alla traccia di ciascun proprio treno, accresce i profili di trasparenza e prevedibilità nella determinazione stessa del pedaggio. Congiuntamente, se rispettati, essi dotano il quadro tariffario di predeterminazione, trasparenza, semplicità, oggettività, equità e assenza di discriminazioni, connotati che risultano essenziali per realizzare l'indipendenza funzionale del gestore della rete, a beneficio di una sana competizione fra le imprese di trasporto⁴².

Per quanto riguarda invece i principi di modulazione e di correlazione ai costi e alle condizioni di mercato, essi accrescono l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura dallo Stato concedente.

Secondo il principio di modulazione, il gestore dell'infrastruttura deve disporre di un'ampia gamma di strumenti di modulazione, così da ottimizzare le tariffe in funzione degli obiettivi economici da traguardare. Il principio di correlazione ai costi e alle condizioni di mercato è una logica conseguenza del principio precedente. Sulla base di esso, infatti, mentre alcune componenti del pedaggio mirano a coprire soltanto i costi sostenuti, altre possono essere costruite in base a logiche commerciali; in altre parole, si delinea una tariffa non parametrata soltanto ai costi sostenuti per l'erogazione dei servizi del PMdA, ma calcolata in relazione ad ulteriori finalità economiche che il gestore della rete, quale imprenditore, intende perseguire.

Come si può intuire, l'osservanza di entrambi i suddetti principi consente il

41 Tale rischio è suffragato dai molteplici casi in cui si è pronunciata l'AGCM, fattispecie aventi ad oggetto non specificamente la materia tariffaria, ma più in generale la mancata indipendenza di RFI spa dalle imprese di trasporto (cfr. ad esempio i casi: *Rail Traction Company/RFI*; *NTV/RFI* – accesso al nodo di Napoli; *Arenaways* – ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario). Quello più emblematico e su cui la dottrina si è soffermata maggiormente è proprio il caso *Arenaways*; per una lettura più approfondita, si veda A. BOITANI-F. RAMELLA, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *Merc. conc. reg.*, n. 1/2012, pp. 97-116; o D. MARESCA-L. CEFFALO, *Il riparto di competenze in materia ferroviaria tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità di Regolazione dei Trasporti alla luce della sentenza Arenaways del T.A.R. Lazio*, in *Riv. Regol. Merc.*, n. 2/2014, pp. 260-270.

42 Sebbene non riguardino direttamente il calcolo del pedaggio, la delibera detta ulteriori misure volte a rafforzare l'indipendenza del gestore dei binari dalle imprese di trasporto. Fra queste, le misure dalla 49 alla 52, che dettano obblighi rafforzati di contabilità regolatoria e separazione contabile in capo al gestore della rete. Tutto ciò, al fine di aumentare la trasparenza contabile dell'attività gestoria, evitare un uso distorto dei finanziamenti pubblici concessi e, conseguentemente, rafforzare l'indipendenza dell'amministratore della rete dalle imprese ferroviarie.

libero dispiegarsi degli strumenti di flessibilità tariffaria previsti dalla delibera⁴³. Questi ultimi, in un sistema di allocazione delle competenze tale da lasciare spazi di discrezionalità in capo al determinatore del pedaggio, rendono effettiva l'indipendenza del gestore della rete dallo Stato concedente.

5. Conclusioni. La delibera dell'ART n. 96/2015 nel contesto politico di privatizzazione delle Ferrovie dello Stato Italiane spa

La delibera dell'ART, lungi dall'essere completamente avulsa dal processo di privatizzazione che sta interessando il gruppo FSI, ne condivide i fini e ne facilita la realizzazione.

Tale gruppo, come visto, ha a capo la *holding* FSI spa, le cui azioni appartengono interamente allo Stato per il tramite del suo socio unico, il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF).

Nell'ambito del programma di Governo sulle privatizzazioni delle società dello Stato, in data 16 maggio 2016, il Consiglio dei Ministri, su proposta del MEF, ha approvato il d.P.C.M. avente ad oggetto la "*definizione dei criteri di privatizzazione e delle modalità di dismissione della partecipazione detenuta dal Ministero dell'economia e delle finanze nel capitale di Ferrovie dello Stato Italiane spa*".

Il decreto prevede la privatizzazione parziale della *holding* FSI spa. Essa, infatti, deve consistere nell'alienazione delle azioni detenute dal MEF, con il mantenimento, però, di una partecipazione dello Stato al capitale della stessa società non inferiore al 60 per cento; conseguentemente, la quota massima di partecipazione da alienare non potrà superare il 40 per cento del capitale. Inoltre, viene fatta salva l'assegnazione dell'infrastruttura della rete ferroviaria, che continuerà ad essere pubblica e gestita probabilmente da RFI spa.

Il decreto sulla privatizzazione e la delibera commentata condividono, innanzitutto, le medesime intenzioni⁴⁴.

La prima finalità della privatizzazione è ottenere dalla quotazione risorse finanziarie da destinare alla riduzione del debito pubblico, aspetto di rilievo nell'ambito dell'attuale crisi economico-finanziaria. La delibera dell'ART, su

⁴³ La delibera delinea un modello di determinazione ordinaria della tariffa che conferisce alla stessa ampia flessibilità. Tuttavia, si segnala che, ai sensi della misura 34, in deroga alla modalità ordinaria di determinazione di calcolo, il gestore della rete ha la possibilità di prevedere un vero e proprio regime tariffario di favore, limitato nel tempo e previo parere favorevole dell'ART, per le imprese ferroviarie che decidono di fornire i loro servizi utilizzando linee notevolmente sottoutilizzate. Per il gestore dell'infrastruttura, infatti, oltre all'efficienza operativa, è importante anche aumentare le vendite e quindi valorizzare la rete. In relazione all'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, del resto, sono presenti evidenti margini di miglioramento; esistono, infatti, accanto a punti della rete di forte sfruttamento (sebbene nessun punto della rete è stato ad oggi dichiarato saturo), altri altamente sottoutilizzati. Allo stesso tempo, anche quando si determina il pedaggio con le modalità ordinarie, tale flessibilità non è assoluta. La misura 31, infatti, stabilisce dei tetti di sostenibilità del mercato per il primo periodo tariffario (2016-2021) e limitatamente ad alcuni segmenti di mercato. Da tale misura deriva, ad esempio, che la tariffa per il servizio passeggeri regionale non potrà essere più elevata, nel primo periodo tariffario, a quella applicata allo stesso settore nell'anno 2015. Tutto ciò, al fine di evitare che il gestore utilizzi la sua discrezionalità oltre i limiti applicando pedaggi non sostenibili per quello specifico segmento di mercato.

⁴⁴ Le finalità della privatizzazione sono ricavabili dalla premessa dello schema governativo sulla privatizzazione, nonché dalle comunicazioni del MEF e del MIT in materia.

questo verso, “combatte” il debito pubblico, non mediante nuovi introiti, bensì cercando di ridurre i finanziamenti statali necessari per amministrare ed erogare i servizi di rete. Le entrate dei gestori di rete ferroviaria, volte a coprire i costi sostenuti dagli stessi, sono costituite, infatti, principalmente, dai pedaggi e dai contributi pubblici. Se i pedaggi sono calcolati in modo tale da coprire tutti i costi di un amministratore efficiente della rete, la gestione delle ferrovie richiede minori risorse pubbliche.

La seconda finalità della privatizzazione è aprire il capitale di FSI spa a nuovi operatori economici, con l'idea che la privatizzazione dovrebbe, sulla base dei risultati positivi derivanti da altre esperienze di privatizzazione (ad esempio, nel settore delle poste), costituire l'occasione per aumentare l'efficienza operativa della società, con conseguente valorizzazione della stessa e, più in generale, del gruppo FSI. Parallelamente, la delibera dell'Autorità di regolazione incentiva il gestore della rete ad agire in modo efficiente e conferisce allo stesso gli strumenti tariffari per farlo. Pertanto, sia il decreto sulla privatizzazione che l'atto regolatorio mirano a realizzare efficienza, il primo in capo a FSI spa, il secondo in capo a RFI spa, cioè, ad ogni modo, in seno al gruppo FSI stesso.

La terza e ultima finalità condivisa è garantire l'indipendenza del gestore della rete dalle imprese di trasporto. Sotto tale profilo, il Governo intende in primo luogo mantenere la proprietà dei binari in capo allo Stato così da evitare che, a seguito della privatizzazione, possano esservi scelte gestionali discriminatorie. Secondariamente, per assicurare che il gestore dell'infrastruttura, nell'esercizio delle funzioni essenziali, garantisca a tutti gli operatori l'accesso equo e non discriminatorio alla rete, si è suggerita in sede ministeriale l'idea di uno scorporo di RFI spa dal gruppo FSI in via preliminare alla dismissione delle quote, così da realizzare una vera e propria separazione proprietaria, non imposta dall'Unione Europea, ma individuata come modalità più semplice per assicurare l'indipendenza funzionale. Quest'ultima, come evidenziato più volte nel corso della trattazione, è perseguita anche da diverse misure dell'atto regolatorio dell'ART.

Oltre a condividerne i fini, la delibera *de qua* si inserisce nel contesto politico di privatizzazione facilitandone il decorso.

In primo luogo, infatti, tale delibera offre al mercato ferroviario un assetto regolatorio che assicura agli operatori economici pedaggi dall'importo predeterminato e non discriminatorio. La certezza delle regole del gioco è essenziale per l'attrattività del mercato, dunque per facilitare l'ingresso di nuovi investitori e rendere più agevole la dismissione delle azioni.

Secondariamente, tale atto mira a costruire, mediante spazi di flessibilità tariffaria riconosciuti al gestore della rete, pedaggi orientati all'efficienza, così da valorizzare e rendere più “appetibili” il gruppo FSI e le società che ne fanno parte, fra cui la società capogruppo oggetto di privatizzazione. La valorizzazione della *holding* è del resto indispensabile, in quanto costituisce il presupposto per la stessa dismissione delle azioni; ciò, come emerso in sede ministeriale, al fine presentare al mercato una società più sana e in grado di attirare maggiormente i capitali privati⁴⁵.

Infine, la delibera offre al mercato una regolazione idonea a rafforzare

⁴⁵ Tutto ciò determina incertezza in relazione ai tempi dell'operazione (basti pensare che la privatizzazione, prevista in origine per la seconda metà del 2016, ha al momento come orizzonte almeno il 2017) e comporta la valutazione di diverse strategie per valorizzare tale società (per ultima, quella della fusione con ANAS spa).

l'indipendenza funzionale di RFI spa e così indebolire, indirettamente, la sua "dipendenza" dallo stesso gruppo societario di appartenenza. A tale circostanza si aggiunge il fatto che la delibera riconosce a RFI spa i mezzi di flessibilità tariffaria necessari per diventare, da solo "centro di servizi", anche un vero e proprio "centro di efficienza" e, addirittura, "centro di profitto". Tutto ciò rende RFI spa una società capace, oramai, di percorrere una strada diversa rispetto a quella del gruppo FSI e ciò mediante uno scorporo che, come visto, dovrebbe anticipare il vero e proprio processo di privatizzazione.

Da quanto sinora detto, emerge un modello di regolazione che va oltre i suoi confini più tradizionali⁴⁶. Infatti, a ben vedere, in un contesto in cui la concorrenza non è più intesa come obiettivo ultimo della liberalizzazione, ma quale strumento per realizzare il pieno dispiegarsi della libertà d'impresa e il benessere degli utenti, la regolazione finisce per rivestire anch'essa un ruolo diverso: dal dettare misure volte a promuovere la concorrenza al configurarsi come "un insieme di disposizioni di diritto pubblico aventi quale scopo proprio la tutela di soggetti come i new comers o gli utenti, che altrimenti sarebbero privi di protezione adeguata"⁴⁷. Un diverso modo di intendere le finalità di non poco conto che la delibera in esame, con tutte le difficoltà connesse alla messa in atto di una simile regolazione, sembra tenere in considerazione: dalle misure regolatorie (asimmetriche) per garantire l'indipendenza del gestore della rete alla concorrenza; da una più sana ed efficiente competizione fra gli operatori economici alla tutela dei nuovi entranti e degli utenti finali. Oltre ad essere volto al rispetto dell'indipendenza del gestore dell'infrastruttura, poi, il descritto assetto regolatorio rende il terreno d'azione fertile e adatto al cambiamento della compagine sociale. Ogni privatizzazione, del resto, richiede interventi normativi e regolatori che possano dapprima facilitarne l'attuazione e, più tardi, sostenerne la portata. Aspetti, questi, che la delibera sembra in grado di soddisfare pienamente, tanto più nella prospettiva di una privatizzazione solo parziale.

46 Si veda per tutti F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 100, laddove afferma che il modello di regolazione europeo mira, come fine ultimo, alla concorrenza. Specificamente, la regolazione "include misure dirette a neutralizzare gli effetti monopolistici dell'infrastruttura e promuovere l'instaurarsi di condizioni di concorrenza nei mercati dei servizi che utilizzano l'infrastruttura. Per questo aspetto promozionale, il modello europeo si presenta come tendenzialmente transitorio".

47 Sul nuovo modo di intendere la concorrenza e sul diverso fine ultimo della regolazione, si veda M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, pp. 510-511, che avvalorata la propria tesi sulla base di diverse pronunce giurisdizionali (Corte di Giustizia, 27 novembre 2003, in C-34 e 38/01; Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 14; Consl St., Sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467).



COMMENTI

Il Ruolo dei Consumatori nello Spazio Regolatorio: Partecipazione, Informazione e Legittimazione Sociale¹

di Emanuela Michetti²

«Under our approach companies will take full responsibility for planning their business and listening to their customers, and not simply tick regulatory boxes. We have also challenged them to become more transparent to make sure they maintain their legitimacy with their customers.»

«To encourage a greater focus on delivery and the outcomes customers want, we have embedded customer engagement in the business planning process, giving companies'Boards greater ownership of – and accountability for – how well they delivery for customers and the environment in the long-term».

«We confirm our broad approach [...] There are three stages of the process:

- Company Boards will develop and propose outcomes and associated commitments and incentives that reflect their customers', and wider consumers' views and priorities
- The CCG [Customer Challenge Group] will challenge the quality of companies' customer engagement and the extent to which business plans put forward by their Boards reflect their customers' views, and wider consumers', and provide an independent report to us at the same time as companies submit their business plans [...]
- We will make the final assessment of companies' outcome commitments [...] and use the views of the CCG as a key input into this.».

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Engagement: coinvolgimento diretto nel processo regolatorio e partecipazione al mercato. – 3. Informazione. – 4. Legittimazione sociale.

1. Introduzione

Ofwat, il regolatore del settore idrico in Inghilterra e Galles, è responsabile della regolazione economica di 32 imprese private, verticalmente integrate e operanti con monopoli regionali³. In termini legislativi la responsabilità di Ofwat è sancita dall'art. 2 del Water Industry Act 1991, in seguito modificato

¹ Commento di un estratto da: *Setting Price Controls for 2015-20: Final Methodology and Expectations for Companies'Business Plans* (Ofwat, 2013).

² Senior Regulatory Policy Advisor presso la Civil Aviation Authority del Regno Unito. Dichiarazione liberatoria dell'autore: Le riflessioni contenute in questo commento sono presentate a titolo meramente personale e non riflettono la posizione, ufficiale o meno, dell'autorità per cui lavoro. I testi originali in lingua inglese sono stati liberamente tradotti da me. – *Disclaimer: The views expressed here are my own only and in no way represent the position, expressed or implied, of my employer. All translations from English are mine.*

³ D. HOUGH-S. PRIESLEY, *Increasing Competition in the Water Industry*, House of Commons Library Briefing Paper, Number CBP 7259, 2016.

da due ulteriori interventi normativi nel 2003 e nel 2014⁴. Il linea con quello che succede per altri regolatori britannici, il primo compito citato dalla normativa è quello di promuovere l'interesse dei consumatori, ove del caso favorendo la concorrenza tra gli operatori; segue il compito di garantire che le attività degli operatori siano portate avanti in modo appropriato, e che questi ricevano un adeguato ritorno sul capitale investito⁵.

L'estratto da un documento pubblicato da Ofwat nel 2013 consente di riflettere sul "*customer engagement*" messo a punto nel corso della *price review* che ha definito i termini della regolazione economica per il periodo 2015-2020 (c.d. "PR14"). Con il *customer engagement* i soggetti direttamente interessati dalla regolazione del settore idrico vengono attivamente coinvolti nel processo regolatorio e nella definizione degli obiettivi regolatori. Nonostante l'attenzione al consumatore si possa considerare una delle principali caratteristiche di tutto il modello regolatorio britannico post-privatizzazioni⁶, l'idea che i consumatori, ed il pubblico, più in generale, partecipino in modo così significativo al processo periodico di definizione della regolazione ha preso slancio soprattutto negli ultimi anni, e rappresenta senza dubbio uno degli sviluppi più interessanti della pratica regolatoria britannica⁷.

Nel caso di Ofwat, il *customer engagement* viene incorporato nel processo regolatorio in tre fasi. Le imprese regolate devono «ascoltare i loro *customers*», per comprenderne preferenze, priorità e necessità, e per definire gli impegni da indicare nei loro piani strategici d'impresa ("*business plan*"). Le imprese hanno anche l'obbligo di istituire un *Customer Challenge Group* (CCG), cioè un gruppo di valutazione indipendente con il compito di valutare se il coinvolgimento dei *customers* è avvenuto in modo corretto e se gli obiettivi contenuti

4 Water Industry Act 1991 (c. 56) modificato dal Water Act 2003 (c. 37) e dal Water Act 2014 (c. 21), HMSO, London.

5 Mentre Ofwat è un regolatore "economico", gli altri due regolatori che hanno competenza sul settore idrico sono: Drinking Water Inspectorate, responsabile della qualità dell'acqua potabile, ed Environment Agency, responsabile degli aspetti ambientali. Nei rapporti con i tre regolatori e con il Governo, i consumatori sono rappresentati dal Consumer Council for Water.

6 J. STERN, *The British Utility Regulatory Model: Its Recent History and Future Prospects*, Centre for Competition and Regulatory Policy, City University of London, CCRP Working Paper no 23, 2014. Qui si fa notare che l'attenzione sui consumatori si evince dalla fissazione di precisi obblighi statutari per i regolatori, e da altri elementi di rilievo emersi soprattutto in seguito all'approvazione dell'Utilities Act 2000. In questo provvedimento, per esempio, si stabilisce che per "consumatori" si deve intendere sia i consumatori attuali che quelli futuri.

7 Nel caso specifico del settore idrico, la partecipazione del pubblico al processo decisionale era già sancita a livello europeo. La direttiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo e del consiglio del 23 ottobre 2000 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, (G.U. L 327 del 22 dicembre 2000) include requisiti di informazione e consultazione con l'obiettivo di promuovere la partecipazione attiva «del pubblico, compresi gli utenti dell'acqua» prima di adottare decisioni definitive, fornendo «informazioni adeguate sulle misure previste» e riferendo «in merito ai progressi della loro attuazione». Si fa notare anche che Stephen Littlechild ha espresso il suo sostegno all'adozione di varie forme di *customer engagement*. Egli riconosce in questi meccanismi un'evoluzione dei "*negotiated settlement*" diffusi in Nord America, una forma innovativa di regolazione in cui sono direttamente le parti interessate a definire i contorni della regolazione, lasciando al regolatore il compito di facilitare il mercato, piuttosto che sostituirsi ad esso. A questo proposito si sottolinea anche l'importanza dell'introduzione del meccanismo di "*constructive engagement*" da parte della Civil Aviation Authority. Si vedano, per esempio: S. LITTLECHILD, *Regulation, Customer Protection and Customer Engagement*, CQPE 1142 & EPRG 1119, 2011; H. BUSH, *Issues in UK Airport Regulation*, presentation to Australian Competition and Consumer Commission, 2006; S. LITTLECHILD, *Customer Engagement*, in *Customer Engagement in Regulation*, Centre for Analysis of Risk and Regulation of the London School of Economics and Political Science, Discussion Paper no. 82, 2016.

nei piani d'impresa riflettono i risultati di tale coinvolgimento. Nell'ultima fase del processo, torna ad avere un ruolo proattivo il regolatore, che dà una valutazione definitiva di quanto fatto dall'impresa tenendo anche conto della valutazione dei CCG.

In quanto segue si propongono alcune riflessioni su tre aspetti di rilievo del processo di *customer engagement*: partecipazione, informazione e legittimazione sociale.

2. Engagement: coinvolgimento diretto nel processo regolatorio e partecipazione al mercato

Una prima questione interessante è poter capire chi sono, secondo Ofwat, i soggetti che le imprese dovrebbero coinvolgere e «ascoltare». Nello stabilire che il piano strategico d'impresa deve riflettere sia gli interessi e le priorità dei *customers* che quelli «più vasti» dei *consumers*⁸, il regolatore sembra riferirsi ad un'accezione ampia del termine "*consumers*", come rappresentativo dell'insieme dei soggetti che sono in diverso modo interessati dall'azione regolatoria: si tratta, in altri termini, degli *stakeholders* (per esempio, piccole e medie imprese, futuri acquirenti di servizi idrici, soggetti vulnerabili, consumatori domestici e non, ambiente, società in generale).

Si trova conferma di tale interpretazione in una dichiarazione di policy a supporto del processo di *customer engagement* pubblicata da Ofwat ben prima di iniziare il processo di *price review* (con l'intenzione di lasciare alle imprese il tempo necessario per familiarizzare con il nuovo approccio)⁹. In questo documento si fa riferimento al *customer engagement* come ad un processo mirato ad incorporare le istanze di *customers* e *stakeholders* e si afferma, infatti, che «l'impresa dovrà gestire in modo equilibrato l'attività di *engagement* e la pianificazione del lavoro del CCG in modo da assicurare che le istanze di *customers* e *stakeholders* siano recepite in modo efficace, e che questi possano partecipare alla discussione per contribuire e mettere alla prova il piano complessivo dell'impresa.»¹⁰ Questa visione, inoltre, trova pieno riscontro nella composizione dei CCG, nei quali sono tipicamente rappresentati: associazioni dei consumatori, associazioni ambientaliste, autorità locali, singoli soggetti con esperienza nel campo delle politiche per i consumatori e della regolazione, rappresentanze di categorie specifiche di consumatori (per esempio, consumatori in età avanzata).

La volontà di Ofwat sembra essere quella di motivare le imprese regolate a

8 Per la definizione di "consumatore", si veda: Consumer Rights Act 2015 (c. 15), HMSO, London. Il DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS ha proposto nel 2012 di adottare una definizione precisa di "*consumer*" (come individuo che agisce per scopi interamente o principalmente estranei alla sua attività commerciale e professionale), sulla base della definizione adottata in ambito europeo. Si veda: Department for Business, Innovation and Skills (BIS), *Enhancing Consumer Confidence by Clarifying Consumer Law – Consultation on the Supply of Goods, Services and Digital Content*, BIS, London, 2012. Da notare che sulla base di un'interpretazione letterale dei termini "*customers*" and "*consumers*", i secondi – che fanno effettivamente uso del servizio acquistato – potrebbero essere considerati come un insieme più ristretto dei primi.

9 OFWAT, *Involving Customers in Price Setting: Ofwat's Customer Engagement Policy Statement*, Ofwat, London, 2011.

10 *Ibid.*

coinvolgere nel *customer engagement* uno spettro di interlocutori che sia il più ampio possibile, e che sia il più possibile rappresentativo delle varie istanze che assumono rilievo nella gestione e nella regolazione di un servizio pubblico come quello idrico. Il *customer engagement* di Ofwat è dunque occasione di coinvolgimento dei “consumatori”, intesi come molteplicità di attori rappresentativa dell’interesse pubblico.

Questa linea di policy trova d’altra parte il consenso dei molti che tengono ad evidenziare l’ampiezza degli effetti della regolazione di un servizio pubblico nella società: «Un coinvolgimento efficace deve andare al di là degli acquirenti attuali ed identificare tutti quelli che sono interessati dagli effetti delle scelte regolatorie e politiche. Deve includere i consumatori che non hanno accesso al mercato, nonostante ne abbiano bisogno. Deve considerare le scelte cruciali che dovranno essere fatte per rispondere ai bisogni dei consumatori di oggi e di domani»¹¹.

Può essere utile precisare che l’“*engagement*” del consumatore è da tempo un obiettivo primario dell’attività dei regolatori britannici, seppur in un contesto diverso da quello del processo ideato da Ofwat. Infatti, nei mercati liberalizzati nel Regno Unito, tutti i regolatori di settore hanno da tempo rivolto il loro interesse alla capacità/volontà dei consumatori di partecipare al mercato, accedendo alle informazioni presenti sulle varie offerte delle imprese in concorrenza tra loro, e sostenendo i possibili costi di transazione (per esempio, nella forma di *search costs*), al fine di selezionare l’impresa con cui stipulare un contratto di fornitura, in base alle proprie preferenze ed esigenze di consumo. Questo perché la capacità dei consumatori di “fare *shopping*” in un mercato liberalizzato è considerata essenziale al buon funzionamento del mercato stesso, e alla possibilità per i consumatori di trarre vantaggio da prezzi più bassi e migliore qualità del servizio.

Di fronte a tale constatazione, si sono imposte ai regolatori sia la necessità di ottenere una maggiore comprensione delle dinamiche comportamentali legate alla scelta dei consumatori dei servizi in concorrenza¹², sia la responsabilità di favorire l’*engagement* con la propria azione regolatoria, per esempio facilitando l’accesso alle informazioni e rimuovendo o riducendo difficoltà e costi associati al processo di cambio di fornitore¹³.

Le due tipologie (potenzialmente complementari) di *engagement* del consumatore – i) la più “tradizionale” partecipazione attiva al mercato liberalizzato attraverso il reperimento di informazioni e la scelta consapevole, e ii) la “innovativa” partecipazione attiva al processo regolatorio, come nel caso del meccanismo messo a punto da Ofwat – hanno contribuito negli ultimi anni a portare il consumatore al centro del dibattito e dell’azione regolatoria.

11 T. MCAULEY, *Consumer Engagement in Regulation: What Does Good Practice Look Like?*, in *Customer Engagement in Regulation*, Centre for Analysis of Risk and Regulation of the London School of Economics and Political Science, Discussion Paper no. 82, 2016.

12 Si vedano, per esempio: OFT, *What Does Behavioural Economics Mean for Competition Policy?*, OFT, London, 2010; OFGEM, *What Can Behavioural Economics Say About GB Energy Consumers?*, Ofgem, London, 2011.

13 Si veda, per esempio: CMA, *Energy Market Investigation – Provisional Decision on Remedies*, CMA, London, 2016.

3. Informazione

Il *customer engagement* consente al regolatore di comprendere dove risiede l'interesse pubblico in riferimento alla gestione dei servizi idrici. Il regolatore ha in questo modo la possibilità di colmare eventuali asimmetrie informative, assicurandosi che gli obiettivi perseguiti dalla regolazione «siano disegnati intorno ai bisogni dei consumatori»¹⁴. Volendo utilizzare il linguaggio economico, possiamo parlare per il regolatore di definizione (o ri-definizione) della sua “funzione-obiettivo”, cioè la funzione da massimizzare con il proprio intervento.

A partire dagli anni '80 del secolo scorso, la teoria economica della regolazione si è concentrata sulla relazione tra regolatore e impresa regolata, spesso descritta anche in termini di relazione tra regolatore-principale e impresa-agente. In questo contesto si è osservato che la presenza di asimmetrie informative condiziona la capacità del regolatore di ottenere determinati risultati dall'impresa, per cui il regolatore ricorre allo strumento degli incentivi per allineare le due funzioni-obiettivo, cioè per allineare gli obiettivi imprenditoriali con quelli regolatori¹⁵.

Questa chiave interpretativa della regolazione incentivante rimane attuale e valida, nonostante sia stata progressivamente associata nel corso degli anni all'uso di meccanismi dialettici e consultivi con le imprese piuttosto sofisticati: una maggiore accuratezza delle informazioni, infatti, consente di disegnare meccanismi di incentivazione per l'impresa più adeguati ed efficaci.

La partecipazione attiva dei consumatori al processo regolatorio amplifica la dimensione informativa della regolazione, rivelando una seconda relazione che coinvolge il regolatore, anch'essa condizionata dalla presenza di asimmetrie informative: la relazione tra regolatore e consumatore. Dal momento che il regolatore ha il compito di perseguire e proteggere gli interessi dei consumatori, questa relazione potrebbe essere descritta come la relazione tra consumatore-principale e regolatore-agente. La relazione regolatore-consumatore è “a monte” rispetto alla relazione regolatore-impresa: il regolatore-agente ottiene informazioni dal consumatore-principale sulle sue preferenze e necessità, e sulla base di queste formula gli obiettivi regolatori; il regolatore-principale predispose poi un sistema di incentivi per motivare l'impresa-agente al raggiungimento di tali obiettivi¹⁶.

Naturalmente, le modalità con cui il regolatore decide di colmare le asimmetrie informative sul consumatore possono essere diverse. In questo senso il processo di *customer engagement* scelto da Ofwat si caratterizza in senso innovativo: Ofwat ha infatti adottato una modalità fondata sull'iniziativa dell'impresa, per cui non è il regolatore ad ascoltare il pubblico per capirne preferenze e necessità, bensì l'impresa stessa. Nella relazione tra consumatore e

14 UKRN, *Involving Consumers in the Development of Regulatory Policy*, UKRN, London, 2014.

15 Si vedano, in particolare: J.-J. LAFFONT-J. TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, Cambridge, MA, 1993; J.-J. LAFFONT-D. MARTIMORT, *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*, Princeton University Press, Princeton, 2002. Un'illustrazione della relazione tra regolazione, asimmetrie informative ed incentivi si può trovare anche in: G. CERVIGNI-M. D'ANTONI, *Monopolio Naturale, Concorrenza, Regolamentazione*, Carocci, Roma, 2001.

16 Una formulazione teorica utile ad inquadrare questa prospettiva è quella proposta in: J. S. DEMSKI-D.E. SAPPINGTON, *Hierarchical Regulatory Control*, *RAND Journal of Economics*, 18(3), 1987.

impresa in questo modo viene a mancare l'“intermediazione” del regolatore, che torna ad avere un ruolo proattivo solo nell'ultima fase del processo, per dare una valutazione finale.

È significativa a questo proposito la testimonianza di un esperto di regolazione, al tempo direttamente coinvolto in questo processo: «Le priorità incluse nel nostro piano d'impresa sono state influenzate da un intenso processo di coinvolgimento dei consumatori. La nostra valutazione del rapporto tra necessità di investimenti, riduzione delle perdite e individuazione di nuove fonti da una parte, e costo della bolletta dall'altra, sarebbe stata diversa se non avessimo coinvolto i nostri consumatori. Sarebbe stata molto diversa anche nel caso in cui fosse stato Ofwat stesso a guidare il processo, e a stabilire quali dovevano essere gli obiettivi e i risultati da garantire ai nostri consumatori.¹⁷».

Per quanto concerne invece il processo di valutazione finale attuato dal regolatore, Ofwat ha creato un meccanismo di concorrenza tra le varie imprese regolate, ricorrendo ad incentivi di varia natura da attribuire all'impresa o alle imprese che avessero dimostrato particolare impegno nell'*engagement* e nella redazione di un buon piano strategico.

4. Legittimazione Sociale

Uno degli vantaggi del *customer engagement* è la possibilità di ristabilire (o in ogni caso, aumentare) la legittimazione («*legitimacy*») dell'azione regolatoria e dell'operato delle imprese regolate agli occhi del pubblico. Il riferimento esplicito nell'estratto sembra suggerire un'interpretazione della legittimazione intesa prevalentemente come accettazione e credibilità: in altri termini, un'accezione che ne evidenzia la sua dimensione “sociale”, in posizione complementare rispetto alla sua dimensione normativa¹⁸.

La questione della legittimazione “sociale” della regolazione – cioè della sua accettazione e giustificazione – ha avuto particolare risalto negli ultimi anni in seguito alla crisi finanziaria, spesso vista come momento rivelatore dei limiti della capacità della regolazione «di prevenire disastri»¹⁹. La regolazione ed i regolatori sono stata accusati di non essere stati in grado di vigilare sul comportamento delle imprese finanziarie e prevenire ingenti danni al sistema economico. Se la discussione sui limiti della regolazione ha probabilmente avuto origine dal settore finanziario, ha tuttavia investito anche gli altri settori regolati: si è messa in gioco, più in generale, la fiducia dei consumatori nella capacità dei regolatori di modificare la condotta delle imprese e governare un

17 R. MORIARTY, *Regulators and Consumer Engagement*, in *Customer Engagement in Regulation*, Discussion Paper of the Centre for Analysis of Risk and Regulation of the London School of Economics and Political Science, Discussion Paper no. 82, 2016.

18 Per approfondimenti su questa prospettiva multi-dimensionale del concetto di *legitimacy*, si vedano, per esempio: M. SUCHMAN, *Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches*, *Academy of Management Review*, 20(3), 1995; J. BLACK, *Legitimacy and the Competition for Regulatory Share*, *LSE Law, Society, Economy Working Papers* 14/2009, 2009; C. THOMAS, *The Uses and Abuses of Legitimacy in International Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 34(4), 2014.

19 E. HEIMS-M. LODGE, *Customer Engagement: Towards a New Era in Economic Regulation*, in *Customer Engagement in Regulation*, Centre for Analysis of Risk and Regulation of the London School of Economics and Political Science, Discussion Paper no. 82, 2016.

mercato liberalizzato ed aperto alla concorrenza con obiettivi di interesse pubblico.

Questa tendenza più recente va ad inserirsi in un discorso generale sulla legittimazione delle autorità indipendenti di regolazione, che per loro natura risultano slegate dal circuito democratico-rappresentativo, e dunque dalla responsabilità politica²⁰. Se da una parte ciò risponde all'esigenza di avere certezza e stabilità nella regolazione, di certo l'*engagement* dei soggetti interessati può avere un impatto positivo sulla legittimazione dell'azione regolatoria.

La questione della legittimazione rileva non solo in ambito filosofico-politico, ma anche in ambito pratico, ad esempio in riferimento all'obiettivo di assicurare il buon funzionamento del mercato. In un contesto liberalizzato, la scarsa fiducia nelle imprese regolate e nelle autorità di regolazione può frenare la partecipazione attiva al mercato da parte dei consumatori, pregiudicando la concretizzazione dei benefici che sono in principio associati al regime concorrenziale.

In molti casi, la crisi di legittimazione si alimenta tramite l'esperienza concreta del rapporto dei consumatori con le imprese; a questo proposito dati recenti sulla misura in cui i consumatori ritengono che le imprese con cui interagiscono si comportano in modo corretto, mostrano una situazione generalizzata di scarsa fiducia.

In particolare, la fiducia dei consumatori sembra essere più compromessa nell'ambito di quei mercati *retail* che sono stati del tutto aperti alla concorrenza: in questi casi la percentuale di consumatori che esprime fiducia si attesta al di sotto del 50% (per esempio, 43% nell'energia e 40% nella telefonia mobile), mentre nei mercati *retail* non o solo parzialmente liberalizzati, come nel settore idrico, una netta maggioranza dei consumatori (63%) dichiara di aver fiducia nelle imprese regolate²¹.

È interessante inquadrare questo tema nel contesto della imminente riforma istituzionale del settore idrico avviata con il Water Act 2014. A partire dall'aprile 2017, tutti i consumatori non residenziali di servizi idrici (imprese, imprese no-profit e settore pubblico) in Inghilterra avranno la possibilità di selezionare e cambiare liberamente il proprio fornitore. Al momento in Inghilterra solo i consumatori non residenziali con un consumo annuo superiore ai 5 milioni di litri hanno la possibilità di scegliere il proprio fornitore²². Questo mercato attualmente si compone di 27.000 consumatori, ma i dati mostrano che nel

20 Si vedano, per esempio: G. MAJONE, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, *West European Politics*, 14(3), 1994; G. MAJONE, *Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 157, 2001; M. THATCHER-A.S. SWEET, *Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions*, *West European Politics*, 25(1), 2002.

21 UKRN, *Consumer Engagement and Switching*, UKRN, London, 2014.

22 Per il momento la liberalizzazione e la rimozione dei minimi di consumo non riguarderà il Galles, ma l'Assemblea Gallese si è comunque riservata il potere di introdurre piena concorrenza in futuro. In Scozia, invece, il mercato non residenziale è stato completamente liberalizzato già nel 2008. La questione dell'introduzione della concorrenza nel settore idrico era stata trattata nella Review appositamente commissionata a Martin Cave. Il nuovo quadro regolatorio istituito con il Water Act 2014, oltre all'estensione della possibilità di selezionare il proprio fornitore a tutti i consumatori non residenziali, include l'apertura di un mercato *cross-border* con la Scozia, l'agevolazione dell'entrata e della connessione alla rete dei nuovi operatori nel mercato, e la possibilità per gli operatori *incumbent* (e verticalmente integrati) di uscire dal segmento non residenziale del mercato *retail*. Per maggiori dettagli si veda: D. HOUGH-S. PRIESLEY, *Increasing Competition in the Water Industry*, House of Commons Library Briefing Paper, Number CBP 7259, 2016.

2013, di questi solo 4 consumatori si erano avvalsi della possibilità di cambiare fornitore²³. L'apertura del mercato non residenziale nel 2017 sarà invece totale e riguarderà più di un milione di consumatori.

In sostanza, un grandissimo numero di consumatori si troverà per la prima volta nella condizione di poter partecipare attivamente al mercato e selezionare il fornitore in base alle proprie preferenze e necessità. Quale sarà l'approccio di questi consumatori al mercato? Saranno fiduciosi nella capacità del regolatore di proteggere i loro interessi, seppur in un contesto in cui viene rimosso il controllo sui prezzi? Saranno fiduciosi nella correttezza del comportamento delle imprese?

Il coinvolgimento attivo nel processo regolatorio e la partecipazione alla definizione degli obiettivi strategici d'impresa realizzati tramite il *customer engagement* potrebbero avere avuto un impatto positivo sulla legittimazione dell'operato delle imprese agli occhi dei consumatori. Nel post-liberalizzazione, sarà interessante osservare se l'adozione del *customer engagement* da parte di Ofwat con la PR14, oltre ad internalizzare gli interessi dei consumatori nei piani strategici aziendali delle imprese ed a fornire a queste i giusti incentivi, avrà contribuito a creare un clima di fiducia sia nelle imprese che nella capacità del regolatore di vigilare e governare, e si sarà tradotta in una maggiore partecipazione al mercato.

²³ Dati di Defra (Department for Environment, Food and Rural Affairs), riportati in D. HOUGH-S. PRIESLEY, *Increasing Competition in the Water Industry*, House of Commons Library Briefing Paper, Number CBP 7259, 2016.



COMMENTI

Alla ricerca di un modello di regolazione per l'economia dei dati Commento al Regolamento (UE) 2016/679

di **Alessandro Spina***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Regolamento (UE) 2016/679 tra riforma e conservazione della normativa sulla protezione dei dati personali. – 3. Il nuovo Regolamento e la cornice giuridica dei Big Data. – 4. La regolazione e la protezione dei dati personali: convergenze parallele.

1. Introduzione

Lo scorso 25 maggio è entrata in vigore la nuova normativa europea sulla protezione dei dati personali. Si tratta del Regolamento (UE) 2016/679, chiamato anche il 'Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati' o *GDPR* dal suo acronimo inglese. Il Regolamento, che si applicherà in maniera diretta in tutto il territorio dell'Unione a partire dal 25 maggio 2018, abroga in via definitiva l'attuale normativa sui dati personali contenuta nella direttiva 95/46/CE, che è stata trasposta nei vari paesi dell'Unione e in Italia con il Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003).

La novella legislativa ha notevoli dimensioni. Il Regolamento si compone di 99 articoli accompagnati da 173 Considerando. Tale considerevole *corpus* rappresenta il risultato di un complesso *iter* legislativo, durato più di quattro anni, e che ha avuto un'evoluzione incrementale ed espansiva: l'originaria proposta della Commissione presentata nel 2012 aveva come obiettivo quello di aggiornare le regole sulla protezione dei dati personali in Europa, con la riduzione degli oneri amministrativi ma soprattutto con la creazione di un meccanismo unico di *compliance* o *one-stop-shop* per le imprese che trattano dati a livello transfrontaliero. Tuttavia, durante gli anni di gestazione della riforma normativa, è emerso con sempre più insistenza la necessità di adattare la disciplina sulla protezione dei dati personali alle nuove forme di interazione sociale *online*, assicurando da un lato la *digital privacy* e allo stesso tempo permettendo le applicazioni dell'economia digitale che si basano sullo sfruttamento dei dati personali di utenti e consumatori. L'approvazione delle nuove regole europee in materia di dati personali si è resa dunque funzionale all'adozione di una *Digital Agenda* da parte delle istituzioni europee, diretta a potenziare il mercato comune digitale. Numerosi in tal senso gli esempi: la diffusione capillare di *smartphones* e di *apps* e dei nuovi servizi ad essi connessi; la *datification* delle nostre vite professionali e sociali attraverso l'emergere dei *social*

* *Data Protection Officer* presso l'Agenzia Europea dei Medicinali (Londra). Le opinioni espresse in questo contributo sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

networks come piattaforme di comunicazione e accesso alle informazioni commerciali e politiche a discapito dei tradizionali mezzi di informazioni e le piattaforme *peer-to-peer* che forniscono la struttura portante dell'economia circolare. Sullo sfondo delle nuove prospettive commerciali offerte da prodotti digitali, il dibattito pubblico sulle forme di disciplina dei dati personali ha però toccato anche la questione della *digital privacy* con importanti ricadute politiche sulle forme di controllo sociale e di sorveglianza sulle telecomunicazioni messe in luce dalle rivelazioni di Edward Snowden; infine, da un punto di vista strettamente giuridico, l'emergere di una specifica sensibilità verso la *digital privacy* si è venuta consolidando grazie a una serie di pronunce susseguitesi negli ultimi anni, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che in sede di interpretazione pregiudiziale delle disposizioni della Direttiva 95/46/CE ha sicuramente favorito un rafforzamento del diritto fondamentale alla protezione della privacy e del diritto alla protezione dei dati personali nei casi *Digital Rights Ireland*¹, *Google Spain*² e *Schrems*³.

Queste dinamiche esogene hanno dunque influenzato il processo legislativo del Regolamento in maniera determinante, portando una spinta decisiva al completamento della riforma e di sostegno per chi richiedeva un rafforzamento delle tutele sociali dei consumatori digitali.

Il seguente scritto vuole offrire un commento della nuova normativa, sottolineando le maggiori novità introdotte dal Regolamento rispetto all'odierna normativa⁴ attraverso la lente della regolazione. Infatti, a prescindere dall'analisi dei nuovi istituti e delle nuove procedure, questo scritto si propone di esporre una tesi diretta a stimolare un dibattito tra i lettori di questa rivista: e cioè che la relazione tra normativa sulla protezione dei dati personali e le questioni della regolazione dei mercati è destinata a diventare simbiotica e a svilupparsi in futuro lungo due direttive convergenti. Da un lato, attraverso il cambiamento di prospettiva che vede la protezione dei dati personali diventare progressivamente un settore di regolazione e di *compliance* commerciale per le imprese che trattano dati piuttosto che esclusivamente un sistema di presidio dei diritti individuali⁵. Dall'altro, si assiste gradualmente ad una commistione tra misure dirette alla regolazione dei mercati e quelle relative alla protezione del diritto alla privacy dei consumatori: ciò è particolarmente evidente in quei settori dove i servizi offerti dalle imprese sono sempre più 'personalizzati' e soggetti a strategie commerciali tesi a influenzare il relativo comportamento. Si pensi, per fa-

1 Corte di Giustizia, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12 *Digital Rights Ireland*; annotata in A. SPINA, *Risk Regulation of Big Data: Has the Time arrived for a Paradigm Shift in EU Data Protection Law?* (2014) 5 *European Journal of Risk Regulation*, 248.

2 Corte di Giustizia, 13 maggio 2014, C-131/12 *Google Spain SL*.

3 Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015, C-362/14 *Schrems v Data Protection Commissioner*.

4 È opportuno evidenziare che numerosi profili della normativa sulla protezione dei dati personali come quelli riguardanti il trasferimento dei dati extra-EU o l'ampliamento degli obblighi del Responsabile per il trattamento dei dati personali, che non sarà possibile, per questioni di spazio, trattare nel seguente commento. Per una più approfondita analisi del nuovo Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati, che contiene anche una ampia discussione dell'evoluzione storica e sistematica dei principi attinenti alla protezione giuridica della *privacy* e della protezione dei dati personali, è imprescindibile rimandare i lettori a F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 1-312.

5 Senza ombra di dubbio, questa lettura è volutamente forzata, e il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati afferma in maniera molto chiara all'art. 1 (2) che «*Il presente Regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali*». Ciò detto, segnali di questa trasformazione sono stati autorevolmente segnalati: *ibidem*, p.154.

re solo un singolo esempio, alle questioni che vedono il diritto antitrust interrogarsi sul potere dominante di soggetti privati quali i motori di ricerca Internet che usano i dati personali dei propri utenti per fornire beni e servizi⁶. Da ciò ne consegue che anche per lo studio della regolazione di settori industriali quali i trasporti, l'energia, la finanza, le telecomunicazioni diventerà necessario avere una conoscenza delle regole in vigore per l'uso dei dati. Si pensi ad esempio all'importanza strategica per i regolatori, oltre che per le imprese, delle analisi di *Big Data* che utilizzano dati personali al fine di aumentare la capacità di *enforcement* e la predisposizione di tecniche di regolazione sempre più *smart* e 'personalizzate'⁷.

2. Il Regolamento (UE) 2016/679 tra riforma e conservazione della normativa sulla protezione dei dati personali

Per far emergere le novità introdotte dal Regolamento, occorre forse partire dalla gran parte di regole che il Regolamento non ha modificato. Un dato abbastanza pacifico sembra essere che non si tratta di un cambiamento rivoluzionario della prospettiva normativa sui dati personali, ma piuttosto di una ampia riforma. Il Regolamento non introduce un approccio alla protezione dei dati personali radicalmente diverso da quello attuale – i principi che reggono le modalità di trattamento dei dati personali sono sostanzialmente conservati⁸ nel nuovo Regolamento ed elencati all'Articolo 5: liceità, correttezza e trasparenza; limitazione delle finalità; minimizzazione dei dati; esattezza; limitazione della conservazione; integrità e riservatezza.

6 Lo scorso 10 maggio, le Autorità antitrust di Germania e Francia, il *Bundeskartellamt* e l'*Autorité de la Concurrence*, hanno pubblicato uno studio congiunto intitolato '*Competition Law and Data*' in cui vengono prese in considerazione le varie questioni relative alla definizione di 'potere di mercato' nell'ambito dell'economia digitale e delle piattaforme di dati personali: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=22B0D6CBDCCA4653EF906252FA07FC84.1_cid378?__blob=publicationFile&v=2; L'interazione tra diritto della concorrenza, protezione dei consumatori e diritto dei dati personali è stato argomento di discussione e analisi anche da parte del Garante Europeo dei Dati Personali nel 2014: "*Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and Competitiveness in the age of Big Data*" https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_EN.pdf.

7 Cfr. L'idea dell'uso delle scienze comportamentali nella *governance* pubblica si deve a Cass Sunstein e Richard Thaler e al fortunato libro del 2008 *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. I governi di diversi paesi nel mondo hanno adottato o stanno per adottare unità specializzate di tecnici ed esperti in scienze cognitive in modo da rendere gli interventi pubblici e di governo più percettivi dei modelli decisionali irrazionali degli individui. Tra questi esempi si può annoverare il *Behavioural Insight Team* del Governo Inglese, e più recentemente, anche il Governo Italiano sembrerebbe indirizzato sulla stessa strada con la nomina del prof. Matteo Motterlini nel comitato di esperti presso la Presidenza del Consiglio su lavoro e welfare dello scorso 6 Maggio, vedi M. RICCIARDI, *Motterlini, una spinta gentile*, in *Il Sole 24 Ore* del 22 maggio 2016: <http://www.ilsole24ore.com/art/cultura/2016-05-18/motterlini-spinta-riforme-173517.shtml?uuid=ADAAr2J>. Per una più recente panoramica dell'integrazione nelle politiche pubbliche delle scienze comportamentali con una prospettiva Europea i vari contributi del volume *Nudge and the Law. A European Perspective* a cura di A. ALEMANNO-A.L. SIBONY, Hart Publishing, Oxford, 2015.

8 Cfr. Il raffronto tra articolo 5 del regolamento e l'art. 6 della direttiva 95/46/EC relativo ai 'Principi' è a tal proposito indicativo, in quanto mette in luce la sostanziale continuità tra le due legislazioni.

Le novità introdotte dal Regolamento riguardano invece le norme che definiscono le misure di applicazione concreta di questi principi e sono astrattamente ascrivibili a due categorie: quelle di natura sostanziale, attinenti al campo di applicazione del Regolamento, alle modalità di esercizio del diritto alla protezione dei dati personali, e soprattutto agli obblighi per i titolari del trattamento (*controllers*); e quelli di natura istituzionale/procedurale, quali i poteri e le competenze delle autorità di controllo indipendenti, le sanzioni, ma anche le procedure amministrative della rete di autorità che viene a formare il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (EDPB) e le norme sulla legittimazione ad agire e la rappresentanza degli interessati da parte di associazioni o organismi attivi nella protezione dei dati personali.

a) Ampliamento del campo di applicazione e nuovi diritti

Riguardo al campo di applicazione territoriale del Regolamento, si stabilisce che esso si applica non solo a tutte le operazioni aventi ad oggetto dati personali realizzate all'interno dell'Unione, ma anche ai trattamenti di dati personali che non si svolgono nel territorio dell'Unione ma nell'ambito di attività da parte di un titolare stabilito nel territorio dell'Unione; e addirittura anche se il titolare del trattamento non è stabilito nell'Unione ma ciò nonostante presta beni e servizi nel territorio dell'Unione o monitora il comportamento di persone fisiche nella misura in cui tale comportamento si svolge nel territorio dell'Unione (art. 3, comma 2). È sancito dunque il principio in base al quale le regole sulla protezione dei dati personali si applicano a prescindere dal criterio formale della territorialità del titolare del trattamento, ma in base a un criterio sostanziale di sfruttamento dei dati dei soggetti interessati anche attraverso l'uso di Internet.

Le definizioni normative di cui all'art. 4, e il combinato disposto con i numerosi Considerando del Regolamento, dovrebbero poi consentire una maggiore coerenza e uniformità nell'applicazione della normativa a livello europeo, soprattutto per concetti tecnici chiave quali 'profilazione', 'violazione dei dati personali' o 'pseudonimizzazione' che non sono immediatamente accessibili.

In linea di continuità rispetto alla normativa precedente risultano essere sia l'elenco dei criteri di liceità del trattamento, tra cui, ovviamente il consenso dell'interessato sia la creazione di una categoria di dati ritenuti particolarmente 'sensibili' quali quelli attinenti la salute, le convinzioni politiche o filosofiche, l'orientamento sessuale per cui si dispone di un divieto generale soggetto a un elenco tassativo di eccezioni. Il consenso dell'interessato continua ad essere il criterio di liceità del trattamento dei dati principale atteso che il modello su cui si fonda la normativa sulla protezione dei dati personali è ancora legata ad un'idea di autodeterminazione e autonomia del soggetto interessato. Risultano però fondamentali le specificazioni sul 'consenso' dirette a limitare tutte quelle soluzioni formali utilizzate per creare una *fictio iuris* in base a cui il soggetto interessato presta il consenso per il trattamento dei suoi dati. Viene affermato che il consenso come manifestazione dell'assenso dell'interessato al trattamento dei propri dati deve attuarsi '*mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile*'. Al Considerando 43, viene chiarito che il consenso non costituisce il presupposto per un valido trattamento qualora vi sia un '*particolare squilibrio tra interessato e titolare del trattamento*', soprattutto nei casi in cui quest'ultima sia un'autorità pubblica o comunque si possa presumere che il consenso non si sia liberamente formato⁹. Si prevede inoltre esplicitamente

⁹ Il Regolamento rende più cogente quell'idea per cui il consenso deve essere manifesta-

che l'interessato abbia diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, e che il consenso possa essere revocato con la stessa facilità con cui viene accordato: non sarebbe ammissibile assoggettare la revoca del consenso da parte di un interessato a particolari formalità che potrebbero scoraggiare l'esercizio di questa facoltà. Sono previste particolari condizioni di liceità del trattamento in cui a prestare il consenso sia un minore¹⁰. Il Regolamento, oltre a confermare i diritti dell'interessato rispetto all'accesso, la rettifica, e l'opposizione al trattamento dei propri dati, prevede poi una serie di nuovi diritti quali: il diritto all'oblio (art. 17) per cui il titolare del trattamento è tenuto non solo a cancellare i dati trattati se non sono più necessari rispetto alle finalità per cui sono stati raccolti o di revoca del consenso ma se i dati sono stati resi pubblici, il titolare deve cancellarli e provvedere a informare della richiesta di cancellazione ricevuta dall'interessato gli ulteriori titolari del trattamento *'tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione'*; il diritto alla portabilità dei dati (art. 20) per cui l'interessato ha diritto a ricevere *'in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico'* i dati personali che lo riguardano al fine di trasmetterli ad altro titolare del trattamento-disposizione la cui *ratio* è quella di incentivare lo *switch* tra diversi fornitori di servizi digitali.

b) Accountability e nuovi obblighi dei titolari del trattamento

Tra le più importanti novità introdotte dal Regolamento vi è sicuramente la serie di obblighi posti in capo ai titolari del trattamento. Se da un lato l'obbligo di notifica dei trattamenti alle autorità di controllo non è più obbligatorio, non si può certo pensare che gli obblighi del titolare del trattamento siano diventati più blandi. Al contrario, i titolari del trattamento saranno soggetti a un diverso modello di *compliance* regolatoria fondato su una sorta di auto-regolazione soggetta a controllo pubblico, che sposta su di essi oneri e incombenze di adeguamento ai parametri normativi: a tal proposito, si parla di *accountability* (art. 24) per ricomprendere con maglie abbastanza larghe la responsabilità del titolare del trattamento nel dotarsi di un robusto apparato di *compliance* e adottare tutte le misure tecniche e organizzative necessarie ad assicurare il rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali. Queste misure devono essere proporzionate e continuamente aggiornate, tenendo conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento. L'*accountability* che è la pietra d'angolo su cui è costruita la nuova normativa, ha due scopi: quello di *garantire* e di *dimostrare* che il trattamento è stato effettuato conformemente al Regolamento.

Gli strumenti con cui si può declinare in maniera concreta l'obbligo di *accountability* sono inseriti nelle disposizioni successive ed in particolare: l'obbligo di protezione dei dati fin dalla progettazione (c.d. *privacy by design*) e

zione di un controllo effettivo da parte del soggetto interessato, per cui situazioni di disequilibrio materiale tra le parti di una transazione non possono rendere il consenso una valida base legale per il trattamento dei dati. Cfr. in tal senso il Parere del Gruppo di Lavoro Articolo 29 della direttiva 46/95/EC sulla definizione di consenso Opinion 15/2011: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 8 si prevede che il consenso prestato dal minore è valido ai fini del trattamento dei suoi dati personali quando il minore ha almeno 16 anni. Le leggi nazionali possono prevedere che il consenso da parte di minori di anni 16 possa essere ritenuto valido ai fini del regolamento, a meno che il minore abbia meno di 13 anni. Al di sotto di tale soglia limite, il trattamento dei dati del minore basato sul consenso è lecito solo se il consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità del genitore. Tale soluzione, non particolarmente elegante, è il risultato di un compromesso raggiunto nella fase di negoziato finale di *'trialogue'* e prevedibilmente creerà notevoli difficoltà pratiche e incertezze interpretative in fase di attuazione.

per impostazione predefinita (*privacy by default*), di cui all'art. 25; quello di mantenere un registro delle operazioni di trattamento dei dati personali (art. 30) ma soprattutto l'obbligo di effettuare una valutazione di impatto sulla protezione dei dati (art. 35) diretta a evidenziare i rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche di nuovi trattamenti e a presentare le misure previste per affrontare i rischi, includendo le garanzie e i meccanismi idonei; quello di adottare misure tecniche per assicurare la sicurezza dei dati, che sebbene sostanzialmente confermato rispetto a quello contenuto dalla Direttiva, prevede ora, come corollario, degli obblighi di notifica in caso di violazione delle misure di sicurezza verso il soggetto interessato (art. 34) da un lato e l'autorità di controllo (art. 33) dall'altro. Ma viene in rilievo ai fini della strutturazione di un sistema di *accountability* interno da parte delle imprese soprattutto il ruolo del responsabile della protezione dei dati personali o DPO, acronimo inglese del *Data Protection Officer* che è forse una delle maggiori novità del Regolamento. Questa figura professionale diventerà obbligatoria in alcuni casi per esempio per autorità o organismi pubblici, o qualora l'impresa sia di grandi dimensioni o operi trattamenti di dati personali su larga scala. Il Responsabile per la protezione dei dati personali che deve essere tempestivamente coinvolto in tutte le questioni riguardanti il trattamento di dati personali ed esprimere un parere sulle valutazioni di impatto e cooperare con le autorità di controllo di impatto, gode di una certa indipendenza e riferisce direttamente al 'vertice gerarchico' del titolare del trattamento (art. 38).

L'idea di un sistema di *accountability* nel settore della protezione dei dati personali risale al 2010, quando il Gruppo di Lavoro previsto dall'art. 29 della direttiva 95/46/EC adottò un documento in cui veniva chiarito che il principio di *accountability* era necessario al fine di rendere maggiormente effettive le misure adottate dai titolari del trattamento per garantire la protezione dei dati personali, 'dalla teoria alla pratica', e che esso si poggia su una costruzione giuridica a due livelli: il primo diretto a implementare processi, misure e regole interne vincolanti; il secondo, quello di stimolare un processo virtuoso e volontario che vada oltre i requisiti minimi previsti dalla legge¹¹.

Ne deriva, dunque, che la normativa rende necessario un sistema di controllo della protezione dei dati, strutturato in base a standards di buona amministrazione riconosciuti universalmente e che sia verificabile (*auditable*) all'esterno, in quanto il rispetto delle regole in materia di dati personali da parte dei titolari del trattamento dei dati richiede non il mero adempimento delle disposizioni di legge ma la predisposizione di una vera e propria *governance* interna. Sembra dunque profilarsi un modello di regolazione per la protezione dei dati personali basato su una forma ibrida di *enforced self-regulation* o piuttosto di vera e proprio *meta-regulation*¹². Con tale termine gli studiosi di regolazione

11 «Pursuant to the above, the 'legal architecture' of the accountability mechanisms would envisage two levels: the first tier would consist of a basic statutory requirement binding upon all data controllers. The content of the requirement would include two elements: the implementation of measures/procedures, and the maintenance of evidence thereto. Specific requirements could complement this first tier. A second tier would include voluntary accountability systems that go above and beyond the minimum legal requirements, as far as the underlying data protection principles (providing higher safeguards than those required under the applicable rules) and/or in terms of how they implement or ensure the effectiveness of the measures (implement requirements that go beyond the minimum level)». Cfr.: Article 29 WP, *Opinion on the principle of Accountability*, adopted on 13 July 2010, p. 6.

12 R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2012, p.146.

fanno riferimento ai processi in cui le autorità di regolazione hanno la responsabilità di vigilare su sistemi di controllo e gestione dei rischi predisposti autonomamente dai soggetti regolati, piuttosto che intervenire direttamente con misure puntuali. Il regolatore, dunque, riveste piuttosto un ruolo di *auditor*¹³, con responsabilità di monitoraggio e incentivazione dei sistemi di regolazione adottate dalle imprese e dagli organismi regolati. Questo modello mostra delle similitudini con altri settori di disciplina delle attività caratterizzati da 'rischi' che devono essere gestiti dalle imprese: *in primis*, quello degli obblighi di contabilità ma anche quelli relativi alla sicurezza sul lavoro. Se si analizza la scelta fatta dal Legislatore con riferimento alla disciplina sulla protezione dei dati personali, il modello di regolazione prescelto viene messo in atto principalmente dai titolari del trattamento e 'controllato' dalle autorità pubbliche. In tal senso, oltre alle misure già messe in luce, si deve sottolineare il ruolo che la cornice normativa assegna agli strumenti tipici di *self-regulation* quali i 'codici di condotta' (art. 40) che possono essere soggetti al controllo di organismi terzi accreditati presso le autorità di controllo indipendenti o le 'certificazioni' (art. 42) cui i titolari del trattamento potranno far riferimento per dimostrare un adeguato livello di *compliance*.

c) Le autorità di controllo indipendenti e il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati Personali (EDPB)

Se non bastassero le novità appena accennate a sostegno della tesi che la normativa sulla protezione dei dati personali si stia sempre più avvicinando verso l'alveo multiforme della regolazione, la riforma introduce degli importanti cambiamenti nell'assetto istituzionale delle autorità di controllo. Ad esse sono conferiti poteri tipici dei regolatori di settore, non solo per i poteri ispettivi, correttivi ma anche per un potere sanzionatorio notevolmente aumentato, fino al 4% del fatturato globale dell'impresa (artt. 83 e 84). Inoltre, al fine di evitare la frammentazione nazionale delle regole sulla protezione dei dati personali, il Regolamento introduce non solo delle procedure di coordinamento tra le autorità di controllo indipendenti dei vari paesi dell'Unione, ma anche un meccanismo di risoluzione delle controversie generate da pareri o decisioni divergenti con la creazione di un Comitato (EDPB) dotato di poteri vincolanti. Tale Comitato è composto dai rappresentanti delle autorità di controllo nazionali e il Garante Europeo dei Dati Personali (EDPS) che fornisce a detto comitato altresì il Segretariato, mentre la Commissione partecipa ai lavori con il ruolo di osservatore senza voto. Questo Comitato che trova la sua origine dal Gruppo di Lavoro previsto dall' art. 29 della direttiva 95/46/EC sarà sicuramente uno dei cambiamenti più interessanti dal punto di vista istituzionale estendendo e rafforzando i poteri della rete di regolazione a livello europeo. Non sono pochi i settori in cui l'integrazione è avvenuta attraverso reti di regolazione a livello europeo¹⁴ che, sorte dalla necessità, e con la competenza unica nel rispetto del principio di sussidiarietà, di regolare le questioni con un elemento transnazionale, sono in realtà divenute un centro di diffusione di regole e *best practices* regolatorie attraverso il naturale modello di *benchmarking* e comparazione

¹³ M. POWER, *The Audit Society*, Oxford University Press, Oxford, 1997, Ch. 2 and 3; C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *The Oxford Handbook on Regulation*, eds. R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, Oxford University Press, Oxford, 2010, Ch.8.

¹⁴ Si veda: L. AMMANNATI, *Governance e Regolazione attraverso Reti*, in *Governance multilivello, regolazione e reti*, a cura di L. AMMANNATI e P. BILANCIA, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 181-200.

tra simili. Nel caso del Comitato Europeo per la protezione dei dati personali, tale funzione è espressamente parte del DNA di tale organismo, che ha il compito di pubblicare *'linee guida, raccomandazioni e migliori prassi'* ad esempio per le procedure di cancellazione di link e copie nei casi di diritto all'oblio o riguardo ai criteri per decisioni basate su profilazione (art. 70), oltre a specifiche funzioni consultive.

3. Il nuovo Regolamento e la cornice giuridica dei Big Data

I processi di trasformazione dell'economia che derivano dall'introduzione delle tecnologie digitali sono notevoli, ben documentati e irreversibili: lo sviluppo della robotica in cui si integrano sistemi di intelligenza artificiale; la connessione ad Internet di oggetti (*Internet of Things*) al fine di fornire servizi sempre più automatizzati e personalizzati; lo sviluppo di tecnologie digitali di rete come il *blockchain*, che è alla base della moneta virtuale *Bitcoin*, infine il vero e proprio *tsunami* di dati continuamente prodotti attraverso sensori e dispositivi connessi ormai parte della nostra vita quotidiana. Questi sviluppi hanno generato una *datification* della società in base a cui vengono prodotti in maniera esponenziale dati per alimentare beni e servizi che a loro volta producono dati. Ciò dimostra l'importanza che la normativa sulla protezione dei dati personali rivestirà in tutti gli aspetti in cui queste tecnologie saranno messe al servizio delle persone e dei consumatori. L'esempio più evidente è quello dei *Big Data*, un fenomeno complesso che sta interessando numerosi settori dell'economia. *Big Data* è un insieme di applicazioni tecniche volte a estrapolare attraverso algoritmi informazioni su correlazioni significative, dall'enorme quantità di dati raccolti attivamente o passivamente da strumenti digitali. Ad esempio, in un recente studio che analizza le ricerche effettuate sui motori di ricerca di alcuni termini chiave associati ai sintomi connessi ad un certo tipo di tumore pancreatico, i ricercatori sono stati in grado di evidenziare dei *patterns* di ricerca da parte di utenti ben prima del periodo in cui di solito viene diagnosticato attraverso analisi cliniche quel tipo di malattia¹⁵; oppure nello studio del comportamento degli utenti di un famoso *social network*, che, dopo essere stati esposti a diverse tipologie di immagini, hanno mostrato una misurabile propensione a condividere a propria volta notizie o immagini rispettivamente positive o negative in una dinamica del contagio emotivo¹⁶. Le analisi di Big data servono a generare ipotesi o sviluppare conoscenza sui comportamenti umani, e a profilare in base alle correlazioni, le categorie di persone. Le applicazioni di Big Data indubbiamente offrono enormi potenziali benefici per la conoscenza del comportamento umano, e dunque potrebbero contribuire a una maggiore efficienza delle misure atte a modificare il comportamento (*nudging*). Ciò detto, non possono essere sottovalutate le problematiche che si possono collegare all'uso di *Big Data*, quali l'opacità dei processi decisionali in cui sono incorporate le analisi; il *bias* potenziale nella determinazione dell'algoritmo con

15 J. PAPARIZZOS-R.W. WHITE-E. HORVITZ, *Screening for Pancreatic Adenocarcinoma Using Signals from Web Search Logs: Feasibility study and results*, in Vol. 12 (6) *Journal of Oncology Practice*, 2016.

16 A. KRAMER-J. GUILLORY-J. HANCOCK, *Experimental evidence of massive scale emotional contagion through social networks*, in Vol. 111 (24) *Proceedings of the National Academy of Sciences of the US*, pp. 8788-8790, 2014.

cui vengono realizzati questi studi, e infine la possibile discriminazione da profilazione a cui possono essere sottoposti gli individui, spesso ignari dell'esistenza delle analisi stesse¹⁷. A tal proposito, la normativa sulla protezione dei dati personali sarà sicuramente centrale per sostenere lo sviluppo di applicazioni di Big Data in modo da assicurare il rispetto per la dignità e la libertà degli individui produttori e consumatori di dati. Occorre dunque rilevare che sebbene le analisi di *Big Data* non sembrano superficialmente ben coniugarsi con i principi della protezione dei dati personali quali la limitazione dello scopo del trattamento, la minimizzazione dei dati o limitazione della conservazione, il nuovo Regolamento ha previsto una serie di disposizioni che potrebbero rendere possibile lo sviluppo di analisi di Big Data in particolare attraverso la previsione che il consenso dell'interessato non è necessario quando i dati, raccolti per un determinata finalità, sono utilizzati a 'scopo di ricerca statistica'¹⁸ (Articolo 5.1.b: «[...] un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali [...]»). Si deve anche notare che la finalità di ricerca non sembra essere delimitata a quella retta da un interesse pubblico, ma ben può ricomprendere quella messa in atto da società commerciali per sviluppare conoscenze sul comportamento dei consumatori. In tal misura, i paletti posti dalle limitazioni dello scopo e della conservazione del trattamento dei dati vengono ad essere 'allentati' quando i dati sono utilizzati per a fini di ricerca scientifica o a fini statistici, e in caso vengano adottate particolari garanzie come la pseudonimizzazione (art. 89); il Regolamento ha altresì adottato disposizioni atte a contenere o quanto meno arginare gli effetti negativi delle decisioni automatiche a seguito di profilazione derivanti da Big Data (art. 22).

4. La regolazione e la protezione dei dati personali: convergenze parallele

La questione della definizione di un modello di regolazione per il sistema di controllo dei dati personali potrebbe apparire una questione teorica o meramente accademica e invece risulta utile e funzionale a sviluppare una maggiore consapevolezza delle dinamiche, problemi e opportunità rese possibili dalla nuova disciplina. Attraverso la lente della regolazione, tale disciplina potrà indicare probabili modelli e tecniche di regolazione, nonché indicare all'interprete e fornire al professionista importanti indicazioni e spunti per la soluzione creativa dei problemi che saranno sollevati dall'applicazione del nuovo Regolamento (UE) n. 679/2016. La tesi sostenuta in questo contributo è che, sulla base dell'analisi delle modifiche introdotte soprattutto in merito al principio di *accountability* del titolare del trattamento, la riforma della normativa sui dati personali sembra adottare un modello di regolazione che si avvicina a quello dell'*enforced self-regulation* o della *meta-regulation*. Questo modello offre una

17 F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2015, pp. 1-320.

18 Y. PADOVA-V. MAYER-SCHONBERGER, *Regime Change? Enabling Big Data through Europe's New Data Protection Regulation*, in Vol. XVII *Columbia Science and Technology Law Review*, Spring 2016, p. 326.

serie di vantaggi quali la proporzionalità e la flessibilità di adattamento delle regole nelle specifiche situazioni, l'impatto minore per la spesa pubblica visto che le gli operatori economici e le aziende sono tenuti a internalizzare i costi dei programmi di *compliance* e infine la crescita del livello di *expertise* legata alla creazione di comunità epistemiche di regolazione (si pensi al caso della figura professionale del DPO)¹⁹. Sono stati però anche analizzati i possibili effetti indesiderati di tale scelta: l'eccessiva proceduralizzazione dei sistemi di controllo, o che un modello creato per aumentare la *compliance*, sia paradossalmente poco incisivo nello spingere i soggetti regolati ad adottare procedure e meccanismi di controllo, atteso l'approccio fondamentalmente 'reattivo'²⁰ di tale modello. Questo a maggior ragione quando si pensa che nell'economia dei dati si sta assistendo ad un crescente 'fallimento di mercato' dovuto all'asimmetria informativa tra imprese che sfruttano commercialmente le informazioni personali attraverso complessi algoritmi e i soggetti interessati lasciati a volte a fornire *pro forma* un frettoloso e superficiale consenso al trattamento, di cui spesso ignorano le possibili ramificazioni e conseguenze. Si vedrà, poi, solo in corso d'opera come questo modello si riesca a coniugare con il sistema di *enforcement* privato connesso alla matrice di diritti individuali dei diritti dei soggetti interessati alla protezione dei dati personali.

Sarebbe ingenuo credere che il Regolamento (UE) 2016/67 completi un'opera di armonizzazione a livello europeo delle norme sulla protezione dei dati personali. Oltre alla probabile inerzia che condiziona i primi anni di vita del Regolamento, si deve dar conto delle numerose disposizioni in deroga contenute nel Regolamento a favore di normative di dettaglio che possono essere stabilite in base al diritto dell'Unione o dei singoli Stati Membri. Ma, a nostro avviso, il processo di inquadramento della normativa dei dati personali come settore di regolazione è iniziato e si svilupperà maggiormente.

Si deve inoltre dare conto anche di un fenomeno parallelo che interessa il rapporto regolazione e dati personali, e cioè quello che vede le tecniche di regolazione nei diversi settori industriali far leva su algoritmi, *machine learning* e robotica²¹ al fine di ottimizzare l'efficienza della propria attività e al fine di integrare le scoperte delle scienze comportamentali applicate alle politiche pubbliche e alla regolazione. In questo scenario, le regole sulla protezione dei dati personali, in particolare quelle concernenti le applicazioni di strumenti analitici fondati su Big Data, diventeranno sempre più rilevanti e funzionali all'adozione di modelli di *smart regulation*.

19 Un interessante filone di ricerca ha messo in luce l'importanza della creazione della categoria professionale dei *privacy officers* per lo sviluppo e la diffusione di una *governance* dei modelli di privacy all'interno delle aziende, a prescindere dai sistemi giuridici adottati, vedi K.A. BAMBERGER-D.K. MULLIGAN, *Privacy on the books and on the ground*, in 63 *Stanford Law Review* 2011, pp. 247-315.

20 R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 155.

21 C. COGLIANESE, *Robot Regulators Could Eliminate Human Error*, in *RegBlog* 16 May 2016: <http://www.regblog.org/2016/05/16/coglianesse-robot-regulators-eliminate-error/>; l'A. è inoltre co-autore di un articolo di prossima pubblicazione, *Regulating by Robot: Administrative Decision-Making in the era of Machine Learning*, che sarà pubblicato nel Volume 105 del *Georgetown Law Journal* (2017).



RECENSIONI

Una recensione. E qualche divagazione regolatoria (Gustavo Zagrebelsky, *Liberi servi*, Einaudi, Torino, 2015, pp. XI-292).

1. Libertà e potere

Ogni libro si trova al centro di «*un sistema di rimandi ad altri libri, ad altri testi, ad altre frasi: il nodo di un reticolo*»¹ e «*il passaggio da un libro a un altro libro si compie attraverso la vita*»², attraverso la vita pratica dell'esperienza³. Leggere un libro significa allora addentrarsi all'interno di questo vitale groviglio che, nel caso del volume di Zagrebelsky, appare estremamente complesso, vario e cangiante; dalla grande letteratura alla critica letteraria, dalla filosofia politica alla sociologia, intrecciate in un saggio in forma di variazioni⁴, che muove dalla fine analisi ermeneutica del racconto dedicato alla *Leggenda del Grande Inquisitore* incastonato ne *I fratelli Karamazov*⁵.

Di fronte alla vastità di questi orizzonti (ma tutti alla fine servono per indagare l'uomo, convergono sull'uomo)⁶, si avverte quasi naturalmente il bisogno di reimmettersi su sentieri più familiari e rassicuranti, entro lo spazio concluso delle proprie specifiche conoscenze e, financo, pratiche quotidiane.

Ebbene, il libro di Zagrebelsky parla, essenzialmente, di libertà e di potere; innumerevoli sono dunque le suggestioni per il cultore del diritto amministrativo, da sempre percorso dalla tensione tra i paradigmi dell'autorità e della libertà. Il potente ossimoro *Liberi servi* esprime tutta questa tensione, lambendo – e superando – il paradosso dello schiavo volontario di John Stuart Mill, secondo cui «*il principio della libertà non può ammettere che si sia liberi di non essere liberi: non è libertà potersi privare della libertà*»⁷. Ma il Grande Inquisitore si muove in un orizzonte più rarefatto, dai contorni e dalle partizioni meno nette e definite (in politica, in filosofia) rispetto alle geometriche costruzioni dello stato liberale: una «*strana atmosfera. Non siamo mai stati così liberi; al tempo stesso, non siamo mai stati tanto oppressi. Siamo liberi dall'arbitrio, ma siamo*

* Le opinioni espresse sono a titolo personale e non impegnano l'Istituzione d'appartenenza (Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico).

1 M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere*, trad. it. G. Bogliolo, Rizzoli, Milano, 1971, p. 31.

2 N. GOMEZ DAVILA, *In margine a un testo implicito*, trad. it. L. Sessa, Adelphi, Milano, 2009, p. 62.

3 Sul «costitutivo» rapporto con la vita della scienza, in particolare di quella giuridica, è ancora fondamentale G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1937, p. 100 ss.

4 Il saggio di Zagrebelsky è stato infatti accostato alle *Variazioni Goldberg* di Bach, in cui «*c'è un'aria principale cui seguono trenta composizioni tra loro legate ma al contempo indipendenti*»: V. MANCUSO, *Quel sentimento di libertà che nasce dal silenzio e dalla bellezza*, in *Repubblica* del 4 maggio 2015.

5 F. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, Einaudi, Torino, 1998.

6 «*che senso ha proporre un umanesimo che i tempi della tecnologia applicata alla vita stanno per sconfiggere?*», s'interroga ZAGREBELSKY, *Liberi servi*, *Post scriptum*, p. 292.

7 *On Liberty*, Parker, London, 1859, cap. V.

*schiavi della situazione»*⁸. È questa parvenza di libertà il nucleo tematico da cui si dipanano *Oppressione del presente* (capitolo IV), *Nichilismo* (capitolo V), *Governo pastorale* (capitolo VI) per raccontare un presente economico schiavo della crescita⁹; un nichilismo «*in grande*», «*che investe e modella l'intera società*»¹⁰; un «*governo inquisitoriale perfetto*», quello pastorale, tutto *governance* e gestione (dello *status quo* o delle crisi), ma vuoto di indirizzo e spirito di riforma¹¹. Sullo sfondo, una finanza che, nell'efficace sintesi di Zagrebelsky, è «*denaro volatile ... distratto dalla cosiddetta "economia reale" che usa il denaro, sottraendolo ai cicli produttivi, per produrre altro denaro*»; una finanza che quindi divora se stessa, come il grande serpente mitologico *uroboro*; il denaro divenuto, circolarmente, «*mezzo e fine*»¹². In questo scenario il diritto pare neutralizzato, ridotto a pura forma, «*continuamente negoziabile ... collusivo e plasmabile che modella e rimodella l'equilibrio mutevole degli "interessi negoziativi" degli intermediari*»¹³. Un diritto che si risolve nella *governance*, dove ogni «*progettualità politica è assente*»¹⁴: tutto è ordine, assetto, «*coordinamento efficace delle forze in campo*», loro «*messa in rete*», magari attraverso l'autoregolazione¹⁵.

2. Inquisitori e Regolatori

«*L'Inquisitore è un pianificatore; a suo modo è uno scienziato sociale*», ma «*la sua grande trovata sta in questo: il potere può essere assoluto se non si propone di cambiare, punire, frenare la natura umana secondo una qualche dottrina, secondo qualche dogma, secondo qualche morale, ma se la rispetta così com'è, la blandisce, la lascia sfogare*»¹⁶.

Un pianificatore, dunque, ma senza criteri d'azione né orientamenti teleologici: *nessun fine, solo governo*. Nella suggestiva rappresentazione del potere dell'Inquisitore s'intravedono alcune delle principali tentazioni dei detentori di ogni potere pubblico, specie dei poteri neutrali. Da un lato, la pretesa, quasi sempre vana, di pianificare o tutto (voler) regolare, fino all'entropia; dall'altro, la tendenza all'arretramento, alla chiusura tecnicista: accertamento e scelta tecnica piuttosto che bilanciamento tra interessi e valori.

8 *Liberi servi*, cit., p. 262.

9 *Liberi servi*, cit., p. 222 ss.

10 *Liberi servi*, cit., p. 238.

11 *Liberi servi*, cit., p. 263 ss.

12 *Liberi servi*, cit., p. 225. L'immagine dell'uroboro, «*il serpente che vive nutrendosi di sé stesso*», si trova in G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, Laterza, Bari-Roma, 2015, p. 27. Corrosive critiche alla finanza globale si trovano anche nei saggi, di diversa ispirazione culturale, di S. ZAMAGNI, *Prudenza*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 59 ss.; P. SAVONA, *Dalla fine del laissez-faire alla fine della liberal-democrazia*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2016, p. 287 ss.; G. TREMONTI, *Mundus furiosus*, Mondadori, Milano, 2016, p. 19 ss.

13 G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Cedam, Padova, 2011, p. 206, recensito da M. RAMAJOLI, in questa *Rivista*, 2014, p. 217 ss.

14 *Liberi servi*, cit., p. 241.

15 *Liberi servi*, cit., p. 264.

16 *Liberi servi*, cit., p. 30.

2.1. Geometrica perfezione

La prima tentazione è il delirio della ragione razionalizzatrice, tipica di «*quelli che Dostoevskij denomina gli “euclidei”, gli “uomini del due più due”, gli uomini che non lasciano spazio ad altro che alla loro aritmetica, alle loro tabelle che contengono fino a 108 000 logaritmi e alla loro geometria applicate alla vita e alla società*»¹⁷. Gli uomini della ragione calcolante, alla ossessiva ricerca di perfezione, determinatezza, calcolabilità, per lo più sordi alla «voce [del diritto] che viene su dalle cose»¹⁸, all'«*intrinseca categoricità*» dei fatti¹⁹ e alla non sempre lineare «*geometria della natura*»²⁰.

Si viene qui a toccare uno dei punti centrali del discorso di Dostoevskij (e di Zagrebelsky) sul potere e la libertà.

Nella sua requisitoria contro Cristo l'Inquisitore si scaglia contro il dono divino che appare il più dannoso per l'uomo, la libertà («*Tu hai scelto tutto ciò che v'è di più difforme, di più misterioso e di più indefinito*»)²¹. L'Inquisitore vuole così denunciare la mancanza di calcolabilità e di determinatezza dell'agire umano. A tale riguardo si è acutamente osservato che, nella concezione di Dostoevskij, una caratteristica del demoniaco è proprio «*la volontà di determinatezza, la pretesa di calcolare esattamente qualcosa nello spazio e nel tempo, l'eliminazione di ogni carattere ipotetico, la concretezza e l'esecuzione letterale di idee o progetti*»²². Lungo questa linea ideale, Nikolaj Berdjaev, filosofo e grande studioso di Dostoevskij, accusava il bolscevismo sovietico d'essere «*una follia razionalista, una mania di regolazione definitiva della vita*»²³. Zagrebelsky, attraverso l'esegesi di Dostoevskij, ci mette anch'egli in guardia dalle verità assiomatiche della matematica applicate all'uomo, che si traducono nel «*dispotismo delle certezze geometriche in metafisica, morale, teologia, diritto*»²⁴.

Zagrebelsky, in più, c'insegna a diffidare del luccichio dei «*palazzi di cristallo*»²⁵, all'inseguimento di sempre più splendidi e perfetti edifici di regole; come l'immaginifico *Istituto per la regolazione degli orologi*, simbolo di una regolazione perfetta quanto inutile: un immenso impersonale apparato di norme, controlli e sanzioni che, vinto l'assioma della «*impossibilità di una regolazione*

17 *Liberi servi*, cit., p. 18, dove si cita un passo di Dostoevskij, *Memorie del sottosuolo*, Einaudi, Torino, 2002, p. 14 ss.

18 C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Vallardi, Milano, 2011, p. XII.

19 P. GROSSI, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 117.

20 A. PREDIERI, *Trattato di Amsterdam e frattali*, in *Dir. un. europea*, 1998, p. 264. Ad esempio, per un approccio “non euclideo” allo studio dei mercati (finanziari), si veda B.B. MANDELBROT, *Il disordine dei mercati. Una visione frattale di rischio, rovina e redditività*, trad. it. S. Frediani, Einaudi, Torino, 2005.

21 F. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, cit., p. 340. “*Nulla mai fu per l'uomo e per la società umana più insopportabile della libertà!*”, afferma, in altro luogo, l'Inquisitore (p. 337).

22 P. ZELLINI, *La matematica del Grande Inquisitore*, Adelphi, Milano, 2002, p. 8. In M. KUNDERA (*Il libro del riso e dell'oblio*, trad. it. A. Mura, Adelphi, Milano, 1995, p. 83), si assiste invece ad una sorta di rovesciamento, per cui è il diavolo, con il suo riso, a farsi beffa dell'«*assurdità delle cose*», mentre il «*riso dell'angelo*» serve a «*rallegrarsi che tutto, quaggiù, fosse ordinato con ragione, ben concepito, bello, buono, e pieno di senso*».

23 N. BERDAJEV, *Nuovo medioevo*, trad.it. M. Boffa, Fazi, Roma, 2004, p. 115.

24 *Liberi servi*, cit., p. 155.

25 Trionfante simbolo della «*ragione razionalizzatrice*» e del «*pensiero calcolante*»: *Liberi servi*, cit., pp. 8 e 18.

perfetta», riuscirà, fino alla sua chiusura, nell'immane compito di mettere in sincrono gli orologi di tutti i cittadini turchi²⁶.

In *Liberi servi* sembra dunque riecheggiare il quantomai attuale e pressante invito rivolto ai Regolatori dei nostri giorni ad abbandonare «*la pretesa di progettare mondi tecnicamente perfetti*», non sempre arginata dai raffinati presidi (*notice and comment*, analisi d'impatto della regolazione, *accountability*) che circondano ormai il potere di regolazione, che stenta talvolta a porsi, realisticamente, come «*buona arte del possibile*»²⁷, disposta a fare i conti con la razionalità limitata di ogni decisore pubblico e con le naturali imperfezioni dei mercati. Una simile, pragmatica, presa di coscienza dovrebbe portare, naturalmente, a prediligere un metodo gradualista, in cui le regole si formano a seguito di «*ripetuti esperimenti e continui riaggiustamenti*»²⁸ e i Regolatori agiscono come istituzioni-specchio, chiamate a facilitare, attraverso modalità procedurali dialogiche, «*il dispiegarsi della negoziazione tra i vari interessi*», al fine di «*raggiungere un compromesso tra essi*»²⁹.

Del resto, come ha scritto lo stesso Dostoevskij, la vera replica all'Inquisitore si ritrova nelle parole dello *starec* Zosima con il suo invito a «*peregrinare*», a «*tutto sperimentare*»³⁰. Che significa rinunciare al sicuro fascino esplicativo del Sistema (o più modestamente dei microsistemi regolatori), per costruire la regolazione (e il diritto più in generale) dal basso, dalle cose e dai fatti³¹, con l'occhio rivolto, non ad astrazioni concettuali, bensì agli individui «in carne e ossa». Un approccio realistico e fattuale, che inevitabilmente conduce a elevare la natura delle cose – e non una predeterminata visione del mercato – a criterio orientante le correzioni delle «*irregolarità nel funzionamento del mercato economico*»³² tipiche della regolazione.

2.2. Fredda governance

L'Inquisitore non cade nell'errore, tipico dell'ingegneria sociale utopica³³, di pensare di poter pianificare razionalmente la società nella sua interezza; egli sa bene che «*da un legno storto, come quello di cui l'uomo è fatto, non può*

26 A.H. TANPINAR, *L'istituto per la regolazione degli orologi*, trad. it. F. Salomoni, Einaudi, Torino, 2014, p. 15; opera «*visionaria*», consigliabile «*alla schiera degli entusiasti esegeti del flusso regolatorio*», chiosa G.D. COMPORI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 2015, p. 6 s.

27 B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*, 2014, p.18. Cfr. anche M. CLARICH, *La "mano invisibile" dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in questa *Rivista*, 2015, p. 9.

28 K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, I, *Platone totalitario*, a cura di D. Antiseri, Roma, Armando, 1996, p. 202.

29 M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 68 ss.

30 *Liberi servi*, cit., p. 141, dove si rinvia a *I Fratelli Karamazov*, p. 101.

31 Sui fatti come fonte del diritto si richiama l'insegnamento di A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Archivio Giuridico F. Serafini*, LXXVI, 1921, p. 129 ss.

32 F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 13 s. Sulla natura delle cose come «*principio immanente alla nostra struttura costituzionale*», si veda ancora F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 95.

33 Cfr. K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, *Platone totalitario*, vol. I, cit., p. 195 ss.

*uscire nulla di interamente dritto»*³⁴. E allora asseconda, ammansisce, il suo è un governo pastorale, che si serve dell'autoregolazione, di un diritto adattivo "à la carte" cui «*basta funzionare e risolvere problemi specifici e locali»*³⁵, creato da una élite – «*i dodicimila per ogni generazione»*, ossia la «*piccola schiera degli inquisitori»*³⁶ – per disciplinare una massa quasi informe di produttori/consumatori³⁷.

L'Inquisitore sembra applicare alla lettera l'insegnamento che l'illustre cattedratico Richard Whately espose, nel 1829, in occasione dell'apertura dell'anno accademico dell'Università di Oxford, secondo cui se l'economia aspirava a diventare una scienza rigorosa avrebbe dovuto separarsi dall'etica (il regno dei valori) e dalla politica (il regno dei fini). In questa visione, l'economia dovrebbe occuparsi di fatti tecnici, non di valori; di razionalità, non di ragionevolezza. Si apre così la strada a «*quel centaurico giusnaturalismo artificiale»*³⁸ che si erge sulle leggi del mercato finanziarizzato, dominato – anche dopo la crisi – dal nichilismo economico (il «*nulla dell'economia reale (nichilismo finanziario)»*), rispetto al quale il nichilismo giuridico (il «*nulla della giustizia»*³⁹) risulta perfettamente funzionale, con la sua opera di riduzione del diritto ad asettiche regole tecniche espresse e rese cogenti in forma giuridica⁴⁰.

In quest'ottica, l'avvento di una oggettiva e neutrale «*governance mondiale, de-territorializzata e determinata dagli equilibri di forze fattuali»*⁴¹ può decretare la crisi ultima del diritto⁴². La regola tecnica, che «*presuppone l'unità di scopo»*, va, infatti, prendendo il posto di quella giuridica, che invece «*presuppone la lotta fra interessi e ideologie»*⁴³. In questo universo pacificato, che sarebbe piaciuto all'Inquisitore, il contenuto delle norme giuridiche è quindi determinato da esperti, specialisti delle materie regolate («*i dodicimila per ogni generazione»*, appunto). La normatività della tecnica riduce poi il diritto e le sue norme a «*canali delle procedure»* o «*nomo-dotti...pronti a ricevere qualsiasi contenuto»*⁴⁴, mentre al diritto non resta che il dominio di una sola tecnica, la «*tecnica della forza, che garantisce la concreta esecuzione delle norme»*⁴⁵.

34 I. KANT, *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. BOBBIO-L. FIRPO-V. MATHIEU, Utet, Torino, 1956, p. 130.

35 M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 51.

36 *Liberi servi*, cit., p. 221.

37 Mossi da una sorta di «*desiderio necessitato»*, che fa apparire «*l'obbligo di scelta come libertà di scelta, senza suscitare alcun dissenso, resistenza o ribellione»*: Z. BAUMAN, *L'etica in un mondo di consumatori*, trad. it. F. Galimberti, Laterza, Bari-Roma, 2010, p. 125.

38 M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013, p. 130.

39 B. ROMANO, *La funzione del nichilismo giuridico nel nichilismo finanziario*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, p. 376.

40 Cfr. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Bari-Roma, 2007, p. 8, per il quale «*il diritto della modernità è tutto nei processi di produzione, nei meccanismi alacri e operosi»*.

41 *Liberi servi*, cit., p. 241.

42 In tema, oltre agli studi raccolti nell'assai significativo volume *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1953, può leggersi P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009.

43 N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 94.

44 N. IRTI, in E. SEVERINO-N. IRTI, *Dialogo su tecnica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, p. 45.

45 Ancora N. IRTI, *Dialogo su tecnica e diritto*, cit., p.65, nonché ID., *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 131.

Dinamiche, quelle appena descritte, pienamente operanti all'interno dei micro-sistemi normativi innervati dalla regolazione. Anche in questi ambiti, la legge ha difatti perso forza d'indirizzo, «*energia politica*», come dice Zagrebelsky⁴⁶, per divenire per lo più gestione, garanzia di determinati assetti, o al massimo adeguamento tecnico all'incessante divenire tecnico-economico. Una legge, che va assumendo le fattezze del provvedimento⁴⁷ e che sempre più promana dal Governo, tende naturalmente a sottrarre poteri alla pubblica amministrazione, per esercitarli direttamente⁴⁸: è un «*tempo esecutivo*», il nostro, osserva ancora Zagrebelsky⁴⁹. Vale anche per la regolazione indipendente, sempre più assorbita da questo incessante e alluvionale flusso legislativo⁵⁰ o da atti di indirizzo governativi invasivi delle attribuzioni dei Regolatori nella definizione della regola tecnica⁵¹.

3. Rivalità vs apatia

Come si sconfiggono, o almeno, come si provano a curare l'apatia e il nichilismo del nostro tempo, perché non divenga, in via definitiva, "il tempo dell'Inquisitore", meccanicamente soggiogato alla potenza della tecnica e dell'economia? È, questo, l'inquietante ultimo interrogativo che ci pone *Liberi servi*. Risposte forse non ve ne sono, e anche l'Autore sembra nel finale (*Post scriptum*) rassegnarsi alla sconfitta di un "umanesimo" ormai fuori tempo. Un qualche recupero può però essere forse tentato a partire proprio dalla regolazione dei mercati, laddove il diritto incontra, e tenta ancora di plasmare, l'incandescente materia tecnico-economica.

Due appaiono, in particolare, le vie di questo possibile recupero del diritto. In sintesi: "*più*" indirizzo politico (del Legislatore) e "*più*" discrezionalità (del Regolatore), circondata però da una rete di contenimento, di «*limitatori della discrezionalità ricavabili dal sistema*»⁵².

Indirizzo politico-generale e scelta regolatoria, in effetti, sono momenti e concetti di per sé non rivali anche se talora, in pratica, finiscono col sovrapporsi fino a dare vita a dialettiche contrapposizioni⁵³. Ma essenziale qui è ciò che li accomuna, ossia la *progettualità*, da intendersi come capacità di deter-

46 *Liberi servi*, cit., p. 263.

47 Ancora molto attuale si rivela quindi il classico studio di C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968.

48 Cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 19 ss.; S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p.13.

49 *Moscacieca*, cit., p. 11 ss.

50 Cfr. S. CASSESE, *La legge n. 481/1995. Crisi delle autorità indipendenti*, in *Energia*, n. 4/2015, p. 10.

51 Per l'analisi di alcuni di questi casi, con riferimento al settore energetico, possono leggersi S. LANZA-S. LUCATTINI, *L'Autorità per l'energia tra competizione e cooperazione*, in questa *Rivista*, 2015, p. 237 ss. Per riflessioni più generali sul sempre problematico rapporto autorità indipendenti/Governo cfr. invece 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.*, 2009, p. 435 ss.

52 Cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 712.

53 Cfr. Tar Lazio, sez. III-ter, 2 maggio 2006, n. 3017 (riformata da Cons St., Sez. VI, 28 marzo 2008, n. 1274), che rappresenta le sfere dell'indirizzo politico e della regolazione come «*cerchi concentrici ... in rapporto di continenza/specialità*», dove l'ellissi "maggiore" sarebbe quella descritta dall'atto d'indirizzo.

minare, in fase politico-ideativa⁵⁴, fini e orientamenti e di definire innovativi assetti d'interessi, a livello amministrativo-attuativo⁵⁵. Essa appare comunque in grado di stravolgere, con la sua incisività ed energia creativa, la fredda geometria della *governance*, il razionale e asettico coordinamento dei canali di produzione delle regole, che è poi la naturale cornice del nichilismo giuridico. Di fronte ad una «*legislazione dispersa*» – la crisi del principio di legalità –, la regolazione amministrativa, in particolare, può contribuire a «*fare limite*»⁵⁶. Perché la regolazione è, per sua natura, «*diritto duttile*» fatto di «*principi e decisioni su casi concreti*»⁵⁷. In tal senso, diritto “giudiziale”⁵⁸, che aspira a produrre certezze, anche attraverso la forza dell'interpretazione (di singoli casi, di singole controversie)⁵⁹, cui non è estranea, quindi, una valutazione degli interessi in gioco⁶⁰. Generale caratteristica della regolazione è, d'altronde, quella di «*conciliare principi e valori di sistema*», realizzando «*una sintesi “paritaria” ed “equilibrata” di una pluralità di interessi oggettivi e soggettivi, collettivi e individuali*»⁶¹. E non sempre questo bilanciamento tra principi, valori e interessi conduce ad una composizione, essendo possibile, al momento della decisione, non soltanto una «*reciproca “relativizzazione”*»⁶² ma anche una reciproca esclusione⁶³. Comunque sia, messe definitivamente da parte visioni avalutati-

54 Cfr. M. DOGLIANI, *L'indirizzo politico nei moderni ordinamenti policentrici*, in G. ROLLA (a cura di), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 22, nonché E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961; G. GROTTANELLI DE' SANTI, voce *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1988.

55 Cfr. G. HUSSERL, *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, 1998, trad. it. R. Cristin, Giuffrè, Milano, pp. 49-54, secondo cui l'attitudine a progettare il futuro sarebbe il tratto caratterizzante del potere amministrativo, che varrebbe a distinguerlo dal potere giurisdizionale esercitato dal giudice – “uomo del passato”.

56 L'espressione è di M. DOGLIANI, *Il principio di legalità. Dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 28. Sulle torsioni del principio di legalità, e la riemersione della teoria dei poteri impliciti, con particolare riferimento al potere regolamentare delle autorità indipendenti, è fondamentale G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 711 ss.

57 Cfr. in generale P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 30. Sulla regolazione come «decisione», vedasi A. TRAVI, *Contratti dell'energia e regolazione: la pubblica amministrazione come cliente*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 171.

58 Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto giurisprudenziale e il ruolo della dottrina*, in *Il giusto processo civile*, 2012, p. 4, che comprende tra le fonti del diritto giurisprudenziale, inteso come «*diritto applicato*» in concreto, anche le decisioni assunte dalle autorità indipendenti.

59 La certezza, come ricorda B. SORDI, *Una giustizia “facile, pronta, imparziale”: le aporie fondative del *pouvoir judiciaire**, in G. CHIODI-D. PULITANÒ (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 17, può infatti derivare anche dall'«*unità interpretativa*». Sul crescente generale rilievo dell'interpretazione giuridica, cfr. altresì N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Dir. e soc.*, 2009, p.480; P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, in *Dir e soc.*, 2011, pp. 41 e 45; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 8.

60 Anche l'interpretazione giurisdizionale, del resto, è intrisa di discrezionalità, come emerge fin dal pionieristico studio di A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975.

61 G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 102.

62 G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, Tomo II, p. 878.

63 I principi, «*avendo un peso, un'importanza che deriva loro dal valore di cui sono espressione*», sono sottoposti alla «*logica del possibile*», che li differenzia dall'«*o-tutto-o-niente*» tipico delle regole che «*o sono integralmente applicate o sono violate: non esiste una via di mezzo*»: G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 878.

ve e suggestioni magistraturali, i Regolatori sono pur sempre chiamati a effettuare, con ragionevolezza⁶⁴ e “pratica concordanza”⁶⁵, scelte discrezionali e giudizi di valore, superando la mai appagata «*ansia della discrezionalità*»⁶⁶ che da sempre caratterizza il tradizionale approccio al potere pubblico⁶⁷.

Il diritto, s'è detto, è «*il mondo della decisione*»⁶⁸, dell'interpretazione, della discrezionalità⁶⁹: vale per il legislatore, per il giudice, per l'amministrazione, specie quella di regolazione che cumula poteri normativi, d'esecuzione, giurisdizionali. La legge n. 481 del 1995 – la legge generale della regolazione –, del resto, con la sua varia molteplicità di obiettivi e finalità⁷⁰, legittima e, persino, “pretende discrezionalità”. Per una ponderata scelta amministrativa è allora essenziale che la regolazione sia innervata di fini⁷¹ e principi orientanti; come quelli fissati dalla legge 481, e non a caso estesi ai nuovi settori che di volta in volta entrano nel dominio della regolazione indipendente⁷². Principi «*polinormativi*»⁷³, che infondono gli ordinamenti giuridici preesistenti, imprimendovi criteri per decidere, per sciogliere le antinomie. Principi *sistemici*, validi cioè in tutto il micro-sistema regolatorio, mentre le regole sono settoriali e si adattano alla rapidità, mutevolezza, complessità tecnico-economica.

64 Sulla ragionevolezza come «*caratteristica connaturata all'esercizio del potere discrezionale*», cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 89.

65 Criterio richiamato da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 13 ss., ove si invoca «la convivenza dei principi», «*non la prevalenza di un solo valore e di un solo principio, ma la salvaguardia di tanti, contemporaneamente*».

66 Cfr. A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 66, il quale precisamente parlava di un'«*ansia mai appagata di una riduzione o trasformazione del margine della libertà riconosciuta all'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni*». In tema si veda, più di recente, G.D. COMPORTI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 21.

67 Ansia oggi solo in parte acquietata dall'«*amministrare per legge*», di cui parla S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, cit., p. 13.

68 N. IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 64.

69 Con la connessa dolorosa rinuncia alle «*geometrie*» e ai «*crystalli lucenti*» del giuspositivismo: P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. XII.

70 Leggasi l'art. 1, comma 1, della legge.

71 Nella prospettiva dei fini, svincolata dal dominio della tecnica come mera razionalizzazione dei mezzi, leggasi L. MENGONI, *Dialogo su diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1 ss. Sulla correlazione fini/principi del diritto, come «*essenza stessa del diritto come fatto culturale nel quale si esprime il modo d'essere di una struttura sociale*», vedasi invece N. LIPARI, *Intorno ai “principi generali del diritto”*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 29.

72 Cfr. art. 2, comma 1, d.p.c.m. 20 luglio 2012, «*Individuazione delle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ai sensi dell'articolo 21, comma 19 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214*» e art. 16 dello *Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*, che richiamano espressamente i principi della legge n. 481/1995, attribuendo all'Autorità per l'energia le funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici o in materia di rifiuti; rinvia alla medesima legge 481/1995, ma senza alcun riferimento ai principi, anche l'art. 36 della legge 24 gennaio 2012, n. 1, che ha istituito l'Autorità di regolazione dei trasporti. Fa però propendere per la tesi del generale rinvio all'intera legge, Corte cost., 15 marzo 2013, n. 41, per cui la nuova Autorità «*si iscrive nel sistema di regolazione indipendente dei servizi di pubblica utilità avviato con la legge 14 novembre 1995, n. 481*».

73 «*che accomunano un insieme di norme operanti in un unico campo di interesse*», li definisce A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I principi generali del diritto*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 1992, p. 23 s.

Nel mondo della regolazione, i principi sembrano possedere una particolare, ancipite, connotazione: da un lato, appunto, «*chiavi di lettura dell'azione*»⁷⁴, criteri-guida orientanti l'esercizio del potere discrezionale; dall'altro, argini, al dilagare delle logiche oggettive e sistemiche della stessa regolazione, e nei confronti di quella «*giuridicità camaleontica spiccatamente adattiva e teleologica*» che serve «*i mutevoli bisogni del mercato*»⁷⁵. Argine, un tempo potente e invalicabile, era il principio di legalità, oggi, però, da tempo in crisi⁷⁶; e argini sono tutti quei principi dell'ordinamento che rendono in concreto sindacabile l'atto di regolazione (per esempio il legittimo affidamento⁷⁷).

Ma, se la legalità è in crisi, dietro la «*mancaza di una norma tipicizzante*» si annida «*la tentazione*» delle autorità regolatrici «*di abbandonare la logica della regola di garanzia*»⁷⁸, a favore di ben più pragmatiche logiche finalistiche, che tendono a enucleare poteri (impliciti) dalla generica enunciazione di obiettivi o valori⁷⁹. Lungo questo orizzonte teleologico, da fini elevati e generali – la *stabilità* (degli operatori bancari)⁸⁰; la *tutela* (dei consumatori dei servizi pubblici)⁸¹ – si possono dunque attingere altrettanto ampie legittimazioni: fino all'eterogenesi di comprimere, rallentare, o non far nascere la concorrenza. A questo punto, però, la regolazione rischia di inclinare verso nuove forme di dirigismo – munite peraltro di armi ancor più affilate di quelle in possesso dei

74 Cfr. N. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 29.

75 Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 91 s.

76 Cfr. *ex plurimis* B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 1 ss.

77 La Cassazione (sez. V, 13 maggio 2009, n. 10982; 6 ottobre 2006, n. 21513; 10 dicembre 2002, n. 17576) ha, del resto, ormai da tempo riconosciuto il principio di legittimo affidamento come «*immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico*», elevandolo a «*uno dei fondamenti dello Stato di diritto nelle sue diverse articolazioni*». Per una concreta applicazione di questo principio alla regolazione, cfr. Tar Lombardia, Sez. III, 13 maggio 2011, n.1236, che sottolinea la «*necessità*», per il regolatore dell'energia, «*di garantire "certezza" delle situazioni giuridiche*». Certezza del diritto che, come s'è detto (F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit., p. 9), costituisce la «*norma principio di chiusura*» dell'ordinamento europeo, come emerge chiaramente dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia: cfr., tra le molte, le sentenze 17 luglio 2008, C-374/06 e 10 settembre 2009, C-201/08.

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

79 Letture estensive e teleologiche talora avallate dalla giurisprudenza: cfr. Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, secondo cui l'Autorità per l'energia, nella sua funzione di regolazione dei mercati, si «*autoprogramma*» secondo la «*tecnica del programma legislativo aperto*», nella creazione dinamica della regola «*tecnicamente più idonea a regolare la fattispecie*».

80 Nota F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 79, come i pervasivi *standard* di comportamento bancario imposti dai regolamenti di Basilea costringano l'attività bancaria entro una sorta «*contabilità di Stato*», in cui «*la legalità, cioè la corrispondenza dell'operazione alla norma, prevale, e si sostituisce alla valutazione di opportunità economica dell'operazione*». Paradossalmente, qui, la logica del principio di legalità viene dunque applicate alle imprese bancarie, infine «*alterando il funzionamento della concorrenza e dei mercati*» (*op. ult. cit.*, p. 80).

81 È la logica, quella di tutelare un consumatore mai sufficientemente «*capacitato*», che presiede il mantenimento di prezzi regolati delle forniture dell'energia elettrica e del gas naturale (mantenimento che ha dato luogo ad un ampio contenzioso, nazionale e comunitario, sull'esistenza del potere del regolatore di definire prezzi «*di riferimento*» anche in un mercato ormai pienamente liberalizzato; in merito cfr. *amplius*, 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*, Giappichelli, Torino, 2010, p.184 s.). Cfr., però, l'art. 30, comma 2, del disegno di legge concorrenza che sembra porre fine a questo regime «*transitorio*».

vecchi pianificatori⁸² –, che tendono a realizzare lo sviamento del fine affidato alle autorità, di creare o simulare il mercato concorrenziale⁸³.

Ancora, insomma, il seducente fascino senza tempo dei «palazzi di cristallo». E, sullo sfondo, il rifiuto per «ciò che appare caotico e corrispondente alla geometria della natura», che è, irriducibilmente, «una geometria di curve irregolari»⁸⁴; l'ostinata ritrosia a fare fino in fondo i conti con il disordine dei mercati⁸⁵, la pluralità dei fini, con un pulviscolo di interessi rivali, «senza cercare, consciamente o inconsciamente, di inserirli in (o di escluderli da) una visione unitaria, immutabile, onnicomprensiva, a volte contraddittoria o incompleta»⁸⁶, bensì nella logica – coestensiva – del pluralismo dei valori per cui «i fini umani sono molteplici, non tutti commensurabili e in perpetua rivalità l'uno con l'altro»⁸⁷.

Una vitale “rivalità”, una lotta tra interessi, opposta all'apatia del presente voluta dall'Inquisitore.

(Simone Lucattini)

82 Come osserva F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, cit., p. 96.

83 Cfr. ancora F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in F. FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 16 s.

84 Così A. PREDIERI, *Trattato di Amsterdam e frattali*, in *Dir. un. europea*, 1998, p. 264, ove, con largo anticipo sui tempi, si getta luce sul valore euristico di quella «rivalutazione del disordine» caratterizzante la geometria dei frattali, rispetto ai «modelli geometrici euclidei o newtoniani uniformi ed elementari».

85 Cfr. B.B. MANDELBROT, *Il disordine dei mercati. Una visione frattale di rischio, rovina e redditività*, trad.it. di S. Frediani, Einaudi, Torino, 2005.

86 I. BERLIN, *Il riccio e la volpe*, trad. it. G. Forti, Adelphi, Milano, 1998, p. 72.

87 I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, trad. it. G. Rigamonti e M. Santambrogio, Feltrinelli, Milano, 2010, p. 221.



DIBATTITI

Ottemperanza al giudicato di annullamento e regolazione retroattiva

Francesco Sclafani

Il 14 luglio 2015, presso la LUISS Guido Carli di Roma, si è svolto un seminario organizzato dall'Osservatorio sulle comunicazioni elettroniche dal titolo Ottemperanza al giudicato e regolazione retroattiva. I contributi di seguito raccolti costituiscono la sintesi degli interventi tenuti dai relatori.

1. Il seminario che sono stato chiamato ad introdurre, che prende spunto dall'esperienza già maturata nel settore delle comunicazioni elettroniche ma che aspira a fornire spunti e riflessioni utili per tutti i settori regolati, riguarda in particolare la regolazione retroattiva conseguente ad un annullamento giurisdizionale, ma come sappiamo sono due le ragioni che possono portare il regolatore a dover provvedere "ora per allora": 1) il c.d. concerto regolatorio che prevede la consultazione della Commissione europea; 2) il sindacato giurisdizionale. Infatti il regolatore è tenuto a fare i conti sia con la Commissione Europea che con il Giudice Amministrativo ed i lunghi tempi del procedimento prima e dell'inevitabile processo dopo (visto l'alto tasso di contenzioso sulla regolazione dei mercati) lo costringono spesso a rincorrere il passato. Possiamo quindi dire che questi due momenti di confronto nel procedimento e nel processo non sono sempre compatibili con i tempi del mercato che ha bisogno di una regolazione stabile e tempestiva.

Sia gli operatori che i regolatori soffrono questa situazione perché una regolazione fatta per il passato pone grossi problemi in termini di certezza e stabilità del quadro regolatorio e di certo non agevola l'attività di impresa; questo riguarda prevalentemente la regolazione tariffaria, dove è possibile procedere a compensazioni e conguagli sul passato, mentre è più difficile ipotizzare una regolazione retroattiva in altri ambiti in cui si tratta di disciplinare la condotta delle imprese.

Recentemente sono intervenute alcune novità che hanno reso di grande attualità questo tema anche al di fuori della regolazione economica dei mercati e che hanno messo a fuoco la questione teorica che sta dietro al problema pratico oggetto di questo seminario. La questione teorica riguarda il rapporto tra due principi fondamentali: da un lato, il principio della irretroattività della regola (si regola per il futuro), nel cui ambito c'è il tema più specifico della diversa disciplina della irretroattività del provvedimento amministrativo e della irretroattività della legge, dall'altro il principio della effettività della tutela giurisdizionale secondo il quale «*il tempo necessario per dare ragione a chi ce l'ha non deve andare a danno di chi ha ragione*» (per dirla con Chiovenda). Occorre quindi trovare un punto di equilibrio tra questi due principi.

Alcune recenti sentenze della Corte Costituzionale hanno affrontato l'argomento: a) nella sentenza che ha annullato la legge elettorale si è posto il problema se, nell'ambito dei rapporti esauriti (che, com'è noto, sono fatti salvi dall'annullamento retroattivo della legge) rientrano anche le nomine degli elet-

ti¹; b) in sede di annullamento della legge sulla c.d. Robin Hood Tax (maggiorazione IRES) la Consulta ha espressamente motivato sulle ragioni che l'hanno indotta ad escludere la retroattività dell'annullamento²; c) la sentenza che ha dichiarato incostituzionale il blocco della contrattazione collettiva nel pubblico impiego ha disposto anch'essa un annullamento con efficacia *ex nunc*³.

Ma il tema è ormai di grande attualità anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, a partire da una sentenza del 2011⁴ per finire con una recente decisione dell'Adunanza Plenaria (la n. 4/2015)⁵ che, nel fare il punto sull'effettività della tutela nel processo amministrativo, ha sottolineato come il giudice amministrativo, nell'annullare l'atto, debba modulare gli effetti della sua pronuncia richiamando, in tal modo, un'azione di annullamento con effetto atipico.

Leggendo queste novità sorge spontanea una domanda: stiamo andando verso un nuovo tipo di annullamento con effetti non retroattivi? Se così fosse dovremmo porci anche altri interrogativi che esulano dal processo, ad esempio dovremmo chiederci se avrebbe ancora una ragion d'essere la differenza tra annullamento e revoca del provvedimento. In verità nessuna norma dice espressamente che l'annullamento giurisdizionale debba essere retroattivo, in particolare non lo dice il codice del processo amministrativo, mentre l'art. 21 nonies della legge n. 241/1990, nel disciplinare l'annullamento d'ufficio lascia intendere che possono essere fatti salvi alcuni effetti prodotti dal provvedimento annullato («*entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*»). Quindi, se nell'annullamento d'ufficio si tiene conto del tempo trascorso e dell'affidamento che si è creato nei controinteressati, perché non se ne dovrebbe tener conto in sede di annullamento giurisdizionale?

Lo stesso art. 113, comma 3, Cost. dispone che sia la legge a determinare quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa: tale norma non è di ostacolo ad una tutela giurisdizionale che contempra anche l'annullamento *ex nunc*.

Quindi il legislatore non impedisce al giudice amministrativo di annullare il provvedimento con effetto non retroattivo. Tuttavia è evidente che un impedimento – o se vogliamo un limite – a questo tipo di annullamento c'è ed è dato dal principio di effettività della tutela giurisdizionale che ha un rilievo centrale nel sistema processuale nazionale ed europeo e che il giudice non può ignorare al fine di fornire al soggetto la tutela più ampia e pienamente soddisfacente delle sue ragioni.

Nel processo amministrativo, il principio di effettività è enunciato (anche nel titolo) dall'art. 1 c.p.a. che parla di «*tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*»; nella Costituzione, tale principio trova fondamento negli artt. 24, 111 e 113; mentre nel diritto sovranazionale è rico-

1 Sentenza 13 gennaio 2014, n. 1.

2 Sentenza 11 febbraio 2015, n. 10.

3 Sentenza 23 luglio 2015, n. 178.

4 Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

5 Si vedano anche Cons. St., sentenza 9 marzo 2011, n. 1488; TAR Abruzzo, Pescara, sentenza 13 dicembre 2011, n. 700; Cons. St., sentenza 26 gennaio 2012, n. 340; Cons. St., sentenza 5 gennaio 2011, n. 17; Cons. St., sentenza 7 gennaio 2013, n. 21.

nosciuto nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nell'art 13 della CEDU.

Tuttavia, non va dimenticato che l'art. 264 TFUE prevede espressamente la possibilità che il giudice comunitario annulli con effetto non retroattivo gli atti sottoposti al suo giudizio, tant'è che la giurisprudenza comunitaria ha ormai acquisito una certa dimestichezza con tale meccanismo⁶.

2. Venendo al tema specifico del seminario, che riguarda il sindacato giurisdizionale sulla regolazione economica dei mercati, è opportuno partire da alcune considerazioni di fondo.

La prima considerazione è che il controllo del giudice sugli atti di regolazione è sempre stato avvertito come un nervo scoperto da ambo le parti: da un lato le imprese si lamentano perché la riserva di merito delle autorità indipendenti non consentirebbe un sindacato penetrante e pienamente satisfattivo del loro diritto d'impresa, dall'altro le autorità avvertono l'intervento del giudice come un attentato alla loro competenza tecnica e persino alla loro indipendenza. Tuttavia, non va dimenticato che indipendenza significa autonomia dal Governo e quindi dalla politica, non significa ovviamente distanza dal giudice e quindi irresponsabilità. Ciononostante, non è mancata l'osservazione che nel modello delle autorità indipendenti assumerebbe rilievo anche il rapporto col giudice nel senso che esse avrebbero titolo per reclamare uno statuto speciale che in qualche modo le metterebbe al riparo da una giurisdizione troppo invasiva (tant'è che vi fu anche una proposta legislativa di limitare il sindacato sull'eccesso di potere al «*palese errore di apprezzamento e alla manifesta illogicità*» e ridurre il processo ad un solo grado di giudizio, sul presupposto che un grado di giudizio si svolge già dinanzi alle autorità).

Questa tesi non è condivisibile per due ragioni: a) perché le autorità indipendenti sono estranee al circuito politico rappresentativo quindi il sindacato giurisdizionale è l'unico controllo sul loro operato e per questo non v'è ragione di limitarlo, anzi deve essere un controllo pieno purché sia di sola legittimità e non sostitutivo; b) perché oggetto del sindacato giurisdizionale non sono le istituzioni ma il prodotto della loro azione amministrativa, ovvero i provvedimenti; e ci sono provvedimenti fatti bene e provvedimenti fatti male; in genere quelli delle autorità indipendenti hanno un alto livello qualitativo nel panorama generale della PA, quindi il c.d. "statuto speciale" non riguarda le autorità ma i provvedimenti ben fatti e bisogna guadagnarselo sul campo.

Il dibattito sulla regolazione e sul sindacato di legittimità a cui essa è sottoposta è sempre stato caratterizzato da un duplice possibile approccio: economico e giuridico. Gli economisti guardano in basso, si rivolgono al mercato e quindi si preoccupano più degli effetti economici che della legittimità della regolazione. I giuristi, invece, guardano in alto, si rivolgono alla legge, la loro preoccupazione è la legittimità della regolazione salvo poi difenderla in giudizio cercando di estendere il più possibile l'area del c.d. merito amministrativo sottratto al sindacato di legittimità.

Oggi, però, non è più possibile rifugiarsi nel merito perché il sindacato sull'eccesso di potere è diventato sempre più penetrante, il giudice amministrativo ormai non si spaventa più di fronte ai tecnicismi, li vuole capire e quindi tanto vale che anche i difensori lo aiutino a capire. Per garantire una rego-

⁶ Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, C-81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, C-164/97 e 165/97.

lazione stabile non serve rifugiarsi nel tecnicismo e nell'insindacabilità del merito al fine di invocare un sindacato debole, serve invece che la giurisprudenza fornisca indicazioni chiare, stabili e in tempi ragionevoli, perché l'evoluzione dei mercati è straordinariamente veloce e sia le imprese che i regolatori hanno bisogno di sapere al momento giusto quali sono i limiti della loro azione.

La seconda considerazione riguarda la chiarezza della regolazione e delle sentenze che si pronunciano su di essa. Viviamo in un mondo molto complesso, disciplinato da regole complesse, fatte di leggi poco chiare, ma anche di una regolazione amministrativa a sua volta oscura e tutto ciò non fa che alimentare il contenzioso. Da un lato gli operatori si rivolgono al giudice perché la regolazione è suscettibile di diverse interpretazioni, dall'altro, capita anche di leggere sentenze che a loro volta non soddisfano questa esigenza di chiarezza. A volte l'effetto conformativo della sentenza di annullamento non è chiaro e il regolatore non sa come ottemperare al giudicato, tant'è che si è fatto spesso ricorso all'art. 112, comma 5, c.p.a per ottenere chiarimenti sulle modalità di ottemperanza.

La terza considerazione riguarda il provvedimento amministrativo. Non dobbiamo dimenticare che, di regola, esso non ha efficacia retroattiva. La regola è la irretroattività del provvedimento con quattro eccezioni: 1) i provvedimenti retroattivi per legge; 2) quelli retroattivi per doverosa esecuzione di pronunce giurisdizionali o giustiziali; 3) quelli retroattivi per natura; 4) quelli retroattivi in *bonam partem*. Quindi l'annullamento giurisdizionale con efficacia retroattiva e il conseguente intervento della regolazione retroattiva in ottemperanza al giudicato si inseriscono nell'ambito di una eccezione rispetto alla regola.

Infine, occorre considerare che la regolazione è un'attività *lato sensu* normativa quindi il concetto di retroattività è diverso da quello del provvedimento amministrativo, quest'ultimo si riferisce in genere a fatti già accaduti, mentre gli atti normativi contemplan fatti che devono ancora accadere.

Ma se analizziamo le decisioni in cui il giudice amministrativo ha annullato con effetto non retroattivo ci accorgiamo che lo ha fatto perché si trattava di fattispecie in cui ciò non arrecava alcun danno alle parti del processo, quindi ha sempre avuto come punto di riferimento l'interesse ad agire senza mai pregiudicare il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

Invece, la Corte Costituzionale, nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax sembra fare i conti con tutti i principi tranne che con quello di effettività⁷. Anzi c'è un passaggio in cui riconosce che in virtù della declaratoria di illegittimità costituzionale gli interessi della parte ricorrente trovano una "parziale" soddisfazione nella eliminazione della disposizione illegittima con effetto *ex nunc*, ed è evidente che se la soddisfazione è solo parziale vuol dire che il principio di effettività non è rispettato.

Io non credo che il giudice amministrativo possa arrivare a dire la stessa cosa anche se in materia di regolazione abbiamo a che fare con atti normativi e quindi con un sindacato che si avvicina (come schema logico) a quello delle leggi. In un processo amministrativo – che rimane pur sempre di tutela di inte-

⁷ La cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime dal solo giorno della pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica risulta costituzionalmente 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».

ressi soggettivi anche quando riguarda atti normativi – mi sembra difficile che l'efficacia retroattiva dell'annullamento (ovvero il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale) possa essere sacrificata in nome del pubblico interesse alla certezza regolatoria come ha fatto la Corte Costituzionale in nome dell'interesse delle pubbliche finanze.

In conclusione io credo che la nostra discussione possa ruotare intorno a tre domande:

1) stiamo andando verso una forma di annullamento con effetti atipici, che possono essere di volta in volta modulati dal giudice amministrativo?

2) quanto il nuovo processo amministrativo, sempre più orientato sul rapporto, incide su questa tendenza?

3) fino a che punto il giudice amministrativo potrà spingersi nel far salvi gli effetti prodotti dalla regolazione illegittima?

Francesco Caringella

Uno dei caratteri tradizionali dell'annullamento per illegittimità del provvedimento amministrativo risiede nella caducazione del provvedimento con efficacia *ex tunc*, e il conseguente travolgimento di tutti gli effetti medio tempore prodotti dall'atto.

Tale impostazione, fortemente destabilizzante per i provvedimenti tariffari in quanto implicante, anche a distanza di un lasso di tempo significativo e a fronte di una situazione di mercato profondamente mutata, è stata revocata in dubbio dalla pronuncia del Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, la quale, in applicazione dei principi di giustizia sostanziale di effettività e proporzionalità della tutela giudiziaria, di derivazione comunitaria, ha sfatato il dogma della necessaria retroattività dell'annullamento dell'atto illegittimo.

In particolare, il Consiglio di Stato, inaugurando un indirizzo poi seguito da molte decisioni successive, ha evidenziato che l'annullamento *ex tunc* del provvedimento impugnato rinviene le sue radici non già in una disposizione di legge, ma in una prassi, suscettibile di essere derogata tutte le volte in cui l'annullamento retroattivo dell'atto costituisce una misura eccessiva – e pertanto non soddisfacente – delle istanze di tutela del ricorrente (o addirittura lesiva della sua sfera di interesse).

È quanto accade, ad avviso del supremo Consesso di Giustizia amministrativa, nelle ipotesi in cui il ricorrente impugna l'atto al fine di giovare dell'effetto conformativo del giudicato pro futuro, ove si lamenti l'insufficienza di determinate misure adottate con il provvedimento.

Nella specie, una associazione ambientalista aveva impugnato un piano faunistico venatorio, il quale avrebbe dovuto contenere determinate prescrizioni ed essere soggetto a specifici incombenzi procedurali.

Orbene il Consiglio osserva che, dinanzi a fattispecie di tal fatta, «non è utilizzabile la regola secondo cui l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti "ora per allora" [...].

Quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale,

ad avviso del Collegio la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi».

Il Consiglio di Stato, inoltre, osserva che la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento. Anzi, un implicito riconoscimento alla possibilità di caducare gli atti amministrativi solo per l'avvenire è rinvenibile nell'art. 21-nonies legge n. 241/1990, il quale, nel richiamare il legittimo affidamento del destinatario del provvedimento quale limite al suo annullamento d'ufficio, consente di lasciare intatti gli effetti già prodotti da un provvedimento illegittimo.

Pertanto, «il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la *regula iuris* in concreto enunciata)».

Tali conclusioni sono indotte anche dall'applicazione dei principi nazionali, comunitari e CEDU sulla effettività della tutela giurisdizionale.

«Quanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dagli articoli 6 e 13 della CEDU, dagli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione e dal Codice del processo amministrativo, si deve ritenere che la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale», con la conseguenza che «il giudice può emettere le statuizioni che risultino in concreto soddisfattive dell'interesse fatto valere e deve interpretare coerentemente ogni disposizione processuale».

Anche la giurisprudenza comunitaria, peraltro, ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato.

Tale potere valutativo prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era previsto espressamente nel caso di riscontrata invalidità di un regolamento comunitario (v. l'art. 231 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), ma era esercitabile – ad avviso della Corte – anche nei casi di impugnazione delle decisioni, delle direttive e di ogni altro atto generale .

La Corte di Giustizia è dunque titolare anche del potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante.

Tale giurisprudenza, come sopra segnalato, ha ormai trovato un fondamento testuale nel secondo comma dell'art. 264 (ex 231) del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti («Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi»).

In applicazione dei sopra richiamati principi, consegue pertanto che «anche il giudice amministrativo nazionale possa differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo».

Il Consiglio conclude affermando che «ove il Collegio annullasse *ex tunc* ovvero anche *ex nunc* il piano» in ragione della mancata attivazione di determinati incombenzi procedurali, «sarebbero travolte tutte le prescrizioni del piano, e ciò sia in contrasto con la pretesa azionata col ricorso di primo grado, sia con la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio pugliese di qualsiasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato (retrospettivamente o a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, nei casi rispettivamente di annullamento *ex tunc* o *ex nunc*). In altri termini, l'annullamento *ex tunc* e anche quello *ex nunc* degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice *ex lege* l'associazione appellante».

La decisione in esame – che può consentire una modulazione degli effetti assai preziosa in settori sensibili come quello dei provvedimenti regolatori e tariffari – è stata sottoposta a critica da severa dottrina (TRAVI) la quale, per un verso, ha censurato il sapore pretorio dell'operazione ermeneutica, che si porrebbe in contrasto con la tipicità del contenuto dell'azione e della sentenza di annullamento oltre che con la riserva di legge prevista dall'art. 113, comma 3, Cost., che attribuisce solo alla legge il compito di stabilire gli effetti dell'annullamento dell'atto, con conseguente impossibilità che il giudice deroghi in via interpretativa alla regola dell'efficacia retroattiva della pronuncia costitutiva; per altro verso, ha sottolineato che il principio della domanda osta a una decisione che, a fronte di una domanda tesa alla demolizione retroattiva dell'atto, il giudice si limiti all'accertamento non demolitorio o alla caducazione non retroattiva del provvedimento impugnato.

Le critiche non colgono nel segno.

Quanto alla prima obiezione, si deve replicare che nessuna legge, sostanziale o processuale, sancisce la regola della retroattività degli effetti della pronuncia di annullamento, con la conseguenza che, in coerenza con la generale atipicità delle azioni e delle pronunce, non può che spettare al giudice il compito di distillare gli effetti della propria decisione, in guisa da offrire la tutela migliore all'interesse del ricorrente, tale essendo quella necessaria e sufficiente a soddisfare in modo pieno l'interesse azionato senza frustare in modo inutile l'interesse pubblico e la sfera giuridica dei controinteressati.

In ordine alla seconda censura, si deve rimarcare che la domanda di annullamento contiene sempre, e per definizione, come il più reca il meno, il *quid minus* della domanda di mero accertamento dell'illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori. È quindi coerente con il principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c. del codice di rito civile una decisione che effettui questo accertamento adottando una misura che eviti di concedere un *quid plus* rispetto a quanto sia necessario per gratificare in modo pieno il bisogno di tutela. E tanto in omaggio alla regola processualistica secondo cui l'interesse a ricorrere, *ex art. 100 c.p.c.*, è una condizione dell'azione, che, come tale, non solo la condiziona sul piano dell'*an* ma la limita sul versante della portata delle pronunce conseguibili.

Va soggiunto che la soluzione dalla portata "mobile" della pronuncia

adottabile dal giudice a fronte di un ricorso di annullamento è vieppiù confortata:

a) dal principio di effettività della tutela, sposato con quello di sussidiarietà, che impone di evitare all'amministrazione o ai controinteressati sacrifici non utili e non necessari al fine di garantire una piena tutela dall'interesse del ricorrente (in questa prospettiva può considerarsi praticabile la limitazione della portata dell'effetto costitutivo al momento della notifica del ricorso, frangente a partire dal quale l'affidamento del terzo e della stessa amministrazione non può più considerarsi legittimo alla luce della conosciuta denuncia dei vizi che affliggono il provvedimento gravato);

b) dall'argomento di teoria generale secondo cui, anche nel diritto privato, la regola della retroattività reale della sentenza di annullamento del contratto è passibile di deroghe finalizzate alla tutela dell'incapace (art. 1443 c.c.) e del terzo subacquirente (artt. 1445 e 2038 c.c.);

c) dalla considerazione sistematica secondo cui l'attribuzione al giudice del potere di decidere quando annullare l'atto illegittimo (v. art. 34, comma 3, c.p.a.) implica anche, per continenza, il potere, meno incisivo, di stabilire da quando far decorrere la portata della sentenza che decapita l'atto;

d) dal rilievo concettuale secondo cui la centralità assunta, nell'architettura dell'interesse legittimo, dal bene della vita desiderato o difeso, fa sì che la pronuncia, coerentemente a un giudizio spostato sul rapporto, debba limitarsi a concedere tutto e solo quello che è necessario per soddisfare tale pretesa sostanziale;

e) dall'analisi comparatistica e comunitaria, che, sia per l'annullamento giurisdizionale che per quello in autotutela (si pensi all'*abrogation* francese e all'*annullación* spagnola), evidenzia i temperamenti apportati alla regola della retroattività dell'annullamento dell'atto quando questa misura risulti manifestamente eccessiva ai fini della tutela dell'interesse del privato in rapporto alle posizioni rivali ed antagoniste.

Resta allora confermato che il giudice amministrativo assurge a "signore" degli effetti delle proprie pronunce, chiamato come tale al non agevole compito di calibrare la misura della tutela, necessaria e sufficiente, onde placare l'ansia di protezione che anima il ricorso in seno a un giudizio comparativo attento ad evitare gratuite lesioni all'interesse pubblico ed alla sfera dei controinteressati.

Antonio Perrucci

L'analisi che segue riguarda l'impatto sull'attività di regolamentazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom od anche Autorità) derivante da alcune recenti sentenze del Consiglio di Stato che hanno comportato la revisione, talora alquanto rilevante, delle delibere con cui l'Autorità aveva disciplinato negli anni precedenti i mercati delle comunicazioni elettroniche ed il servizio universale telefonico. In tal senso, l'esame è comunque circoscritto, in quanto non si prendono in considerazione altre sentenze che hanno riguardato mercati diversi, quali ad esempio quelli dell'audiovisivo, né decisioni Agcom relative all'attività di vigilanza o di risoluzione delle controversie.

1. L'analisi di soffermerà fondamentalmente sulle sentenze che riguardano provvedimenti di analisi di mercato, riservando solo un cenno a quelle relative al calcolo del costo netto del Servizio Universale (SU).

Il primo riferimento è alle sentenze del Consiglio di Stato relative alla tariffa di terminazione dell'operatore H3G, ossia alle sentenze n. 21 e n. 3636 del 2013, entrambe relative al periodo 1 novembre 2008-30 giugno 2009.

La sentenza n. 21 dispone l'annullamento della delibera 446/08/CONS, con la quale l'Autorità ha rivisto, a partire dal novembre 2008 e fino al 30 giugno 2009, la tariffa di terminazione di H3G, precedentemente fissata dalla delibera 628/07/CONS. Più precisamente, la delibera 446/08/CONS ha previsto la riduzione del valore della tariffa di terminazione di H3G a 13 euro cent/minuto, rispetto ai 16,26 euro cent/minuto stabiliti dalla delibera 628/07/CONS.

Nella sentenza in questione, il Consiglio di Stato contesta:

i) un difetto di motivazione in relazione alla decisione dell'Autorità di anticipare la riduzione della tariffa di H3G rispetto alla scadenza stabilita dalla precedente delibera (628/07/CONS);

ii) un difetto d'istruttoria, in quanto non si è tenuto conto della Contabilità Regolatoria dell'operatore H3G.

Le soluzioni prospettate dalla sentenza per ottemperare sono due:

i) ripristinare la situazione anteriore, cioè le tariffe previste dalla delibera 628/07/CONS;

ii) rinnovare il procedimento, emendato dai vizi riscontrati.

L'Autorità, considerati alcuni dubbi interpretativi circa le modalità di ottemperanza, anche alla luce della sentenza favorevole con cui lo stesso Consiglio di Stato aveva respinto i ricorsi di TIM, Vodafone e Wind sempre in relazione alla delibera 446/08/CONS, ha proposto un ricorso al Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a.

Il Consiglio di Stato ha – quindi – emesso la sentenza 3636/2013 che chiarisce come l'Autorità deve procedere.

Di conseguenza, l'Autorità ha proceduto alla rinnovazione del procedimento, volto a ridefinire la tariffa di terminazione di H3G nel periodo 1 novembre 2008-30 giugno 2009 e, dopo un'apposita consultazione pubblica ed il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), è pervenuta (delibera 365/14/CONS) alla fissazione dei nuovi valori della tariffa di terminazione di H3G: 16,26 euro cent/minuto per l'ultimo bimestre 2008 e 13 euro cent/minuto per il primo semestre 2009.

Di fatto, la tariffa di terminazione di H3G per il periodo in esame è stata definitivamente fissata nel luglio 2014, ossia oltre 5 anni dopo. Al momento, si è in attesa dell'esito dei ricorsi avverso la delibera in esame (365/14/CONS).

Sul versante europeo, la decisione dell'Autorità di non notificare la suddetta delibera di ottemperanza non ha comportato la reazione di Bruxelles mediante censure o l'adozione di provvedimenti della Commissione, se non una menzione (critica) nell'ambito del capitolo italiano dell'ultimo Implementation Report⁸.

Sul piano sostanziale, la riforma della decisione dell'Autorità in ottemperanza alle citate sentenze del Consiglio di Stato, ha determinato un «conguaglio» a favore di H3G da parte di tutti gli operatori (mobili e fissi) che terminano traffico sulla rete di H3G.

⁸ Implementation of the EU regulatory framework for electronic communications, 2015.

A quanto risulta, non vi sono stati effetti di traslazione dei costi sui clienti dei vari operatori. Né da parte di quelli che hanno registrato maggiori oneri per l'innalzamento del prezzo di un input intermedio (la terminazione H3G), né da parte della stessa H3G, che non ha ridotto i corrispondenti prezzi per la propria clientela: non quantomeno con riferimento al periodo in esame.

La seconda decisione del Consiglio di Stato in materia di analisi di mercato riguarda la sentenza n. 725/2014, con cui il giudice amministrativo ha ritenuto insufficienti le motivazioni addotte dall'Autorità nella definizione della tariffa di terminazione di H3G, nell'ambito del procedimento che disciplina i mercati delle terminazioni dei quattro operatori mobili infrastrutturati (delibera 621/11/CONS).

In particolare, la sentenza contesta:

- i) la cessazione anticipata (rispetto al 1° gennaio 2014) della misura dell'asimmetria tariffaria a favore di H3G;
- ii) l'entità della riduzione della tariffa di H3G (del 20%).

A questo proposito, la sentenza stabilisce che *«la riduzione della differenza tra la tariffa di H3G e quelle degli altri operatori mobili deve rispettare un rigoroso criterio di proporzionalità, ossia al crescere della percentuale della popolazione coperta dalle frequenze in banda 900 MHz rilasciate ad H3G deve fare riscontro una corrispondente riduzione percentuale della differenza tra la tariffa di H3G e quelle degli altri operatori»*.

In questo caso, il Consiglio di Stato ha sostanzialmente indicato la metodologia per stabilire l'asimmetria tariffaria e, quindi, concorso a definire la tariffa di H3G, dal momento che quelle degli altri tre operatori mobili sono state stabilite dall'Autorità, con l'approvazione della Commissione e senza che intervenissero sentenze sfavorevoli del Giudice Amministrativo.

Il grado di discrezionalità dell'Autorità si è di fatto ristretto alla modalità con cui calcolare la riduzione percentuale: se a partire dalla differenza assoluta tra le tariffe di terminazione, oppure dalla differenza percentuale tra le stesse.

Anche in questo caso, con delibera 259/14/CONS, l'Autorità ha provveduto a dare ottemperanza, previa consultazione pubblica nazionale e parere di AGCM sullo schema di provvedimento, senza procedere a notificare il provvedimento a Bruxelles.

In estrema sintesi, l'asimmetria è stata prolungata fino al 1° gennaio 2014 e per il 2013 è stata ricalcolata – in aumento rispetto a quanto previsto dalla delibera 621/11/CONS – la nuova tariffa di terminazione di H3G, nel rispetto del suddetto principio di proporzionalità con le frequenze 900 MHz disponibili per H3G.

Per gli effetti, valgono le considerazioni svolte in relazione al caso precedente.

Da ultimo, sempre nel 2013, tre sentenze del Consiglio di Stato (nn. 1645, 1837 e 1865) hanno annullato parti significative della delibera che regola i mercati per il periodo 2010-2012 i mercati dell'accesso da rete fissa (delibera 731/09/CONS) e del provvedimento che definisce il modello di costo per la determinazione delle tariffe (delibera 578/10/CONS).

Le censure del Consiglio di Stato sono relative a quattro aspetti, riconducibili a:

- i) la metodologia per determinare le tariffe di alcuni servizi (*naked bitstream* e WLR);
- ii) la metodologia per il calcolo del costo della manutenzione correttiva ed il suo impatto sul canone di *unbundling*;
- iii) la composizione dei panieri relativi a canoni e contributi per l'*unbundling*;

iv) la distinzione tra prezzi dei servizi WLR per clientela residenziale e business.

Dopo una approfondita istruttoria, l'Autorità ha sottoposto prima a consultazione pubblica ed al parere dell'AGCM, quindi alla Commissione europea, una proposta di provvedimento di ottemperanza, relativamente a tutti gli aspetti metodologici ed ai prezzi dei servizi di *unbundling*⁹.

In questo caso, la rilevanza delle censure mosse dal Consiglio di Stato, unitamente all'elevato grado di discrezionalità che residuava all'amministrazione per la rivalutazione dei profili tecnici e metodologici, hanno condotto ad una parziale, ma significativa, revisione dell'impianto della delibera con cui venivano disciplinati i mercati dell'accesso. Vista la portata di tali modifiche, l'Autorità ha ritenuto – in questo caso – di dover richiedere un apposito parere alla Commissione europea ed ha, pertanto, notificato la proposta di delibera.

La Commissione, attraverso una lettera di commenti, ha di fatto preso atto delle modifiche apportate dall'Autorità all'analisi dei mercati dell'accesso per il periodo 2010-2012, senza muovere osservazioni di rilievo.

La decisione finale dell'Autorità (delibera 86/15/CONS) ha prodotto effetti redistributivi tra l'*incumbent* e gli operatori alternativi, a seguito della riduzione delle tariffe di alcuni servizi di accesso.

Come nei due casi precedenti, è stata sollevata la questione della certezza del quadro regolamentare, dal momento che – a distanza di 5 anni – venivano riviste tariffe programmate per un triennio antecedente (2010-2012).

In particolare, è stato evidenziato come interventi retroattivi sulle tariffe dei servizi regolamentati producano effetti apprezzabili sulle capacità di accumulazione dell'impresa, con riflessi anche sui programmi di investimento.

Si tratta indubbiamente di aspetti meritevoli di discussione sul piano scientifico, oltre che su quello giudiziale.

Oltre alle sentenze relative ai provvedimenti di analisi di mercato appena passate in rassegna, si è detto che il Consiglio di Stato è intervenuto – numerose volte – a censurare le decisioni dell'Autorità con cui, annualmente, si è proceduto a disciplinare il Servizio Universale telefonico, valutandone il costo netto e la sua ripartizione tra gli operatori di telecomunicazioni (fissi e mobili).

Va detto, preliminarmente, che la materia del costo netto del Servizio Universale è stata sempre molto controversa anche negli altri paesi dell'Unione europea che hanno previsto un onere a carico dell'*incumbent* fornitore del SU ed hanno quindi stabilito di ripartire questo onere tra le imprese di TLC. Più precisamente, anche in altri paesi (Francia, in primis), il giudice amministrativo ha spesso annullato le decisioni dell'Autorità di regolazione con cui si definiva l'ammontare del costo netto del SU e si procedeva a ripartirlo tra gli operatori.

Con riferimento all'Italia, ad oggi, solo il procedimento relativo al calcolo del costo netto del SU 2001 ha passato il vaglio del giudice amministrativo, mentre – nonostante le varie revocazioni dei procedimenti per gli anni precedenti e successivi – ad oggi, sono annullati tutti gli altri procedimenti, a cominciare da quello relativo al 1999.

Al riguardo, si potrebbe ritenere – con qualche ragione – che il sindacato giurisdizionale nella materia del costo netto del SU sia stato esercitato dal giudice amministrativo comprimendo i margini di discrezionalità tecnica spettanti al regolatore o, quantomeno, che il contenzioso giurisdizionale in questa

⁹ Per i profili relativi ai prezzi dei servizi WLR e *bitstream*, l'Autorità sta concludendo un apposito procedimento, sempre in ottemperanza alle citate sentenze del Consiglio di Stato.

materia sia stato caratterizzato da un'interlocuzione poco efficace per quanto riguarda il contraddittorio sulle questioni tecniche.

Più precisamente, per un verso, potrebbe ritenersi che l'Autorità (e l'Avvocatura dello Stato) non siano riuscite a rappresentare efficacemente la distinzione netta che esiste tra promozione della concorrenza – attraverso l'imposizione di prezzi orientati ai costi, così da emulare le condizioni dei mercati concorrenziali – e la fornitura del SU, che contempla necessariamente sussidi incrociati e, perciò, rappresenta una chiara situazione di fallimento di mercato.

Per altro verso, il giudice amministrativo sembra, nel corso del tempo, non aver apprezzato e comunque non aver condiviso questa distinzione di fondo tra regolamentazione pro-concorrenziale e disciplina pro-consumatore nel caso della fornitura di un servizio essenziale (appunto, il SU telefonico).

Sta di fatto che – su questa materia – grava una preoccupante incertezza circa esistenza, dimensione e ripartizione dell'onere del SU, da quindici anni a questa parte.

2. Come è noto, la regolamentazione *ex ante* nei mercati delle comunicazioni elettroniche da parte di Agcom riguarda quasi esclusivamente i mercati all'ingrosso (*wholesale*): in tal senso, il primo impatto delle decisioni del Regolatore investe gli assetti di questi mercati, dove peraltro i rapporti tra l'*incumbent* e gli operatori alternativi (oltre che tra questi ultimi) risultano più problematici, come dimostra anche l'elevato contenzioso che caratterizza il nostro Paese.

Tutti gli obblighi asimmetrici previsti dalle Direttive comunitarie in materia – da quelli di accesso a quelli di non discriminazione, a quelli relativi alle tariffe *wholesale* – hanno il fine di bilanciare il potere di mercato del soggetto con significativo potere di mercato (SPM) rispetto a quello dei suoi concorrenti. Questo vale sia per la regolazione attraverso le analisi di mercato, sia per la disciplina del servizio universale del servizio telefonico.

Come anticipato, le decisioni dell'Autorità determinano una modifica dei rapporti tra gli operatori presenti sul mercato, e – sovente – implicano un trasferimento di risorse tra gli stessi: quindi, si riflettono anche sull'equilibrio economico e finanziario delle imprese.

Ne consegue che, a sua volta, ogni decisione definitiva del giudice amministrativo che modifichi una delibera dell'Autorità – inducendo quindi ad una revisione delle condizioni economiche (e non) stabilite dall'Autorità – determina un (ulteriore) impatto su quegli equilibri. Peraltro, a differenza delle delibere dell'Autorità che generalmente producono effetti successivi alla disciplina in esse contenuta, nel caso dell'ottemperanza a sentenze del Consiglio di Stato, le modifiche determinano necessariamente la retroattività degli effetti.

Semplificando molto, le modifiche delle decisioni dell'Autorità indotte da sentenze del giudice amministrativo incidono sia sui fattori di *price competition* (revisione dei prezzi *wholesale*, nuove formule di *pricing*), sia sul versante della c.d. *non price competition* (modifiche alla gamma ed alla qualità dei servizi intermedi forniti dall'*incumbent*).

Per altro verso, le decisioni dell'Autorità che definiscono la regolazione dei mercati o disciplinano il Servizio Universale possono indurre gli operatori, *incumbent* e concorrenti, a mutare – più o meno immediatamente – le condizioni di offerta alla clientela finale, al fine di modificare a proprio favore gli assetti di mercato.

In tal modo, si possono verificare impatti anche dal lato della domanda, os-

sia del consumatore finale e dell'utente, quale riflesso delle modifiche prodotte dal lato dell'offerta, ossia nei rapporti tra gli operatori.

Anche sotto questo profilo, le decisioni del Consiglio di Stato che modificano le delibere dell'Autorità e, attraverso i procedimenti di ottemperanza dell'Autorità, le condizioni economiche a livello wholesale, possono teoricamente produrre effetti retroattivi sul versante della domanda, in termini di livelli delle tariffe (ma non solo).

Tuttavia, il (lungo) periodo che di solito intercorre tra la originaria decisione dell'Autorità e la successiva delibera di ottemperanza al giudicato del Consiglio di Stato rende poco plausibile che le imprese traslino sulla propria clientela gli effetti delle delibere di ottemperanza. Anche se, ovviamente, possono esservi riflessi sulle politiche di *pricing* future.

In altri termini, gli effetti redistributivi di queste decisioni rimangono essenzialmente confinati al versante dell'offerta, dal momento che risulta impraticabile per gli operatori variare ora per allora i prezzi applicati alla clientela, anche nel caso in cui ciò determinasse una restituzione a favore di quest'ultima.

Sotto il profilo procedurale, le sentenze definitive del Consiglio di Stato che richiedono di modificare le delibere dell'Autorità in materia di regolazione dei mercati o di disciplina del Servizio Universale comportano l'adozione di un nuovo procedimento, di ottemperanza, che talora, di fatto, conduce l'Autorità ad effettuare una nuova analisi.

A questo riguardo, bisogna ricordare che, nel caso delle analisi di mercato previste dalle Direttive comunitarie e dal Codice delle comunicazioni elettroniche, il procedimento deve contemplare, oltre alla fase di consultazione pubblica nazionale sullo schema di provvedimento dell'Autorità, anche il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ed, infine, il vaglio della Commissione europea, cui – limitatamente ad alcuni aspetti dell'analisi di mercato – è attribuito anche un potere di veto.

Nel caso, invece, della disciplina del Servizio Universale, ossia della determinazione del costo netto e della sua ripartizione tra gli operatori, è previsto un parere della sola AGCM.

È del tutto evidente che, in entrambi i casi, siamo di fronte a procedimenti assai complessi che – con riguardo alle analisi di mercato – prevedono il concorso della Commissione europea alla formazione della decisione finale (per ragioni di armonizzazione della regolazione europea).

Si è parlato, a questo proposito, di «concerto regolamentare»¹⁰ o di «regolazione monitorata»¹¹, per sottolineare la peculiarità di questi procedimenti regolamentari.

Quindi, allorché il procedimento di ottemperanza al giudicato del Consiglio di Stato comporti, come in alcuni dei casi illustrati all'inizio, una revisione significativa del quadro regolamentare inizialmente definito dall'Autorità, si pone la necessità di acquisire un nuovo parere dell'AGCM, qualora siano mutate – da

10 R. PEREZ, *Comunicazioni elettroniche*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 6.

11 D. CORLETTI, *Autorità amministrative indipendenti e giudice amministrativo*, in P. CAVALLERI-G. DALLE VEDOVE-P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2003. Per una rappresentazione ampia degli orientamenti espressi dalla dottrina sull'ampiezza del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti, si veda R. GIOVAGNOLI, in *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in Atti del convegno *Le autorità amministrative indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, Roma 28 febbraio 2013.

parte di Agcom – le valutazioni sugli assetti di mercato e concorrenziali, ed, eventualmente, di notificare alla Commissione europea la decisione di ottemperanza che modifica la precedente analisi di mercato, censurata dal giudice amministrativo.

A questo riguardo, si deve segnalare che – in queste circostanze – vi è il rischio che il parere della Commissione europea non sia in sintonia con le indicazioni contenute nella sentenza del giudice amministrativo. Rischio che si è concretizzato nel caso di alcuni paesi, oltre l'Italia: in particolare, Olanda e Germania.

In proposito, sottolineo come l'Autorità – di fronte all'obbligo di notificare nuovamente a Bruxelles modifiche alle condizioni stabilite da decisioni già approvate dalla Commissione europea – abbia di fatto definito una linea di comportamento che considera l'obbligo di notifica solo allorché ricorrano entrambe le condizioni:

- i) le modifiche siano sostanziali, cioè non marginali;
- ii) la discrezionalità dell'Autorità nell'apportare tali modifiche sia apprezzabile.

In altri termini, quando il giudicato del Consiglio di Stato, come nel caso delle due sentenze relative alla terminazione dell'operatore H3G, sia sostanzialmente vincolante per Agcom anche nella determinazione del (nuovo) livello tariffario, l'Autorità ha ritenuto di non dover notificare a Bruxelles le delibere di ottemperanza (comunque sottoposte a consultazione pubblica nazionale e con parere dell'AGCM), valutando che il «giudice ultimo» per i propri provvedimenti regolamentari sia quello amministrativo nazionale.

3. A questo punto, ci si potrebbe domandare quali siano le determinanti del fenomeno, da qualcuno segnalato¹², di un intervento del giudice amministrativo che talvolta è sembrato sostituirsi all'amministrazione nel sindacare l'esercizio di potestà tecnico-discrezionali proprie dell'autorità di regolamentazione settoriale.

Premesso che esula dal compito del presente contributo fornire una dimostrazione circa l'esistenza e la rilevanza del suddetto fenomeno, ciò che si è osservato, con riferimento alle sentenze del Consiglio di Stato relative a decisioni dell'Autorità, è come – in taluni casi – il vaglio del giudice amministrativo non si sia limitato al giudizio di legittimità, ma abbia – di fatto – riguardato anche il merito delle delibere dell'Autorità, come credo emerga dalla rassegna svolta al capitolo 1.

A mio avviso, possono essere individuate alcune ragioni che spiegano il fenomeno in discussione. Le elenco senza pretesa di esaustività, ma con una distinzione tra dati “esogeni” ed elementi “endogeni”: i primi due temi richiamano tendenze che caratterizzano il processo di regolamentazione dei mercati a livello comunitario, mentre gli altri due rimandano alle capacità dell'Autorità e del Giudice Amministrativo di adeguare i propri interventi alla maggiore entropia del processo di disciplina dei mercati delle comunicazioni elettroniche.

¹² Tra i contributi, si segnala D. CORLETTI, *Autorità amministrative indipendenti e giudice amministrativo*, in *Autorità indipendenti e agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, a cura di P. Cavaleri, G. Dalle Vedove e P. Duret, Cedam, Padova, 2003. Per una rappresentazione ampia degli orientamenti espressi dalla dottrina sull'ampiezza del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti, si veda R. GIOVAGNOLI, in *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*. Atti del convegno “Le autorità amministrative indipendenti – bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati”, Roma 28 febbraio 2013.

Di certo, è aumentata la *complessità dei procedimenti di analisi di mercato*, che, tra le altre cose, prevedono pressoché sistematicamente il ricorso a modelli (economico/ingegneristici) sempre più sofisticati e trattano profili tecnici e tecnologici via via più articolati e complessi.

Si prenda, ad esempio, a riferimento la disciplina dei mercati di accesso alla rete fissa. La crescente complessità dell'istruttoria, testimoniata dalle stesse dimensioni della delibera finale, è ascrivibile a diversi profili. Intanto, con il passare degli anni, la gamma di servizi sottoposti alla regolamentazione si è costantemente accresciuta, in particolare grazie ai progressi della tecnologia ed alla maggiore pressione concorrenziale, così che il livello di dettaglio è divenuto sempre più elevato. Inoltre, da diversi anni, non essendo più possibile il ricorso a semplici confronti internazionali (*benchmarking*) od a formulazioni generiche (il rispetto di condizioni eque e ragionevoli), la definizione delle tariffe richiede l'applicazione di: i) sofisticati modelli tecnico-ingegneristici¹³, che implicano anche previsioni di medio periodo sulla dinamica dei costi (e quindi della domanda di tali servizi); ii) la metodologia per il calcolo del tasso medio di remunerazione del capitale impiegato¹⁴, altro tema assai controverso, come dimostra la vivace dialettica che – su questo aspetto – si è sviluppata di recente tra gli uffici della Commissione e diverse Autorità di regolazione europee (tra cui, Agcom). Da ultimo, la disciplina di una gamma – sempre più numerosa – di servizi *wholesale* richiede, ai fini della sua effettiva efficacia, che vengano definite anche le condizioni di fornitura da parte dell'*incumbent*, mediante la previsione di dettagliati SLA (Service Level Agreement), il cui mancato rispetto è sanzionabile sulla base di un sistema di penali, anche questo previsto dalla regolamentazione Agcom.

Al tempo stesso, le crescenti esigenze di armonizzazione della regolamentazione che provengono dalla Commissione europea, con la previsione talora di adottare *best practices* europee, non sempre si conciliano con la realtà delle situazioni nazionali, a cominciare dalla peculiarità della struttura dei mercati e dei relativi assetti competitivi.

Peraltro, la crescente spinta della Commissione europea nella direzione di una maggiore armonizzazione nell'applicazione della regolamentazione da parte dei paesi membri segue due percorsi. Da una parte, la Commissione tenta di accrescere lo spazio del proprio potere di veto, richiedendone l'estensione anche alla fase di definizione dei rimedi (obblighi), mentre, intanto, esercita un sindacato sempre più ampio ed incisivo nella valutazione delle proposte di decisione delle Autorità nazionali. Dall'altra parte, sta evolvendo il ruolo del BEREC, il quale – da organismo di coordinamento delle 28 autorità nazionali – tende ad assumere anche una funzione di sostegno alla Commissione nel processo di armonizzazione della regolamentazione.

A questo punto, appare evidente che le due tendenze appena descritte – crescente complessità tecnica della regolamentazione e pressione della Commissione per l'armonizzazione della stessa – mentre esaltano la dimensione tecnica dell'intervento del Regolatore, per altro verso ne riducono gli spazi di discrezionalità nella scelta delle misure da adottare (tipologie di modelli, modalità di calcolo del WACC, oltre che perimetro dei servizi da considerare).

¹³ La Raccomandazione della Commissione europea in materia prevede il ricorso a modelli BULRIC (Bottom Up Long Run Incremental Cost); peraltro, tali modelli devono essere *pure* BULRIC, ossia considerare un insieme più ridotto di costi, rispetto a quanto si otterrebbe con i modelli BULRIC +.

¹⁴ WACC (Weighted Average Cost of Capital).

Ai fini che qui rilevano, ci si deve chiedere allora se – nei propri provvedimenti di analisi dei mercati – l’Autorità riesca sempre a rappresentare efficacemente la maggiore complessità tecnica dell’analisi, ed i vincoli derivanti dal rispetto del quadro comunitario di riferimento, che ne limitano la discrezionalità. Peraltro, questa difficoltà, intrinseca al provvedimento dell’Autorità, talora non viene eliminata nemmeno in sede di ricorso, nel momento in cui – attraverso la memoria difensiva presentata dall’Avvocatura di Stato – l’Autorità espone le motivazioni del percorso seguito in sede istruttoria.

Al tempo stesso, si deve ritenere che lo stesso giudice amministrativo incontra maggiori difficoltà a misurarsi con materie di crescente complessità tecnica ed economica. È allora plausibile che, in talune circostanze, le sue valutazioni sul percorso seguito dall’Autorità nelle scelte regolamentari, siano fondate su un quadro delle condizioni tecniche, di mercato e concorrenziali non sufficientemente chiaro od aggiornato, a prescindere dalla capacità dell’Autorità di rappresentare efficacemente il percorso seguito ed i vincoli in cui ha operato.

Alla luce di quanto precede, se si ritiene utile per il mercato e la certezza regolamentare che gli interventi del giudice amministrativo di riforma strutturale delle delibere regolamentari dell’Autorità, con i conseguenti effetti retroattivi, abbiano carattere fisiologico e non sistematico, è chiaro che si può pensare di agire solo sui fattori “endogeni”, ossia che riguardano i soggetti nazionali (Autorità e giudice amministrativo) e la loro interazione.

Partendo dal soggetto che produce l’atto regolamentare, nei suoi provvedimenti, l’Autorità potrebbe rappresentare le alternative tecniche e, soprattutto, di carattere regolamentare che sono effettivamente a sua disposizione, nel momento in cui definisce i propri orientamenti.

In altri termini, almeno con riguardo ai procedimenti più complessi, si tratterebbe di applicare l’Analisi di Impatto della Regolamentazione, come pure era stato fatto in passato da parte di Agcom, ma senza alcun riscontro da parte di Bruxelles, che non ritiene l’AIR una componente essenziale dell’analisi di mercato. A tal fine, l’Autorità sta elaborando una metodologia di applicazione dell’AIR, in cui sia previsto un maggior ricorso a parametri di tipo quantitativo, rispetto a quelli di carattere qualitativo, così da dare maggiore solidità allo strumento.

Questa innovazione dovrebbe ovviamente riguardare già la proposta di disciplina sottoposta alla consultazione pubblica nazionale e, successivamente, al parere della Commissione europea.

Un’altra leva da azionare da parte di Agcom riguarda l’interazione con l’Avvocatura dello Stato nella fase di predisposizione delle memorie difensive, favorendo momenti di interlocuzione tra i “tecnici” dell’Autorità e gli avvocati dello Stato, come peraltro efficacemente sperimentato in passato.

D’altro canto, come sottolineato da autorevoli magistrati ed accademici, è difficile negare l’esigenza di accrescere la specializzazione della magistratura amministrativa su materie tecnicamente così complesse e che – ormai – riguardano diverse autorità amministrative indipendenti che regolano mercati a rete. In ogni caso, al momento è sempre possibile per il giudice amministrativo ricorrere ad esperti esterni per la redazione di perizie, che possono riguardare sia i profili strettamente tecnici e tecnologici, ma anche l’impiego di modelli e metodologie utilizzati nell’ambito dell’analisi economica.

Questa esigenza è avvertita – da tempo – anche a livello comunitario, dove, già nella Direttiva Quadro del 2002 in materia di comunicazioni elettroni-

che, si richiedeva che i giudici nazionali fossero in possesso di “competenze adeguate” a dirimere le controversie nel settore delle comunicazioni elettroniche, sovente connotate da un’elevata complessità tecnica delle questioni disputate¹⁵. Considerato il quadro costituzionale italiano, l’evidente implicazione pratica delle disposizioni contenute nel *framework* in materia di tutela giurisdizionale era quindi l’avvio di un percorso di formazione e specializzazione dei giudici competenti nelle materie *antitrust*, che costituiscono, come è noto, un riferimento fondamentale per l’azione regolamentare. Tale percorso, risulta, peraltro, in parte realizzato nei fatti con il ruolo svolto dal Tar Lazio nelle controversie in materia di concorrenza e servizi pubblici.

Da ultimo, ritengo che promuovere occasioni – come quella odierna – di scambio e confronto tra i diversi “protagonisti”, magistrati, avvocati, tecnici delle Autorità ed operatori, sia un contributo nella direzione di una maggiore comprensione dei diversi punti di vista, nonché delle complesse materie trattate.

Alfredo Marra

I problemi sottesi alle domande che sono state poste in apertura non riguardano soltanto – com’è ovvio – l’ottemperanza al giudicato da parte dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. La (eventuale) possibilità per il giudice di disporre degli effetti della sentenza di annullamento – ad esempio ammettendone alcuni ed escludendone altri ovvero graduando tali effetti nel tempo – è questione di carattere generale che tocca le fondamenta stesse del processo amministrativo. Il giudizio impugnatorio, infatti, rappresenta l’archetipo del processo amministrativo¹⁶.

È vero, tuttavia, che quando l’ottemperanza al giudicato di annullamento riguarda atti generali (in particolare delibere tariffarie) di un’Autorità di regolazione la questione si presenta in una prospettiva particolare, dovuta alle caratteristiche proprie dell’attività regolatoria. Con riferimento, ad esempio, agli atti tariffari va ricordato che, frequentemente, le regole dettate per stabilire le tariffe di un determinato periodo regolatorio hanno per presupposto i risultati della regolazione dettata per il periodo regolatorio precedente e che, di conseguenza, l’annullamento giurisdizionale di una disciplina tariffaria previgente determina a cascata conseguenze anche sulla disciplina successiva. È evidente, dunque, che in queste ipotesi la possibilità di disporre di strumenti che consentano una certa graduabilità (anche nel tempo) degli effetti dell’annullamento è particolarmente avvertita.

1. È già stato accennato che il tema della disponibilità per il giudice degli ef-

15 Art. 4 (1). Gli Stati membri prevedono, a livello nazionale, meccanismi efficienti che permettano a qualunque utente e a qualunque impresa che fornisce reti e/o servizi di comunicazione elettronica, che siano interessati dalla decisione di una autorità nazionale di regolamentazione, di ricorrere contro detta decisione dinanzi ad un organo di ricorso, indipendente dalle parti coinvolte. *Tale organo, che può essere un tribunale, è in possesso di competenze adeguate e tali da consentirgli di assolvere le sue funzioni.*

16 Per approfondimenti sul punto si veda, se si vuole, il mio *Termine di decadenza e processo amministrativo*, Milano, 2012, in particolare pp. 1-44.

fetti dell'annullamento è tornato di attualità dopo la sentenza n. 10/2015 della Corte costituzionale ed è stato anche ricordato come il processo amministrativo si fosse già confrontato con questa problematica nella nota sentenza del Consiglio di Stato n. 2755/2011 con la quale, pur riconoscendo fondata la domanda di annullamento proposta dal ricorrente, il giudice non ha annullato l'atto impugnato, disponendo che la sua pronuncia avesse solo effetti conformativi.

Trascurando di considerare la sentenza della Corte costituzionale in quanto la Consulta è un giudice del tutto *sui generis*, qualche breve osservazione può essere formulata in relazione alla sentenza del Consiglio di Stato sul piano faunistico venatorio. La pronuncia, infatti, è interessante non tanto per il fatto in sé – che l'accoglimento della domanda di annullamento non sempre conduca alla eliminazione del provvedimento illegittimo è, a certe condizioni, un'evenienza non nuova nel processo amministrativo – quanto piuttosto per il tentativo da parte del giudice amministrativo di fornire una base teorica in forza della quale attribuire a se stesso poteri di graduazione degli effetti dell'annullamento.

Nella sentenza citata, infatti, il Consiglio di Stato da una parte ha affermato che quando l'applicazione della regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* «risulterebbe (...) in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, [tale regola] deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti o con la loro decorrenza ex nunc ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi». Dall'altra parte ha anche sostenuto che «la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento» e che, anzi, nell'ordinamento vi sarebbero indicazioni in senso contrario (così, per esempio, con riferimento agli artt. 121 e 122 c.p.a.). In definitiva, quindi, sarebbe il principio di effettività della tutela giurisdizionale il fondamento del potere del giudice di graduare gli effetti temporali dell'annullamento, finanche escludendo del tutto l'effetto eliminatorio.

I principi stabiliti dalla sentenza ora citata sono stati poi recentemente richiamati dall'ordinanza (n. 284/2015) con la quale la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria il quesito se il giudice amministrativo – in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, ovvero in applicazione dell'art. 34, comma 3 cpa – possa non disporre l'annullamento di una graduatoria di un concorso risultata illegittima e disporre che al ricorrente spetti solo il risarcimento del danno. In particolare, è interessante richiamare un breve passaggio dell'ordinanza nel quale la V sezione afferma: «ragioni di equità e giustizia inducono a ritenere che – sulla base di una complessiva valutazione del caso di specie – il giudice amministrativo possa in linea di principio modulare la tutela spettante a chi abbia fondatamente impugnato gli atti di un procedimento concorsuale decidendo di non annullare la graduatoria finale e di disporre la condanna al risarcimento del danno».

Com'è possibile notare dal passaggio dell'ordinanza appena citato, tuttavia, in questo caso il potere del giudice di “modulare la tutela” non è più fondato, come nel caso precedente, sul principio di effettività della tutela, bensì su “ragioni di equità e giustizia”, stante il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti da annullare. In questo caso, cioè, sarebbe la tutela dell'affidamento dei controinteressati a conservare la loro posizione a giustificare *i)* l'esclusione degli effetti eliminatori propri dell'annullamento giurisdizionale e *ii)* il semplice accertamento dell'illegittimità in funzione risarcitoria.

In definitiva, la rivendicazione da parte del giudice amministrativo di un potere dispositivo dei contenuti e degli effetti (anche temporali) delle proprie decisioni, non ha affatto un fondamento univoco, riconoscendosi prevalenza ora all'interesse del ricorrente (in forza del principio di effettività della tutela) ora a quello dei controinteressati (per ragioni di equità e di giustizia).

2. Ma non vi è solo un problema di equivocità circa i principi generali che – secondo la giurisprudenza – potrebbero fondare un potere del genere in capo al giudice amministrativo. Nel diritto vivente, infatti, non pare esservi traccia di un tale potere. Al riguardo si dice generalmente che nel nostro ordinamento l'azione di annullamento abbia un contenuto “tipico”, con ciò volendo indicare che gli effetti dell'accoglimento della domanda sono quelli previsti dalla legge¹⁷. Ai sensi dell'art. 113, comma 3, Cost., infatti, «*La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*». È ben vero che nel diritto positivo non esiste una specifica indicazione circa l'ineluttabile retroattività degli effetti dell'annullamento giurisdizionale. Ma è altrettanto vero che si tratta di una acquisizione pacifica, che non pare essere mai stata messa in dubbio, almeno in via di principio, né dalla giurisprudenza (prima della sentenza n. 2755) né dalla dottrina.

La stessa Corte costituzionale – nella sentenza n. 10/2015 – afferma che l'efficacia retroattiva delle pronunce di accoglimento «è (e non può non essere) principio generale valevole nei giudizi davanti a questa Corte» e il Consiglio Stato, nella sentenza sopra citata, ha affermato che «*di regola, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti ex tunc del provvedimento risultato illegittimo e che tale regola fondamentale è stata affermata ab antiquo et antiquissimo tempore da questo Consiglio ...*».

Ora, se la regola della retroattività degli effetti, pur non essendo regola di diritto positivo, è tuttavia ritenuta una regola fondamentale o addirittura un principio generale, occorre chiedersi quale sia il suo fondamento.

Semplificando molto, sia pure a prezzo di una certa approssimazione, si può dire che il carattere necessitato della retroattività dell'annullamento derivi dal combinarsi di due fattori: da una parte la natura costitutiva della sentenza di annullamento, dall'altra, soprattutto, l'illegittimità originaria dell'atto: «*se il provvedimento amministrativo è sin dall'origine illegittimo (...) al giudice non è consentito di disporre degli effetti dell'annullamento in via interpretativa poiché gli effetti dell'annullamento sono una conseguenza necessitata della illegittimità riscontrata*»¹⁸.

Se questo è il fondamento della retroattività dell'annullamento non vale a sconfessare questa impostazione il fatto che, nel diritto sostanziale, in sede di annullamento d'ufficio, sia oggi ammessa senza troppe difficoltà la possibilità che l'amministrazione gradui gli effetti temporali dell'annullamento. Quello di annullamento d'ufficio, infatti, è un potere discrezionale che la legge attribuisce all'amministrazione per il perseguimento di un interesse pubblico attuale e ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata. Di conseguenza, do-

17 A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, in *Urb. App.*, 2011, p. 927 ss.

18 C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 282.

vedo l'amministrazione bilanciare il perseguimento di questo interesse pubblico con altri interessi pubblici e privati coinvolti, la regola della retroattività dell'annullamento, lungi dall'essere sconfessata, può trovare delle deroghe. È comprensibile, dunque, che da ciò derivi per l'amministrazione la possibilità di graduare gli effetti dell'annullamento¹⁹.

3. Nel respingere decisamente la tesi avanzata dall'ordinanza di rimessione n. 284/2015 in ordine alla possibilità per il giudice di "modulare la forma di tutela", sostituendo all'annullamento giurisdizionale richiesto dal ricorrente il solo risarcimento del danno, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4 del 13 aprile 2015, non ha escluso che il giudice possa determinare, in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all'interesse del ricorrente «*la portata dell'annullamento (...) con formule ben note alla prassi giurisprudenziale, come l'annullamento parziale, "nella parte in cui prevede" o "non prevede", oppure "nei limiti di interesse del ricorrente" e così via*».

In che senso ed entro quali limiti il giudice può determinare la portata dell'annullamento?

La questione richiederebbe accurati approfondimenti che non è possibile svolgere in questa sede. Se si volge un rapido sguardo alla giurisprudenza, tuttavia, si può agevolmente constatare come in varie occasioni il Consiglio di Stato abbia effettivamente modulato gli effetti delle proprie pronunce di annullamento per circoscrivere le conseguenze pratiche di una sentenza di accoglimento, vuoi "ritagliando" l'oggetto dell'annullamento in funzione dei motivi dedotti del ricorrente, vuoi, in qualche modo, limitando o escludendo alcuni effetti del giudicato (ad esempio escludendo l'effetto ripristinatorio in presenza di sopravvenienze di fatto di diritto).

Senza poter entrare qui in un'analisi approfondita dei diversi casi – che mostrerebbe come la varietà di soluzioni adottate dalla giurisprudenza si fondi in realtà su presupposti molto diversi e largamente influenzati dalle esigenze pratiche di tutela posta dal caso concreto – si può brevemente richiamare la giurisprudenza sugli atti tariffari di AGCom, quando afferma che l'annullamento della delibera consentirebbe, di regola, il riesercizio della potestà tariffaria "ora per allora". Con tale formula, in sostanza, il giudice ammette pacificamente l'effetto eliminatorio *ex tunc* della sentenza, ma limita l'effetto ripristinatorio, nel senso che l'annullamento della delibera tariffaria non determina automaticamente – come pure si potrebbe sostenere in forza di un'applicazione rigida degli effetti del giudicato – la riemersione della disciplina previgente. Tale possibilità, tuttavia, non dipende affatto dal riconoscimento in capo al giudice di un generale potere di disporre degli effetti della sentenza, quanto piuttosto dalle circostanze pratiche del caso concreto. Se, infatti, l'effetto ripristinatorio consiste nel riportare la situazione allo stato di fatto e di diritto anteriore all'emanazione del provvedimento annullato, correttamente tale stato di fatto viene a coincidere con il momento in cui l'amministrazione è chiamata a esercitare il potere di fissazione delle nuove tariffe per un nuovo periodo regolatorio.

È ben vero che tale situazione, come è stato ricordato in precedenza, è vissuta con sofferenza dalle imprese e dalla stessa Autorità, in quanto una regolazione retroattiva, modificando *ex post* il quadro delle regole per vicende già accadute, potrebbe compromettere il buon funzionamento del mercato. Ma è altrettanto ve-

¹⁹ Su tali profili, si veda, da ultimo, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in www.giustamm.it.

ro che, in realtà, non è tanto la regolazione retroattiva, bensì l'annullamento giurisdizionale a mettere in crisi, modificandolo, il quadro regolatorio.

Sarebbe allora preferibile, secondo una diversa prospettazione, ammettere la possibilità che sia direttamente il giudice a comporre i diversi interessi in gioco, graduando gli effetti temporali dell'annullamento in modo che l'assetto di interessi regolato dall'atto amministrativo non venga travolto oltre a quanto strettamente necessario ad assicurare la piena tutela del ricorrente. Il principio di effettività della tutela, in altri termini, costituirebbe allo stesso tempo, fondamento e limite di tale potere del giudice. Sennonché, come si è visto, non soltanto tale possibilità appare difficilmente sostenibile sulla base del carattere tipico della sentenza di annullamento – che rende indisponibili per il giudice e per le parti gli effetti della sentenza –, ma risulta anche discutibile alla luce del fatto che, come prima si è accennato, lo stesso fondamento di tali poteri del giudice nel principio di effettività della tutela appare in realtà – alla luce delle applicazioni giurisprudenziali – tutt'altro che sicuro.

In forza dell'ordinamento positivo sembra allora più corretto ritenere che sia l'Autorità, nel riesercizio del suo potere e ferma restando la soddisfazione del ricorrente vittorioso, a farsi carico di rivalutare tutti gli interessi – pubblici e privati – coinvolti dalla regolazione retroattiva. È all'amministrazione, infatti, e non al giudice, che spetta il compito di tutelare l'interesse pubblico. Ovviamente si tratta di un compito non semplice, in quanto una valutazione ora per allora non potrà non essere condizionata da circostanze (giuridiche e fattuali) accadute *medio tempore*, come pure non potrà non tener conto delle reciproche posizioni degli operatori coinvolti e degli investimenti dagli stessi operati sulla base del quadro regolatorio poi annullato. Ma proprio questa complessità rappresenta una ragione in più per conservare all'Autorità di regolazione il delicato compito della composizione dei diversi interessi coinvolti.

Francesco Sclafani

Ringrazio molto i relatori che hanno messo in luce, da punti di osservazione diversi e con spunti molto interessanti, le complesse problematiche del rapporto tra funzione regolatoria e sindacato giurisdizionale con particolare riguardo al tema specifico del nostro seminario.

Nel tentativo di tirare le fila del dibattito vorrei riprendere le tre domande che ho posto sul tavolo della discussione all'inizio del seminario: 1) stiamo andando verso una forma di annullamento con effetti atipici, che possono essere di volta in volta modulati dal giudice amministrativo?; 2) quanto il nuovo processo amministrativo incide su questa tendenza?; 3) fino a che punto il giudice amministrativo potrà spingersi nel far salvi gli effetti prodotti dal provvedimento illegittimo?

I precedenti che sono stati esaminati indicano che la giurisprudenza sembra ormai aver superato il dogma del necessario effetto retroattivo dell'annullamento, con l'inevitabile travolgimento di tutti gli effetti prodotti medio tempore dal provvedimento annullato. E questa evoluzione giurisprudenziale appare il frutto del riconoscimento al giudice amministrativo del più ampio potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento, potere che

può spingersi fino al punto di far salvi, tutti o parte, degli effetti prodotti dal provvedimento giudicato illegittimo.

Com'è noto, l'azione di annullamento ha un contenuto tipico caratterizzato proprio dalla eliminazione retroattiva dell'atto annullato in quanto quest'ultimo è idoneo a produrre effetti giuridici sin dall'origine. Tuttavia, in mancanza di una disposizione che disciplini la decorrenza dell'annullamento giurisdizionale sembra difficile poter parlare, in senso tecnico, di una forma tipica di annullamento *ex tunc* a cui contrapporre, come forma atipica, il nuovo annullamento con effetti non retroattivi. Certamente però questo non basta, per le ragioni che vedremo, per negare che la regola dovrebbe essere pur sempre quella dell'annullamento retroattivo, il che ci potrebbe anche autorizzare ad esprimerci in termini di tipicità e atipicità oppure di regola ed eccezione. E ciò senza andare a scomodare il tormentato dibattito sulla tipicità o meno delle azioni nel nuovo processo amministrativo²⁰.

Quanto al codice del processo amministrativo va detto innanzitutto che l'art. 35 nel disciplinare il contenuto delle sentenze di merito conferma l'apparente indifferenza del legislatore sulla decorrenza degli effetti dell'annullamento (alla lett. a si legge soltanto "*annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato*"). Tuttavia, tale disposizione, laddove prevede (alla lett. e) che, già in sede di cognizione, possono essere dettate "*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato*", non fa altro che sottolineare il potere del giudice di disciplinare gli effetti delle pronunce di annullamento, adattandoli al caso di specie; potere che oggi si spinge fino al punto di fornire all'occorrenza chiarimenti *ex post* sulla portata del giudicato (art. 112, comma 5, c.p.a.). Infine, sempre l'art. 35, contempla al terzo comma l'ipotesi che il giudice dichiari l'illegittimità del provvedimento senza annullarlo, tuttavia la circoscrive al caso in cui il ricorrente non abbia più interesse all'annullamento ma solo al risarcimento del danno.

Possiamo dire quindi che il codice non fornisce indicazioni decisive: da un lato non disciplina l'efficacia temporale dell'annullamento, dall'altro, non attribuisce espressamente al giudice il potere di disporre degli effetti caducatori della sentenza di annullamento, pur riconoscendogli il potere di disciplinare le misure idonee ad attuare la sua decisione. Tuttavia, come è stato opportunamente osservato in dottrina²¹ può apparire paradossale che una novità così radicale sia introdotta in via pretoria proprio all'indomani della codificazione del processo amministrativo la quale dovrebbe indirizzare «*verso il valore della certezza del diritto e la necessaria subordinazione dei poteri del giudice alla legge*»²².

Ben più complessa è la risposta alla terza domanda, ovvero qual è il limite che incontra il giudice amministrativo nel calibrare gli effetti dell'accoglimento del ricorso nel processo impugnatorio di legittimità.

Innanzitutto va detto che il problema non riguarda solo la decorrenza dell'effetto eliminativo, e quindi l'alternativa tra annullamento *ex tunc* ed *ex nunc*, perché nella nota sentenza n. 2755/2011, che ha inaugurato questo nuovo orientamento, il Consiglio di Stato ha modulato gli effetti della pronuncia di accoglimento escludendo del tutto l'eliminazione del provvedimento e affidando la soddisfazione della parte vincitrice al solo effetto conformativo; il che ha in-

²⁰ Sul tema si rinvia a M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 557.

²¹ A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 8, p. 927.

²² A. TRAVI, *op. cit.*

dotto parte della dottrina ad affermare che non si tratta di una sentenza di annullamento bensì di condanna dell'Amministrazione ad un *facere*²³. Certo è che in tal modo viene a realizzarsi un sostanziale svuotamento dell'azione di annullamento che diventa improduttiva di effetti sul provvedimento dichiarato illegittimo il quale continua ad essere efficace finché non viene sostituito dall'Amministrazione in ottemperanza all'effetto conformativo.

Nel giungere a tale conclusione il Consiglio di Stato ha rivendicato il proprio potere di disciplinare gli effetti delle sentenze di accoglimento in relazione al caso concreto (richiamando per analogia gli artt. 121 e 122 c.p.a. che consentono al giudice di determinare "*la perduranza o meno degli effetti di un contratto*"), ha poi richiamato il processo comunitario che ammette l'annullamento *ex nunc*, infine ha affermato che nella fattispecie in esame annullare il provvedimento (un piano faunistico) avrebbe pregiudicato l'interesse alla protezione ambientale perseguito dall'associazione ricorrente.

Questa sentenza ha suscitato non poche critiche in dottrina²⁴ che possono essere così sintetizzate: a) appare difficile giustificare la salvezza degli effetti prodotti (annullamento *ex nunc*) o persino ancora da produrre (non annullamento) di un provvedimento dichiarato illegittimo in quanto tutto ciò che deriva da una illegittimità deve essere rimosso; b) l'analogia con gli artt. 121 e 122 c.p.a. non può essere condivisa perché la perduranza degli effetti di un provvedimento illegittimo è cosa diversa dalla perduranza degli effetti di un contratto; c) il richiamo al diritto comunitario non convince perché si tratta di un sistema processuale diverso che non ha influenza sui sistemi nazionali; d) l'azione di annullamento ha un contenuto tipico ed il fatto che il codice del processo amministrativo non ne disciplini gli effetti non vuol dire che spetti al giudice farlo, vuol dire solo che non c'era bisogno di specificarli perché sono noti; e) ai sensi dell'art. 113, comma 3, Cost. deve essere la legge (come avviene nell'art. 35, comma 3, c.p.a.) e non il giudice a stabilire i casi eccezionali in cui l'azione di annullamento può non determinare la caducazione del provvedimento illegittimo, anche perché ciò equivale ad introdurre una azione di accertamento che nel codice non è prevista.

Quindi, secondo autorevole dottrina, l'annullamento del provvedimento illegittimo è una conseguenza imprescindibile dell'accoglimento del ricorso²⁵.

Così ricostruiti, per grandi linee, i termini della questione io credo che il limite insuperabile per il giudice amministrativo, nel disciplinare l'effetto caducatorio della sentenza di annullamento, sia costituito dal principio di effettività sancito dall'art. 1 c.p.a. ("*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*"). Il che vuol dire che non è il giudice, ma il ricorrente ad avere la disponibilità dell'effetto caducatorio dell'annullamento; con la conseguenza che la sentenza di annullamento non può disporre di tale effetto in danno della parte che ha ragione perché il metro per limitare od escludere del tutto l'eliminazione del provvedimento impugnato è dato dalla piena soddisfazione dell'interesse del

23 E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2.

24 Mi riferisco in particolare ai commenti di A. TRAVI, *op. cit.*; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 12, p. 1310; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2.

25 Al punto che escluderla potrebbe configurarsi come un rifiuto di giurisdizione che esporrebbe la pronuncia del giudice amministrativo al sindacato della Corte di Cassazione (così A. TRAVI, *op. cit.*).

ricorrente vittorioso²⁶. Ed infatti nella sentenza 2755/2011 il Consiglio di Stato non ha rimosso il provvedimento illegittimo, neppure *ex nunc*, perché ciò sarebbe stato, non tanto inutile ma addirittura, pregiudizievole per l'interesse fatto valere dalla parte ricorrente, quindi lo ha fatto proprio in nome del principio di effettività.

Ciò che invece il giudice amministrativo non può fare è escludere o limitare nel tempo l'eliminazione del provvedimento illegittimo contro l'interesse del ricorrente che ha ragione e a favore dell'interesse di chi non ha ragione, sia esso l'interesse pubblico o quello dei controinteressati; come ha fatto la Corte Costituzionale nella pronuncia di illegittimità della c.d. Robin Hood Tax (maggiorazione IRES) in cui ha escluso l'effetto retroattivo dell'annullamento per salvaguardare il pubblico interesse tutelato in modo incostituzionale dalla legge annullata.

Quindi, credo che non si possa dissentire da F. Caringella quando afferma, pur con una certa enfasi, che il giudice amministrativo è il "signore" degli effetti delle proprie pronunce di accoglimento, purché però tale "signoria" sia esercitata nel rigoroso rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, come egli giustamente sottolinea, cioè al solo fine di evitare che una rigida applicazione dell'annullamento *ex tunc* comporti "gratuite" lesioni all'interesse pubblico ed ai controinteressati, dove però il metro di valutazione di tale "gratuità" è dato dalla piena²⁷ soddisfazione dell'interesse fatto valere in giudizio dal ricorrente vittorioso.

Nel contempo mi sento di condividere le conclusioni di A. Marra il quale ha giustamente ricordato che il tema dell'efficacia temporale dell'effetto caducatorio è strettamente collegato a quello dell'efficacia temporale dell'effetto ripristinatorio ed ha sottolineato che la soluzione più rispettosa del diritto positivo e dello spazio di azione riservato all'Amministrazione è quella di accompagnare l'eliminazione *ab origine* del provvedimento illegittimo (ove necessaria per soddisfare l'interesse del ricorrente vittorioso) con il riconoscimento (laddove possibile) del potere dell'Amministrazione di provvedere ora per allora conformandosi al giudicato.

26 In tal senso E. FOLLIERI, *op. cit.*

27 E non "parziale" come affermato dalla Corte cost. nella sentenza 11 febbraio 2015, n. 10.