

Fascicolo 1 | 2017

RIVISTA DELLA

Regolazione dei mercati

Il mercato senza regolazione genera mostri



INDICE

Editoriale di <i>Concetta Brescia Morra</i>	1
---	---

SAGGI

<i>La responsabilità civile delle autorità indipendenti nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati: molti interrogativi e poche certezze</i> di <i>Francesco Sclafani</i>	8
--	---

<i>Danno e responsabilità delle autorità di vigilanza e regolazione. I modelli statunitense e francese</i> di <i>Barbara Boschetti</i>	26
--	----

<i>La responsabilità civile nell'esercizio della funzione di regolazione e vigilanza sui mercati nella prospettiva del diritto dell'Unione europea</i> di <i>Roberto Caranta</i>	48
--	----

<i>Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa</i> di <i>Luca Galli e Margherita Ramajoli</i>	63
--	----

<i>Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC</i> di <i>Sara Valaguzza</i>	91
---	----

<i>La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea</i> di <i>Adriano Peloso</i>	122
--	-----

COMMENTI

<i>La sostenibilità del servizio postale universale tra esigenze di equilibrio economico e garanzie indisponibili degli utenti</i> di <i>Giulia Avanzini</i>	136
--	-----

<i>Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda in Corte di Giustizia. Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167</i> di <i>Gloria Maria Barsi</i>	151
--	-----

<i>Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia</i> di <i>Luca Belviso</i>	170
---	-----

<i>Rettifica del prezzo d'OPA e poteri della Consob: il TAR rinvia alla Corte di Giustizia</i> di <i>Pierluigi De Biasi</i>	198
---	-----

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1 | 2017

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, Nicola Dessi, V. Giofrè, S.
Lucattini, A. Marra (coordinamento)

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

RECENSIONI

Prometeo o Epimeteo? Le promesse mancate del capitalismo finanziario. (Recensione a Maria Rosaria Ferrarese, Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario, Il Mulino, 2017)
di Paolo Perulli

219



EDITORIALE

Editoriale

La Banking Union: un progetto in fieri

di Concetta Brescia Morra ¹

Sono passati cinque anni – era il giugno del 2012 – dall’annuncio trionfante della Commissione europea sul raggiungimento dell’accordo sulla *Banking Union* e già si sono accumulate critiche di giuristi, economisti e politici. Alcuni sostengono che il progetto non è stato completato come promesso in origine; in particolare, manca un sistema unico di assicurazione dei depositi. Altri sostengono che le difficoltà applicative rendono evidenti le debolezze del progetto. A sostegno di quest’ultima tesi, alcuni commentatori affermano che la gestione della crisi delle banche venete in difficoltà da parte dello Stato italiano abbia violato, nel luglio del 2017, lo spirito delle disposizioni contenute nella *Banking Resolution directive*, approvata solo nel 2014, minando la credibilità della *Banking Union*.

La *Banking Union* (di seguito *BU*) è un tema difficile da commentare usando i toni del bianco o del nero. Essa si presta a una lettura in chiaroscuro. L’entusiasmo del 2012 era giustificato per lo straordinario progresso che essa produce nel processo d’integrazione europea. D’altro canto, non si può sottovalutare che le difficoltà di applicazione di un impianto istituzionale così innovativo, soprattutto sul piano del diritto, possono condurre in concreto a incertezze e rallentamenti.

Per fondare queste considerazioni sui fatti è necessario ricordare brevemente i punti principali dell’accordo del 2012 e lo stato di attuazione del progetto.

I punti principali, meglio noti come i tre pilastri dell’accordo, riguardano la creazione di un meccanismo unico di vigilanza (*Single Supervisory Mechanism*) sulle banche dei paesi dell’area dell’euro, un meccanismo unico per la risoluzione (*Single Resolution Mechanism*) delle banche dei paesi dell’area dell’euro, un sistema armonizzato di schemi di assicurazione dei depositi.

Il primo pilastro, il *Single Supervisory Mechanism (SSM)*, è stato varato in tempi brevi. Il Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 attribuisce alla BCE compiti di vigilanza prudenziale sulle banche dell’area dell’euro (e degli altri Stati membri che intendano aderire) e stabilisce i modi di funzionamento del *SSM*. La supervisione europea ha preso avvio ufficialmente il 4 novembre del 2014, dopo una fase preparatoria in cui la BCE ha condotto il c.d. *comprehensive assessment* per verificare lo stato di salute delle banche che sarebbero passate sotto la sua vigilanza. A settembre dello stesso anno, la medesima autorità ha individuato l’elenco dei soggetti che sarebbero stati assoggettati alla sua vigilanza diretta perché considerati *significant* (in funzione di criteri fissati nel Reg. n. 1024/2013, che fanno riferimento, in

¹ Professore Associato di Diritto dell’Economia presso la Facoltà di Economia dell’Università degli Studi del Sannio, di Benevento.

primo luogo, alle dimensioni degli attivi delle banche). Le banche *less significant* sono soggette alla vigilanza diretta delle autorità competenti nazionali. La BCE ha comunque la responsabilità complessiva del funzionamento del SSM, ha poteri esclusivi nei confronti di alcuni aspetti della vigilanza su tutte le banche, anche *less significant*, e può dare istruzioni di carattere generale alle autorità nazionali per la vigilanza su queste ultime.

Più complessa e lenta è stata la trattativa per la definizione di un meccanismo unico di risoluzione delle crisi. Il 15 aprile 2014 il Parlamento europeo ha approvato una direttiva che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione delle banche, la *BRRD* (dir. 2014/59/UE), che armonizza e aggiorna gli strumenti per affrontare le crisi bancarie in Europa e il regolamento che istituisce un *Single Resolution Mechanism (SRM)*, che affida a un'agenzia europea di nuova istituzione, il *Single Resolution Board (SRB)*, competenze per la risoluzione delle banche *significant* (il perimetro dei soggetti nei cui confronti il *SRB* ha competenza è coincidente in larga parte con quello delle banche soggette alla vigilanza diretta della BCE). Il regolamento sul *SRM*, Reg. n. 806/2014, istituisce un *Single Resolution Fund (SRF)*, costituito da contributi obbligatori delle banche europee. Il Fondo non è interamente disciplinato dal regolamento sul *SRM*. Alcuni aspetti necessari per istituire il Fondo, come ad esempio il trasferimento dei contributi raccolti a livello nazionale nei confronti del Fondo unico e la "mutualizzazione" dei "compartimenti nazionali", sono disciplinati da un accordo intergovernativo sottoscritto dagli Stati membri partecipanti che è stato firmato il 21 maggio 2014.

Il terzo punto dell'accordo riguarda il tema dell'assicurazione dei depositi, definiti con l'espressione inglese *Deposit Guarantee Schemes (DGS)*. Se guardiamo la lettera del documento firmato nel 2012, che si limita ad auspicare un sistema armonizzato di *DGS*, anche questo aspetto dell'accordo è stato realizzato. Nella stessa data di approvazione della *BRRD*, il 15 aprile 2014, il Parlamento europeo ha approvato l'aggiornamento della direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi che contiene una profonda armonizzazione dei regimi nazionali di garanzia che sono istituiti in ogni Stato membro (dir. 2014/49/UE). Inoltre, la *BRRD* disciplina le modalità di intervento dei *DGS* nell'ambito delle procedure di risoluzione. La medesima direttiva prevede anche meccanismi di coordinamento fra i fondi nazionali e fra gli interventi dei sistemi di assicurazione e il *SRF*.

Queste considerazioni sui *DGS* possono apparire in apparente contraddizione con la narrazione corrente, secondo cui al completamento del disegno della *BU* mancherebbe ancora il terzo pilastro, ossia un sistema europeo di assicurazione dei depositi. In realtà, il tema era stato discusso a lungo e nel 2010 la Commissione aveva istituito un gruppo di studio. Quest'ultimo, nel rapporto finale, aveva esplorato la possibilità di istituire un sistema di garanzia dei depositi Pan-europeo, sotto forma di un unico ente che avrebbe dovuto sostituire i regimi esistenti, ovvero come una "rete di sistemi" che avrebbero dovuto offrire reciproca assistenza. Questa soluzione era stata esclusa a causa delle difficoltà di raggiungere un compromesso politico. Il fallimento della trattativa nel 2010 non esclude nuovi tentativi di arrivare anche su questo punto a realizzare un sistema unico in Europa di assicurazione dei depositi, come sottolineato nel giugno del 2015 dal documento «Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa», sottoscritto dai 5 presidenti delle istituzioni europee: la Commissione, il Consiglio, l'Eurogruppo, il Parlamento, la Bce. Il rafforzamento del terzo pilastro della *Banking Union*, attraverso l'avvio di un sistema europeo di garanzia dei depositi, è una delle proposte cruciali del do-

cumento. Ma occorre riconoscere che pochi progressi sono stati ottenuti negli ultimi due anni.

Sull'importanza di un sistema unico di assicurazione dei depositi per completare il disegno della *BU* torneremo nelle conclusioni. Vorrei invece concentrare l'analisi sui problemi che possono ostacolare il funzionamento efficiente delle istituzioni e autorità europee a cui è affidato il compito di dare attuazione al nuovo quadro regolamentare disegnato con l'accordo sulla *BU*.

Il *SSM* e il *SRM* statuiscono l'accentramento presso istituzioni e autorità europee dell'esercizio di funzioni pubbliche e poteri nei confronti di intermediari dei paesi aderenti all'euro. Si tratta di una cessione di sovranità da parte dei singoli ordinamenti verso quello europeo. I "meccanismi unici" non hanno personalità giuridica, ma sono un sistema complesso, nel cui ambito lavorano sia istituzioni e autorità europee sia autorità competenti nazionali con diversi gradi e modi di interazione.

Come già ricordato, il Regolamento n. 1024 in materia di *SSM* prevede in primo luogo una distribuzione di competenze fra la BCE, a cui è affidata la vigilanza "diretta" sulle banche *significant* e le autorità nazionali alle quali è affidata la vigilanza "diretta" sulle banche *less significant*. In maniera simile, il Regolamento n. 806 affida competenze decisionali al nuovo *Single Resolution Board* sull'insieme delle banche *significant* (e su altri intermediari) e alle autorità di risoluzione nazionale su tutte le altre banche. L'interpretazione della distribuzione di competenze alla luce del quadro del Trattato è stata oggetto di dibattito. Un punto di riferimento importante è la pronuncia della Corte di Giustizia (General Court, Case T-122/15 del 16 maggio 2017, Landeskreditbank Baden-Württemberg - Förderbank v. ECB) in materia di esercizio di funzioni di vigilanza da parte della BCE. Il Tribunale, in base ad una serie di indizi normativi presenti nel Reg. n. 1024/2013 afferma che nell'ambito del *SSM* "*the national authorities are acting within the scope of decentralized implementation of an exclusive competence of the Union, not the exercise of a national competence*" (parr. 50-60). La Corte esclude che la vigilanza sulle banche *less significant* possa essere riconducibile all'esercizio di competenze nazionali, perché ritiene che la scelta operata dal Reg. n. 1024/2013 abbia trasferito in via esclusiva alla BCE i compiti di vigilanza, individuati dallo stesso regolamento, su tutte le banche aderenti all'area dell'euro (cfr. parr. 53-54 della decisione).

Le autorità nazionali peraltro non giocano solo questo ruolo nell'ambito del *SSM* e del *SRM*. Esse operano anche nell'ambito della fase decisionale e di quella operativa della BCE quando questa esercita le sue funzioni di vigilanza dirette e del *SRB* quando esso assume le decisioni di sua competenza. Si tratta di una "integrazione funzionale" fra istituzioni e autorità europee e autorità nazionali che non abbiamo sperimentato neppure in campo *antitrust*, dove da più tempo coesistono competenze di istituzioni europee e autorità nazionali nel rispetto del principio di supremazia dell'ordinamento europeo. Le autorità competenti nazionali sono parte integrante del *SSM*, come del *SRM*. Esse svolgono un ruolo importante, sia sul piano decisionale (facendo parte di un soggetto cruciale del processo decisionale della BCE in materia di vigilanza, quale è il *Supervisory Board*), sia su quello dell'attività di vigilanza *day to day* anche nei confronti degli intermediari "*of significant relevance*": le autorità nazionali partecipano infatti con i loro rappresentanti ai *Joint Supervisory Teams* che esercitano una funzione centrale nell'esercizio continuo della vigilanza sulle banche. Anche nel *SRM* le autorità nazionali partecipano alla fase decisionale e applicativa dei provvedimenti che ricadono nella competenza di que-

sta autorità. Si tratta di un'integrazione che comporta una sorta di gestione "in condominio" delle funzioni di supervisione e di risoluzione che deve essere studiata da parte dei giuristi.

Il funzionamento dei "meccanismi unici" in cui operano insieme autorità europee e autorità nazionali richiede regole comuni e, soprattutto, un modo comune di interpretare le norme che dipende anche da fattori culturali e linguistici.

Purtroppo invece non abbiamo ancora un vero diritto comune in questo settore e, soprattutto, non abbiamo approcci interpretativi comuni.

Lo stesso Reg. 1024 prende atto della possibile coesistenza di norme e regole differenti considerato che all'art. 4, par. 3 precisa che la BCE "... applica tutta la normativa pertinente dell'Unione e, se tale normativa dell'Unione è composta da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove la normativa pertinente dell'Unione sia costituita da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di opzioni".

Può sembrare strano porre l'accento sulle tante differenze a distanza di molti anni dalla firma del Trattato che dava vita al progetto europeo nel 1957 e dall'avvio del mercato unico dei servizi bancari che risale al 1993. Ancora più sorprendente può sembrare rilevare l'esistenza di differenze fra le regole di vigilanza, considerando che il processo di armonizzazione è iniziato con la prima direttiva di coordinamento in materia bancaria del 1977. Inoltre, di recente sono stati fatti progressi con l'adozione, per molti aspetti della vigilanza, dello strumento del regolamento, invece di quello della direttiva, ed è stata creata una nuova agenzia, l'*European Banking Authority (EBA)*, nel 2010, con lo scopo di redigere il *Single rulebook*. Nonostante le numerose iniziative, un'analisi puntuale della materia evidenzia ancora molte differenze fra le legislazioni nazionali riguardanti aspetti cruciali per assicurare un'attuazione uniforme delle regole di vigilanza bancaria presenti in direttive e regolamenti europei. Faccio riferimento alle regole di *corporate governance*, alle regole sui requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali, alla disciplina dei gruppi societari, alla disciplina fallimentare.

Al problema della mancata armonizzazione si aggiunge il problema linguistico. Non a caso in questo scritto ho scelto di utilizzare solo le espressioni inglesi per definire istituti e organi previsti dal nuovo quadro normativo, a iniziare dal termine *Banking Union* invece di Unione bancaria. Considerato che tutte le lingue degli Stati membri sono lingue ufficiali dell'Unione, ogni banca può scegliere di dialogare con la BCE utilizzando la propria lingua. Questo aspetto rende questa istituzione una grande macchina di traduzioni, con oneri notevoli in termini di costi e di allungamento dei tempi delle procedure. Esso, inoltre, crea rilevanti problemi interpretativi, considerato che la traduzione nelle varie lingue non riesce a ottenere sempre norme omogenee, in virtù dei differenti significati che un termine può avere nei diversi ordinamenti. In alcuni casi non esistono espressioni che rendano adeguatamente un concetto giuridico adottato in un ordinamento in un altro. Un esempio: l'art. 16 del Reg. n. 1024. Il primo comma di quest'articolo attribuisce alla BCE il potere di richiedere alle banche di "adottare per tempo le misure necessarie per affrontare problemi pertinenti in qualsiasi delle seguenti circostanze ...", ad esempio la violazione dei requisiti di capitale. La versione inglese della norma così recita: "The ECB shall have the powers ... to require any credit institutions ... to take the necessary measures at an early stage to address the relevant problems ...". I mar-

gini di discrezionalità della BCE sono diversi se essa può agire “at an early stage” o “per tempo”.

L’esperienza ci insegna che arrivare in un futuro prossimo a un ordinamento comune con regole uguali in tutti i settori è utopistico. D’altro canto, quest’ostacolo potrà essere superato se abbiamo approcci interpretativi comuni.

Di recente, tre economisti (Markus K. Brunnermeier, Harold James, Jean-Pierre Landau, *The Euro and the battles of ideas*, Princeton University Press, 2016) hanno sostenuto che alla base delle differenti visioni che contraddistinguono i paesi aderenti all’euro in materia di politica monetaria ci sono differenti approcci filosofici fra i paesi fondatori, in particolare fra Francia e Germania. La Germania, uno Stato federale con forti governi regionali, ha visto il Trattato di Maastricht, il quadro per l’euro, come un insieme inflessibile di regole. La Francia, d’altra parte, caratterizzata da un sistema di governo più centralizzato, ha visto il quadro normativo come flessibile, ossia da interpretare e governare. Gli autori concludono che i problemi affrontati dall’Euro hanno portato i suoi Stati membri a concentrarsi sulle risposte nazionali e non collettive, una reazione spiegata dalla ripresa della “battaglia delle idee”: le regole contro la discrezionalità, la responsabilità contro la solidarietà, la solvibilità contro la liquidità, l’austerità contro lo stimolo.

La rilevanza di questi differenti approcci filosofici alla base degli ordinamenti nazionali è sottolineata anche dai giuristi. Giuliano Amato, (*Le radici dell’Europa: il diritto*, Lezione tenuta il 27 aprile 2017 nell’ambito del ciclo “Le radici dell’Europa” organizzato dalla LUISS School of European Political Economy) sottolinea come nel processo di integrazione europeo sono rimaste differenze radicali fra gli ordinamenti nazionali che vengono dal passato. In Germania gli orrori del nazismo, perpetrati per lo più nel rispetto della legge, hanno portato al totale ripudio del riconoscimento dovuto al potere pubblico, per il sol fatto che esso risulti esercitato in base alla legge. L’ordoliberalismo, scuola cresciuta a Friburgo proprio negli anni del nazismo, ha generato la nozione di governo delle regole, secondo la quale le istituzioni di governo, ancorché investite di mandato popolare, non debbano per ciò stesso essere guidate soltanto dall’apprezzamento della propria discrezionalità. Esse devono essere permanentemente sotto il governo delle regole, unica garanzia, secondo gli ordoliberali, nei confronti di esorbitanze e abusi. Non è questa l’idea di governo che la Francia ha ereditato da quella nozione di potere, non limitato, ma legittimato, che fu la prima eredità della rivoluzione. È un’idea che esalta la discrezionalità di chi governa e affida a essa, più ancora che alle regole, l’efficacia dell’azione pubblica.

L’approccio “più regole e meno discrezionalità” si riscontra anche in campo bancario. A mio avviso un esempio è rappresentato dalla direttiva *BRRD* che prevede molte rigidità nelle norme di gestione delle crisi, con poca possibilità per le autorità di esercitare scelte discrezionali. Basti un esempio: le norme non si limitano a prescrivere il principio che i salvataggi pubblici rappresentano la *last resort* nella gestione della crisi, ma arrivano a stabilire in maniera fissa, un ammontare numerico, 8 per cento delle passività, di perdite che devono essere sopportate dai privati perché lo Stato possa intervenire. Questo approccio appare inadatto a gestire le crisi bancarie, se si tiene conto che, parafrasando una nota frase di Tolstoj in *Anna Karenina*, “tutte le gestioni bancarie in *good times* si somigliano, ma ogni crisi bancaria è disgraziata a modo suo”. Pertanto sono necessari ampi margini di discrezionalità delle autorità e pochi paletti rigidi nei testi normativi. Alla luce di queste considerazioni possono es-

sere spiegate le scelte delle autorità italiane per la soluzione della crisi delle banche venute nel giugno 2017. Il percorso normativo prescelto, la liquidazione coatta amministrativa invece della risoluzione e l'intervento pubblico – che rispetta la lettera della disciplina dell'Unione in materia, come confermato dalle stesse autorità europee – si giustifica in funzione della tutela di specifiche esigenze e interessi pubblici coinvolti in questa crisi, in primo luogo il risparmio di clienti e investitori e la struttura produttiva locale.

Come conciliare queste differenti filosofie? La presa d'atto delle differenze attuali non deve scoraggiare il raggiungimento in futuro di un *common understanding* delle norme e della loro portata applicativa. Esso potrà derivare con il tempo anche con il fondamentale supporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che sarà chiamata a vagliare la legittimità delle decisioni assunte da istituzioni e autorità europee. Come sottolinea ancora Amato, nella lezione prima citata, la Corte del Lussemburgo ha svolto un ruolo cruciale per rendere comune il patrimonio giuridico alle radici degli ordinamenti europei rappresentato dai “diritti fondamentali”. Questi ultimi sono stati affermati con forza dalla Corte di Giustizia nelle sentenze che riconoscevano diritti alla “persona” a partire dagli anni settanta del secolo scorso. Solo molto più tardi, nel 2009, la Carta dei diritti è stata approvata e resa vincolante dal Parlamento europeo.

Certamente questo processo richiede tempo e soprattutto la creazione di un clima politico e sociale favorevole all'integrazione. Questi due aspetti appaiono cruciali anche per completare il disegno della *Banking Union* con il tassello del sistema unico di assicurazione dei depositi.

La realizzazione del terzo pilastro è molto importante, ma non perché rappresenti un elemento essenziale per la gestione delle crisi. Sistemi coordinati di assicurazione dei depositi possono svolgere in maniera sufficiente il loro ruolo nella gestione di crisi di banche europee, anche se gestite da autorità accentrate. I sistemi di assicurazioni di depositi se intesi come puri strumenti per rimborsare i depositanti di banche in caso di crisi (non è mai stato così in Italia) hanno il ruolo limitato di contribuire (insieme ad altri interventi pubblici) ad evitare o quanto meno allontanare il rischio di una “corsa al ritiro dei depositi”. Il nuovo impianto normativo della *BU* attribuisce un ruolo più rilevante al *Single Resolution Fund* per contribuire a gestire la crisi; la *BRRD* e il Trattato intergovernativo del maggio 2014 stabiliscono un meccanismo di funzionamento del Fondo che, in maniera limitata e solo con una scadenza temporale lunga, porterà alla “mutualizzazione” delle perdite fra intermediari di paesi diversi. Diversamente, la piena realizzazione di un sistema unico di assicurazione dei depositi è molto importante per il valore simbolico che esso ha per avanzare verso una vera Unione in cui trasferimenti finanziari, se pur limitati, possano rappresentare un modo per irrigare e rinsaldare l'integrazione europea.

Per quest'ultimo passo è mancato, e ancora manca, la necessaria volontà politica dei governi europei. Non ci sono visioni di statisti in grado di accettare le critiche popolari, come è accaduto per la riunificazione tedesca. In quest'ultimo caso, un politico come Helmut Kohl impose il cambio alla pari (“uno ad uno”) fra il marco della Repubblica federale e la moneta della Germania est nonostante la Bundesbank considerasse troppo generosa perfino la conversione di 1 a 2. Si potrà obiettare che ciò è stato possibile perché i tedeschi parlano la stessa lingua e hanno una cultura comune. D'altro canto, erano uno Stato dal 1871 alla fine della seconda guerra mondiale.

Il clima politico che caratterizza l'Europa nell'ultimo anno non è una buona

premesse per confidare che si arrivi in tempi brevi ad accordi che consentano il trasferimento di risorse finanziarie fra Stati. Nonostante in diversi paesi i partiti nazionalisti siano usciti sconfitti dalle elezioni nel 2016/2017, su un tema cruciale come quello delle migrazioni dal continente africano anche la Francia e la Germania si dichiarano contrarie a iniziative che possano rappresentare una condivisione sostanziale della prima accoglienza dei migranti e del successivo ricollocamento fra tutti i paesi europei. Fino a ora il peso delle migrazioni continua a pesare sulle spalle dei paesi che sono la frontiera geografica con l’Africa, come Italia e Grecia.

L’assenza della condivisione di costi e oneri della partecipazione all’Europa e la mancanza di trasferimenti fiscali fra i paesi dell’Unione potrebbero comportare l’implosione del progetto varato nel 1957 con la firma dei Trattati di Roma.

Il progetto europeo ha origine nella consapevolezza delle drammatiche conseguenze della seconda guerra mondiale. Come sottolineato dall’*obituary* dedicato a Kohl dall’*Economist* all’indomani della sua scomparsa (*The Economist*, Germany’s Helmsman, 24th-30th June 2017) egli era appena quindicenne quando la guerra finì ed era consapevole della fortuna di essere nato tardi per la guerra “*The first Americans he met gave him sweets. Had the war gone on longer, he would have been fighting them*”. Questa consapevolezza lo ha indotto a stringere la mano di Mitterand nella famosa foto che li ritrae a Verdun. Oggi questa spinta sembra aver perso la sua capacità propulsiva. Noi che siamo nati quando la guerra era oramai lontana – e a maggior motivo i giovani – dobbiamo trovare altre ragioni per superare i nazionalismi.

È necessario cercare nuovi motivi che rendano utile al benessere sociale dei cittadini europei stare insieme. Come ricorda il presidente della BCE (Mario Draghi, “*The Monnet method – its relevance for Europe then and now*”, speech for the Award of the Gold Medal of the Fondation Jean Monnet pur l’Europe, Lausanne, 4 maggio 2017), in commento alle idee di Monnet, l’Europa deve progredire in settori in cui può dare un valore aggiunto che i singoli Stati non possono raggiungere da soli: ... *and makes it clear to citizens how joining together adds to their lives*”. Sulla stessa linea di pensiero Salvatore Rossi (*Europa: dall’Unione monetaria all’Unione economica e oltre*, Intervento all’Almo Collegio Borromeo, Pavia 14 giugno 2017) individua alcuni beni pubblici che sono motori dello sviluppo economico nel tempo moderno e che a suo avviso possono essere garantiti solo in una casa comune europea: la pace e la sicurezza interna ed esterna; l’educazione e la capacità innovativa.

Per realizzare questo ambizioso progetto serve certamente tempo ma soprattutto politici che non siano limitati dalla “veduta corta” – come ricordato da Padoa-Schioppa in un libro scritto subito dopo la crisi finanziaria (T. PADOA-SCHIOPPA, *La veduta corta*, Il Mulino, Bologna, 2009) – incapaci di andare oltre il calcolo di breve periodo e di guardare al futuro.

La responsabilità civile delle autorità indipendenti nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati: molti interrogativi e poche certezze

di **Francesco Sclafani**

ABSTRACT

The civil liability in the field of supervision of markets has been a subject of discussion since 2001, when the Civil Supreme Court condemned the Italian Authority of financial markets to refund investors for damages due to its negligent control on investment companies' activity. According to the Court, the supervision of markets is a public function exerted on behalf of private interest, therefore consumers have right to be compensated for damages that should be avoided by a proper administrative action. The article focuses on the reasoning of the decision and its consequences in all regulated markets in terms of balancing between public bodies' liability and public functions' efficiency. The analysis is carried out with specific regard to the extension of the judicial control on the abuse of discretion, the requirements of negligence, the distinction between regulation and surveillance of markets and the causal relationship between unlawfulness and damage. Finally, the article identifies the main challenges in order to ensure an equilibrate application of the liability rules in markets' supervision.

SOMMARIO: 1. Il sindacato giurisdizionale sulla legittimità della funzione. – 2. Responsabilità civile e buon andamento dell'azione amministrativa. – 3. Il caso Consob ed i conseguenti interrogativi. – 4. La colpevolezza. – 5. Conclusioni.

1. Il sindacato giurisdizionale sulla legittimità della funzione

La responsabilità civile nell'esercizio di una pubblica funzione presuppone l'accertamento dell'illegittimità della funzione (esercitata o non esercitata). Pertanto nell'affrontare il tema non si può prescindere da una, pur breve, analisi delle principali questioni relative al sindacato giurisdizionale sulla legittimità dei provvedimenti di regolazione e vigilanza dei mercati.

A tal fine assumono rilevanza almeno tre aspetti.

Il primo riguarda l'ampia discrezionalità tecnica. Entrambe le funzioni – regolazione e vigilanza – implicano complesse valutazioni tecnico-economiche, ma la discrezionalità della regolazione è ancora più ampia di quella della vigilanza perché mentre quest'ultima opera a regola data e quindi gode della discrezionalità di chi è chiamato ad applicare concetti giuridici indeterminati (come mercato rilevante, dominanza, significativa restrizione della concorrenza) la regolazione serve a costruire la regola che non c'è e quindi gode di una

discrezionalità che, trovando il suo limite nel principio di ragionevolezza e di proporzionalità, si muove in un ambito ancora più ampio.

Se è vero che la discrezionalità rende i provvedimenti particolarmente vulnerabili di fronte al sindacato sull'eccesso di potere, è anche vero però che tanto più è ampia la discrezionalità tecnica¹ tanto più è difficile il controllo del giudice, il quale deve essere non solo legalmente corretto ma anche economicamente e tecnicamente pertinente, il tutto in un quadro normativo molto complesso dominato da norme elastiche e concetti giuridici indeterminati che lasciano ampi margini di scelta all'amministrazione.

Dobbiamo però prendere atto che di fronte a tale complessità tecnica e giuridica il giudice amministrativo non ha più l'atteggiamento deferente che ha caratterizzato i primi anni del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti di regolazione e vigilanza dei mercati: è infatti ormai tramontata l'epoca del c.d. sindacato debole² in quanto le sentenze non si limitano più ad un controllo estrinseco della discrezionalità ma passano attraverso la verifica diretta dell'attendibilità degli elementi acquisiti nel procedimento e delle valutazioni tecniche compiute nel provvedimento³. E l'esperienza ci ha dimostrato che il giudice amministrativo sa usare l'eccesso di potere come un grimaldello che può aprire tutte le porte⁴.

¹ Come ricorda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, p. 125, l'espressione «discrezionalità tecnica» è impropria perché «nella discrezionalità tecnica manca l'elemento volitivo che caratterizza, invece, [...] la discrezionalità in senso proprio, cioè quella amministrativa. Il Codice del processo amministrativo utilizza un linguaggio più moderno là dove richiama la nozione di "valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche" (art. 63, comma 4, in tema di istruzione probatoria)». In senso sostanzialmente analogo si sono espressi R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 120 secondo i quali «la dottrina contemporanea rifiuta [...] il concetto di discrezionalità tecnica, riconoscendo la disomogeneità tra la categoria della discrezionalità amministrativa e quella della discrezionalità tecnica. Il rifiuto del concetto poggia su una "premessa generalmente accolta": la "estraneità fra valutazione tecnica e valutazione discrezionale, questa ultima intesa come valutazione del pubblico interesse. [...] Da un lato, ricorre una scelta politica-amministrativa, assunta in base ad una valutazione degli interessi, dall'altro, una soluzione tecnico-scientifica individuata non in relazione all'interesse pubblico, ma sulla base di regole non giuridiche». Non a caso, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 574, osservava che il potere basato su una valutazione tecnica è più prossimo alla discrezionalità del giudice piuttosto che alla discrezionalità amministrativa, essendo svincolato dalla considerazione degli interessi dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda.

² Espressione utilizzata dal Consiglio di Stato che qualificava "debole" il sindacato di legittimità sull'accertamento dell'illecito antitrust e "forte" il sindacato sulle sanzioni, ritenuto di merito. Questa terminologia ha indotto le imprese a contestare l'effettività della tutela giurisdizionale che però è passata indenne al vaglio sia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. 9 novembre 2009, n. 23667 in cui si sottolinea che tale giurisdizione esclusiva presuppone un atto adottato nell'ambito di un rapporto non paritario ma asimmetrico perché caratterizzato dalla relazione potere-soggezione e che quindi non coinvolge diritti soggettivi) sia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU, sez. II, sent. 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia). Si consideri, peraltro che il sindacato di legittimità è sostanzialmente conforme al modello di controllo del Giudice Comunitario.

³ È ormai pacifico in giurisprudenza che il giudice amministrativo può sindacare la discrezionalità tecnica attraverso un controllo c.d. intrinseco, purché non sostitutivo, ossia "con gli occhi dell'esperto", cfr. Cass., sez.Un., 20 gennaio 2014, n. 1013. Osservano R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 154-155 che l'attività di valutazione tecnica viene scomposta in quattro fasi distinte ad ognuna delle quali corrisponde, secondo la giurisprudenza, un sindacato diverso: «i fatti posti a fondamento del provvedimenti dell'autorità antitrust "possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi", mentre la fase dell'individuazione del parametro e del raffronto con i fatti accertati si caratterizza per l'esercizio di un'attività discrezionale di carattere tecnico, che giustificerebbe un sindacato di tipo debole».

⁴ In verità, il sindacato sulle sanzioni non è un vero e proprio sindacato di merito pienamente sostitutivo perché intanto è esercitabile una giurisdizione di merito – che ha come parametro

Il secondo aspetto riguarda la giurisdizione. Le funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati sono in larga parte affidate ad autorità amministrative indipendenti i cui provvedimenti sono soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵. Si tratta però di una giurisdizione esclusiva che opera solo sulla carta perché non riguarda le varie materie di intervento (l'energia, le telecomunicazioni, i trasporti, la concorrenza, ecc.) bensì le controversie sui provvedimenti delle varie Autorità e siccome tali provvedimenti sono atti autoritativi discrezionali di fronte ai quali non sono configurabili posizioni di diritto soggettivo la giurisdizione esclusiva finisce per essere una sorta di competenza per materia sugli interessi legittimi⁶. Tant'è che finora il sindacato giurisd-

non la legittimità ma l'opportunità del provvedimento – in quanto a monte l'Autorità nell'emanare l'atto abbia compiuto valutazioni di opportunità. Ma in una materia – come quella delle sanzioni – dominata dal principio di legalità appare difficile trovare spazio per valutazioni di opportunità. I criteri di quantificazione delle sanzioni non derivano da valutazioni di opportunità perché sono fissati dalla legge ed il fatto che tali criteri non siano puntuali consente all'Autorità di compiere valutazioni discrezionali, ma si tratta pur sempre di valutazioni che nel caso concreto debbono essere aderenti al criterio di legge applicato, e quindi sindacabili secondo gli ordinari parametri di legittimità, tant'è che le sentenze che hanno rideterminato la sanzione l'hanno sempre fatto solo per motivi di legittimità e non per ragioni di opportunità. Pertanto, questa giurisdizione si atteggia in concreto come una giurisdizione di merito quanto al potere sostitutivo dell'entità della sanzione purché però si ravvisi pur sempre un vizio di legittimità nella sua quantificazione.

⁵ Art. 133, comma 1, lett. l), d.lgs. n. 104/2010, c.d. codice del processo amministrativo. È interessante notare che nella nota sent. Corte cost. n. 204/2004 i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti sono citati come esempio di giurisdizione esclusiva costituzionalmente legittima: «*In particolare, il contrasto con gli artt. 102, primo comma, 103, primo comma, e 113, primo comma, Cost., si radicherebbe sulla sostanziale ricezione, nell'assetto accolto dal Costituente, del sistema di tutela giurisdizionale del privato nei confronti della pubblica amministrazione disciplinato dalla legislazione previgente e in particolare dalla legge n. 2248 del 1865, All. E, e dal r.d. n. 1054 del 1924: sistema che ruota tutto intorno alla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, quali posizioni soggettive giustiziabili, rispettivamente, davanti al giudice ordinario e al giudice amministrativo. Posto allora che, nel quadro istituzionale delineato dalla legge fondamentale del nostro Stato, il giudice ordinario è giudice dei diritti e la sua giurisdizione viene meno soltanto nei limitati casi in cui la cognizione, in considerazione dell'intreccio, difficilmente districabile per talune controversie, di figure giuridiche attive riconducibili all'una o all'altra categoria, è attribuita al giudice amministrativo, il legislatore ordinario non potrebbe discostarsi da tale modello, attribuendo determinate materie al giudice amministrativo in considerazione della loro rilevanza pubblicistica. E ciò tanto più che il contesto normativo di riferimento, ancorché caratterizzato dalla progressiva estensione dell'area della giurisdizione esclusiva – in buona parte a prescindere dalla qualificazione giuridica della situazione vantata nei confronti della pubblica amministrazione (così l'art. 11, comma 5, legge n. 241 del 7 agosto 1990, sugli accordi con la pubblica amministrazione sostitutivi dei provvedimenti; l'art. 33 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 e l'art. 7 del d.lgs. n. 74 del 25 gennaio 1992, come modificato dall'art. 5, comma 11, del d.lgs. n. 67 del 25 febbraio 2000, sui provvedimenti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato; l'art. 6, comma 19, della legge n. 537 del 24 dicembre 1993, come modificato dall'art. 44 della legge n. 724 del 23 dicembre 1994, sui contratti per la fornitura di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni; l'art. 4, comma 7, della legge n. 109 dell'11 febbraio 1994, come modificato dall'art. 9, comma 9, della legge n. 415 del 18 novembre 1998, sui provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; l'art. 2, comma 25, della legge n. 481 del 14 novembre 1995, sui provvedimenti delle Autorità per i servizi di pubblica utilità; l'art. 1, comma 26, della legge n. 249 del 31 luglio 1997, sui provvedimenti delle Autorità per le telecomunicazioni) – non avrebbe, a giudizio del rimettente, affatto obliterato la fondamentale funzione del giudice ordinario quale giudice dei diritti. Non a caso, egli ricorda, nel disciplinare il giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative (legge 24 novembre 1981, n. 689), il legislatore si è spinto nel riconoscimento di quella funzione, fino al punto di attribuire al giudice ordinario il potere di intervenire direttamente sull'atto, mentre, pur nell'ambito delle varie ipotesi di giurisdizione esclusiva relative all'impugnazione dei provvedimenti emessi dalle Autorità indipendenti, non mancano casi in cui è sancita la giurisdizione del giudice ordinario».*

⁶ In tal senso M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 107. Si segnala la posizione di G. GHIDINI e V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, p. 317 che, richiamando l'esperienza

zionale su tali funzioni si è svolto attraverso un ordinario giudizio di legittimità di carattere demolitorio del provvedimento, con tutte le conseguenze che questo comporta riguardo ai poteri del giudice e al rispetto della c.d. area di merito riservata all'Autorità⁷.

Il terzo aspetto riguarda i soggetti coinvolti nel giudizio sulla legittimità. Negli anni '90 il giudice amministrativo affermava che le uniche posizioni a confronto nel processo fossero, da un lato, quella dell'Autorità che esercita la sua potestà e, dall'altro, quella dell'impresa che la subisce e ne contesta il legittimo esercizio⁸. Tra di esse non v'era spazio per un altro interesse privato come quello di un concorrente o consumatore che contestano il mancato esercizio del potere, in quanto si riteneva che costoro fossero titolari di un interesse di mero fatto. Questo orientamento giurisprudenziale è ormai tramontato e ciò ha profondamente cambiato il contenzioso di legittimità che oggi riguarda non soltanto il potere esercitato ma anche quello non esercitato, sia attraverso le archiviazioni delle segnalazioni che le decisioni sugli impegni. Esso quindi coinvolge non più soltanto l'interesse legittimo oppositivo delle imprese regolate o vigilate ma anche l'interesse legittimo pretensivo dei concorrenti o consumatori che possono agire dinanzi al giudice amministrativo per reclamare un dato intervento sul mercato a tutela dei propri interessi⁹.

di altri ordinamenti europei (Germania, Belgio e Francia) ritengono anomala la scelta del legislatore italiano (e spagnolo) di sottoporre i provvedimenti antitrust al sindacato del giudice amministrativo anziché ad un pieno controllo anche di merito da parte del giudice ordinario.

⁷ In verità, l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità che operano nel diritto pubblico dell'economia è una scelta opportuna per varie ragioni: a) è conforme al modello comunitario di sindacato giurisdizionale su tali provvedimenti; b) deriva dalla difficoltà di distinguere i diritti soggettivi dagli interessi legittimi in una materia così composita in cui si intrecciano valutazioni economiche, discrezionalità tecnica, potestà sanzionatorie e diritto di impresa; c) la scelta del giudice amministrativo trova la sua ragion d'essere nel fatto che esso è il giudice naturale della funzione amministrativa e del pubblico interesse e che i provvedimenti di vigilanza e regolazione sono atti soggettivamente ed oggettivamente amministrativi con cui si persegue il pubblico interesse ad un mercato concorrenziale; d) nel nostro ordinamento il sindacato di merito sugli atti amministrativi è storicamente recessivo, tassativo ed eccezionale ed appare ancor più incompatibile con lo status delle autorità indipendenti pertanto la tesi di chi rivendica la giurisdizione del giudice ordinario appare in netta controtendenza soprattutto se la si confronta con alcune iniziative legislative degli ultimi anni non andate a buon fine – e di dubbia compatibilità con l'art. 113, comma 2, Cost. – con cui ci si è mossi in senso diametralmente opposto tentando di circoscrivere ulteriormente il sindacato di legittimità sui provvedimenti delle autorità indipendenti limitandolo ad alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere (ci si riferisce al disegno di legge sulla giustizia amministrativa, divenuto legge n. 205 del 2000, che nella sua originaria formulazione, all'art. 5, limitava il controllo del giudice al "palese errore di apprezzamento" e alla "manifesta illogicità del provvedimento").

⁸ «*Nei procedimenti repressivi il soggetto denunciante non assume una posizione di interesse tutelata né all'apertura del procedimento né, tanto meno, alla conclusione di questo in senso conforme alle sue aspettative, essendo titolare solo di un interesse di mero fatto che lo abilita, se del caso, ad intervenire nell'eventuale giudizio instaurato dall'unico soggetto legittimato a reagire, ovvero sia il destinatario dell'attività sanzionatoria. Tale principio è senz'altro applicabile anche in relazione all'esercizio, da parte dell'Autorità garante, delle attribuzioni previste dalla L n. 287/1990 posto che, nella verifica dell'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti dagli artt. 2 e 3 di detta legge, l'Autorità procede d'ufficio, essendo i suoi poteri preordinati esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato e non alla garanzia di posizioni individuali degli operatori di quest'ultimo. Il riconoscimento della legittimazione ad impugnare il provvedimento in capo al concorrente, potrebbe configurarsi solo ed in quanto possa individuarsi la stessa come titolare di interesse collettivo alla non restrizione della concorrenza omogeneo e differenziato rispetto a quello dei singoli soggetti*» (Tar Lazio, sez.I, 23 dicembre 1997, n. 2216; conformi, tra le altre, Cons. St., sez.VI, 30 dicembre 1996, n. 1792; Tar Lazio, sez.I, 27 ottobre 1999, n. 2435).

⁹ «*Essendo possibile che vi siano soggetti "controinteressati", in relazione ai procedimenti*

2. Responsabilità civile e buon andamento dell'azione amministrativa

La seconda questione, dalla quale non è possibile prescindere, riguarda l'individuazione del punto di equilibrio tra principio di responsabilità della pubblica amministrazione (art. 28 Cost.) e principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 125 Cost.).

Da un lato, il principio di responsabilità non consente di lasciare a carico del danneggiato la perdita economica ingiustamente subita per effetto di un provvedimento illecito¹⁰. Dall'altro, il principio di buon andamento dell'azione amministrativa non consente di caricare sulle autorità di regolazione e vigilanza il peso di una responsabilità che rischia di paralizzare la loro funzione.

Il potenziale conflitto tra i suddetti principi comporta che ogni scelta abbia i suoi inconvenienti.

Se si sceglie di limitare la responsabilità ci si espone alle seguenti obiezioni: a) la responsabilità è un contrappeso irrinunciabile perché le funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati, in quanto affidate prevalentemente ad autorità indipendenti, sono sottratte al controllo del corpo elettorale, quindi non possono essere sottratte anche al controllo del giudice che si attua attraverso il duplice strumento dell'annullamento e della condanna al risarcimento del danno; b) ogni limitazione della responsabilità della pubblica amministrazione

e provvedimenti antitrust, legittimati ad impugnare i "provvedimenti assolutori", ne deriva anche, quale logico corollario, che: a) in caso di provvedimenti sanzionatori, i controinteressati, ove agevolmente individuabili, vanno evocati nel giudizio di impugnazione del provvedimento sanzionatorio; b) i controinteressati non evocati in giudizio possono intervenire ad opponendum; c) nel caso in cui il giudice di primo grado annulli un provvedimento sanzionatorio, il controinteressato si trova nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato a fronte di un provvedimento ab origine assoluto, e come ha la legittimazione e l'interesse a impugnare il provvedimento assoluto, ha anche la legittimazione e l'interesse a proporre appello avverso la sentenza che annulla un provvedimento sanzionatorio». (Cons. St., sez.VI, 20 maggio 2011, n. 3013). Tale mutamento giurisprudenziale ci pone di fronte a due nuovi problemi: a) è caduto il muro della carenza di legittimazione del terzo, che effettivamente era troppo alto, ma non ne è stato costruito un altro più basso, per cui oggi ci troviamo nell'eccesso opposto in quanto le funzioni regolatorie e di vigilanza possono avere effetti lesivi su intere categorie di consumatori, pertanto la legittimazione a ricorrere rischia di diventare così ampia da avvicinarsi ad una vera e propria azione popolare; b) si è sviluppato un nuovo contenzioso, in cui si discute della legittimità dell'accettazione o del rifiuto degli impegni, nel quale si pongono nuovi problemi anche sull'intensità del sindacato del giudice che è chiamato a giudicare sulla scelta delle autorità di vigilanza tra due diversi strumenti di tutela: l'accertamento dell'illecito accompagnato dal relativo provvedimento inibitorio e sanzionatorio oppure l'accoglimento degli impegni proposti dalle imprese.

¹⁰ Con la storica sent. Cass. n. 500/1999 il principio di responsabilità si è esteso fino a comprendere la lesione dell'interesse legittimo in quanto «L'area della risarcibilità non è definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (...) Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante». Cfr. L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 844 ss.

deve avere una giustificazione per essere compatibile con gli artt. 3 e 28 Cost.; c) la responsabilità è un essenziale strumento di tutela dell'interesse legittimo anche perché opera in via preventiva come incentivo a regolare e vigilare bene, quindi ogni sua limitazione rischia di compromettere non solo l'interesse del danneggiato ma anche la qualità della pubblica funzione.

Se invece si sceglie la responsabilità piena ci si espone ad obiezioni non meno fondate: a) un'amministrazione efficiente deve essere in grado di assumere decisioni anche in condizioni difficili e un eccesso di deterrenza contrasta con tale obiettivo perché aumenta il rischio di una regolazione o vigilanza di tipo difensivo che finiscono per danneggiare il mercato (come avviene nel campo della responsabilità medica con la c.d. medicina difensiva); b) un eccesso di responsabilità potrebbe favorire un "dirigismo giurisprudenziale" e quindi in ultima analisi un *vulnus* all'indipendenza; c) potrebbero essere incentivate azioni speculative sotto forma di abuso di azioni risarcitorie in quanto le autorità di vigilanza verrebbero chiamate a rispondere di ogni dissesto economico (quella che gli americani chiamano la responsabilità della "tasca profonda")¹¹.

Tuttavia, sul rischio di un "dirigismo giurisprudenziale" occorre ricordare che in genere i fenomeni di giurisprudenza "creativa" sono indotti dai fallimenti di una legislazione carente o caotica. Se, quindi, è vero che la giurisprudenza ha le sue responsabilità sull'incertezza del quadro delle regole, è anche vero però che essa – avendo l'ultima parola ed essendo sottratta al controllo del corpo elettorale – viene spesso chiamata a compiere scelte inevitabili che la politica non vuole fare.

In secondo luogo, non va dimenticato il regime di favore che caratterizza la responsabilità amministrativo-contabile dei dipendenti pubblici i quali sono responsabili solo per dolo e colpa grave¹². Pertanto nel processo decisionale che caratterizza l'esercizio delle pubbliche funzioni opera un meccanismo protettivo che dovrebbe quantomeno attenuare il rischio di un eccesso di deterrenza¹³.

¹¹ La "Deep pockets liability" si ha quando il risarcimento può essere ottenuto in base alla capacità di pagamento piuttosto che in base all'effettiva responsabilità.

¹² Ai sensi dell'art.1, comma 1, legge 14 gennaio 1994, n. 20 «*La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo. Il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi*».

¹³ Secondo la giurisprudenza contabile «*La limitazione della responsabilità ai fatti commessi con colpa grave è un vantaggio per il danneggiante sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti perché il legislatore ha voluto valutare favorevolmente lo svolgimento di attività in strutture complesse, dove, talvolta, vi sono errori e manchevolezze in altre parti degli apparati amministrativi che possono incidere sui risultati di chi si trova ad agire e, quindi, la limitazione alla colpa grave attenua il rischio di rispondere per fatti che non si è in grado di controllare integralmente, consentendo di attribuire la responsabilità a chi ha agito in tale stato, proprio perché la gravità dello scostamento dal paradigma del buon funzionario permette di addebitare il danno anche in presenza di eventuali difetti dell'apparato organizzativo*» (Corte Conti, sez.I App., 14 gennaio 2016, n. 18). Il prevalente orientamento della giurisprudenza contabile identifica la colpa grave in una sprezzante trascuratezza dei propri doveri attraverso un comportamento caratterizzato da elevata negligenza o imprudenza ovvero ad una particolare trascuratezza degli interessi pubblici; il relativo giudizio deve ispirarsi ad una considerazione globale di tutti gli elementi di fatto e di diritto che assumono rilevanza nella fattispecie compreso, nelle ipotesi di vigilanza e direzione, l'impegno profuso nel ridurre le deficienze organizzative (Corte Conti, sez. Riun., 14 giugno 1997, n. 58; sez. Riun., 21 agosto 1997, n. 64; sez.I, 7 ottobre 1997, n. 185).

3. Il caso Consob ed i conseguenti interrogativi

L'affermazione della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa ha dunque raggiunto un punto di 'non ritorno', che è coerente anche con un contesto più ampio, di ordine costituzionale, europeo, ecc. L'ampiezza riconosciuta al principio rappresenta indubbiamente un elemento da valutare positivamente, che esprime bene la sensibilità raggiunta per un valore che in origine, almeno nel nostro Paese, era stato piuttosto trascurato.

Il tema della responsabilità per danni nell'esercizio del potere di vigilanza è venuto alla ribalta nei mercati finanziari con riguardo alla Consob.

Per un lungo periodo, la giurisprudenza ha ritenuto che la funzione amministrativa di vigilanza fosse attività di alta amministrazione¹⁴ e quindi che i beneficiari della stessa (risparmiatori, consumatori ed utenti di un servizio pubblico) fossero titolari di un mero interesse di fatto, come tale non giustiziabile¹⁵.

Tutto è cambiato con la sentenza 3 marzo 2001, n. 3132 in cui la Corte di Cassazione ha affermato che il risparmiatore ha diritto di veder tutelati i suoi risparmi da parte dell'autorità di vigilanza perché è titolare di un «diritto soggettivo all'integrità patrimoniale» che si distingue dalla posizione delle imprese sottoposte a controllo, qualificata invece in termini di interesse legittimo. Ciò in quanto nei confronti dei risparmiatori la Consob ha un obbligo di tutela che non passa attraverso l'esercizio di un potere autoritativo: essa «non è soltanto organo di vigilanza del mercato dei valori, ma è anche organo di garanzia del risparmio pubblico e privato» perché la sua attività deve svolgersi nei limiti imposti dal precetto primario del *neminem laedere*¹⁶.

¹⁴ Sul punto si veda S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013.

¹⁵ Cass., sez.Un., 29 marzo 1989, n. 1531: «*La Banca d'Italia e il governatore di essa, nell'esplicare l'attività relativa al controllo della funzione creditizia, agiscono come organi diretti dello stato, sicché a fronte dell'esercizio del proprio potere pubblicistico discrezionale e di alta amministrazione non è dato ravvisare alcuna situazione soggettiva tutelabile quale diritto soggettivo e neppure quale interesse legittimo*»; nonché Cass. 14 gennaio 1992, n. 367, cit., secondo la quale i poteri di vigilanza attribuiti dal legislatore alla Consob sono finalizzati ad assicurare la «*tutela dell'interesse generale all'ordinata attivazione ed alla trasparenza di quel settore specifico rappresentato dal mercato mobiliare*», pertanto la situazione soggettiva del privato «*si traduce nell'interesse all'appropriato svolgimento, da parte della Consob, delle funzioni regolatrici e di vigilanza demandate, e trova, quindi, considerazione nell'ordinamento solo in maniera indiretta ed a livello, quindi, di mero interesse variamente qualificato*»; in termini analoghi cfr. Cass., sez. Un., 22 luglio 1993, n. 8181, e Cass. 15 marzo 1989, n. 1303; fra le Corti di merito, si veda Trib. Milano 9 gennaio 1986, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 427 ss., con nota di M. CERA, in cui si legge che «*il sistema della legge bancaria e dei controlli ivi previsti ignora in linea di principio l'interesse privato del singolo cittadino, risparmiatore o azionista, il quale gode di una protezione giuridica solo indiretta o di riflesso, cioè in dipendenza e per l'effetto della tutela dell'interesse collettivo*»; si veda altresì per analoghe considerazioni Trib. Roma 6 marzo 1991, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2906, sul c.d. caso Sgarlata; infine, per qualche analogia, si veda anche Cass., sez.I, 9 dicembre 2002, n. 17475: «*In tema di normativa per la tutela della concorrenza e del mercato apprestata dalla l. 10 ottobre 1990 n. 287 ed alla luce di quella che è la caratterizzazione tecnica degli istituti in essa delineati, lo strumento risarcitorio – connesso alla violazione dei divieti di intese restrittive della libertà della concorrenza, e di abuso di posizione dominante, in essa normativa fissati rispettivamente agli art. 2 e 3 – contemplato dall'art. 33 ed in quella sede rimesso, per la sua cognizione, alla competenza esclusiva della corte di appello in un unico grado di giudizio di merito, non è aperto – in quanto tale – alla legittimazione attiva dei singoli c.d. "consumatori finali"*».

¹⁶ La figura del diritto alla «integrità del patrimonio» fu affermata per la prima volta da Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, sul caso De Chirico e poi ribadita da Cass., 21 ottobre 1983, n. 6177 e da Cass. 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 386, con nota di M. LIBERTINI.

Il punto di svolta di tale decisione sta dunque nel passaggio dalla funzione di vigilanza sugli operatori alla funzione di garanzia verso i consumatori e presenta analogie con il mutamento giurisprudenziale che ha portato il giudice amministrativo ad estendere la legittimazione a ricorrere ai cc.dd. “terzi” rispetto alle imprese vigilate. Infatti, in entrambi i casi si è passati da una vigilanza intesa come strumento di tutela oggettiva dell’interesse pubblico al funzionamento del mercato ad una vigilanza intesa come strumento di tutela soggettiva di coloro che operano nel mercato ed in particolare dei consumatori, che di conseguenza sono legittimati a chiedere il risarcimento del danno patrimoniale che la Consob avrebbe potuto e dovuto evitare.

Questa svolta ha senza dubbio il pregio di aver trasformato il risparmiatore in un protagonista del mercato, tuttavia, il ragionamento su cui si basa non è esente da critiche in quanto il diritto dei risparmiatori all’integrità del patrimonio appare una figura alquanto indefinita, riguardo alla base normativa, al contenuto e all’estensione¹⁷.

In dottrina¹⁸ è stato sottolineato che con questa storica sentenza la Corte di Cassazione ha fatto una fuga in avanti compiendo «*due passi oltre la sentenza 500/99*», perché si è spinta ad esplorare l’area grigia della distinzione tra interessi legittimi risarcibili ed interessi di mero fatto. Inoltre, è stata richiamata l’esperienza tedesca in cui il legislatore, di fronte al rischio di ondate di azioni risarcitorie da parte dei risparmiatori, ha sancito che l’Autorità di vigilanza bancaria opera esclusivamente nell’interesse pubblico e quindi non a garanzia dei risparmiatori, con ciò interrompendo il nesso tra vigilanza e garanzia.

Nel dibattito suscitato da questa svolta giurisprudenziale¹⁹ sono emersi alcuni nodi dai quali non è possibile prescindere nel tentativo di costruire un principio di responsabilità applicabile a tutte le funzioni di vigilanza e di regolazione.

¹⁷ In dottrina non sono mancate critiche verso questa nuova figura di diritto soggettivo: G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 97 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, 1991, p. 26 ss., A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2001, III ed., p. 218 ss.

¹⁸ M. CLARICH, *La responsabilità della Consob nell’esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Corte di Cassazione n. 500/99*, in *Danno e responsabilità*, 2002 n. 2, p. 223 ss.

¹⁹ F. VELLA, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari: alla ricerca di un equilibrio tra “immunità” e tutela degli investitori*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2002, 1, p. 295; F. ANELLI, *Quale limite per la responsabilità delle c.d. autorità di vigilanza?*, in *Società*, 2011, 7, p. 793; R. CARANTA, *Responsabilità della Consob per mancata vigilanza e futuri problemi di giurisdizione*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2001, 3, p. 571; G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità civile della Consob*, in *Il diritto commerciale d’oggi* (dircomm.it), V.3 – marzo 2006, p. 156; E.M. LOMBARDI, *La responsabilità delle autorità di sorveglianza del mercato finanziario: regola aurea o “all that glitters is not gold”?*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 10, p. 1409; G. LOMBARDO, *Autorità amministrative indipendenti e risarcimento del danno: una nuova frontiera per la responsabilità civile?*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 11, p. 1131; G. MONTEDORO, *Questioni di giurisdizione in materia di atti illeciti delle autorità di vigilanza sui mercati*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, 1-2, p. 2033; L. VANNINI, *Responsabilità civile della Consob per falsità del prospetto informativo*, in *Dir. prat. soc.*, 2001, fasc. 7, p. 53 ss. Riguardo alla dottrina straniera sulla responsabilità da errato prospetto informativo si veda R.W. JENNINGS-H. MARSH, *To whom is the prospectus addressed?*, in *Securities regulation, cases and materials*, Foundation Press, 1982; H. KRIPKE, *The SEC, the accountants, some myths and some realities*, in *New York University Law Review*, n. 45, 1970.; H. KRIPKE, *The myth of the informed layman*, in *Business Lawyer*, 1973. Più in generale per una ricostruzione della responsabilità dello Stato nel diritto americano G. SISK, *Litigation with the federal government*, Hornbook Series, West Academic Publishing, St. Paul (MN), 2016; M. SWIHART ORGILL-B. MELTZER TOREN, *Comment, Sovereign Immunity and the Discretionary Function Exception of the Alaska Tort Claims Act*, 2 Alaska L. Rev. 99, 100 (1985). E. CHERMERINSKY, *Against Sovereign Immunity*, 53 *Stan. L. Rev.* 1201, 1202 (2001).

Il primo nodo riguarda l'individuazione dell'interesse che viene tutelato dalla funzione amministrativa, ciò in quanto la responsabilità aquiliana nell'esercizio di un pubblico potere presuppone che quest'ultimo sia esercitato in violazione di un dovere d'ufficio che la legge prevede nell'interesse del soggetto danneggiato.

In Italia non c'è una norma come quella tedesca, ma neanche una norma che dica il contrario, tant'è che per diversi anni il giudice amministrativo ha negato la legittimazione dei consumatori e dei concorrenti ad agire in giudizio per contestare l'omesso esercizio del potere di vigilanza²⁰.

Tuttavia, prima di affermare che le autorità di regolazione e vigilanza agiscono nell'interesse dei consumatori e che pertanto le loro funzioni implicano un obbligo di garanzia nei loro confronti, occorre ricordare che le funzioni amministrative di disciplina dei mercati nascono in presenza di fallimenti del diritto privato²¹. Di fronte a situazioni in cui il diritto comune non è in grado di tutelare efficacemente gli interessi pubblici prioritari il nostro ordinamento prevede un doppio sistema di protezione: il *public enforcement* affidato alle autorità amministrative e il *private enforcement* che consente di ottenere il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario²². Ciò porterebbe a pensare che il *public enforcement* sia esercitato solo nell'interesse pubblico, altrimenti non si giustificerebbe il doppio regime di tutela e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In secondo luogo, una tutela amministrativa dei mercati esercitata "per conto" dei consumatori rischia di portare a funzioni amministrative eterodirette in cui la discrezionalità sul dove, come e quando intervenire è condizionata dalle denunce dei controinteressati che le autorità sono costrette a rincorrere. Non v'è dubbio che nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati la tutela del consumatore occupa un posto di primo piano ma è anche vero che essa non è sola perché le autorità hanno la responsabilità di far funzionare il sistema, ed il

²⁰ Vedi giurisprudenza citata alla nota 7.

²¹ M. CLARICH, *Funzione di vigilanza e responsabilità civile della pubblica amministrazione aperture giurisprudenziali dopo la sentenza S.U. Corte di Cassazione n. 500/99*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, II, p. 871.

²² Con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, il legislatore italiano ha recepito la direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. In particolare, «[...]al fine di rafforzare gli strumenti a disposizione dei soggetti danneggiati, il decreto introduce meccanismi di acquisizione delle prove che affidano al giudice il potere di richiedere alle parti, ai terzi e alle stesse Autorità garanti della concorrenza l'esibizione di elementi utili al giudizio instaurato ai fini del risarcimento del danno da illecito antitrust, per consentire ai danneggiati stessi, anche acquirenti indiretti, di superare le asimmetrie informative che rendono attualmente difficile l'azione risarcitoria. Sono poi regolati i rapporti tra la decisione dell'Autorità garante della concorrenza e la decisione del giudice della causa del risarcimento del danno, prevedendo che ai fini dell'azione per il risarcimento si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità garante italiana non più soggetta ad impugnazione. Viene anche precisato che il sindacato del giudice amministrativo sulla decisione dell'Autorità garante comporta la verifica dei fatti posti a fondamento della decisione stessa e che la valutazione del giudice si estende ai profili tecnici della vicenda. Il decreto disciplina inoltre l'efficacia nel giudizio risarcitorio della decisione definitiva con cui un'Autorità garante della concorrenza di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza. Infine, il provvedimento disciplina la prescrizione del diritto al risarcimento, la responsabilità in solido degli autori della violazione, la quantificazione e la valutazione del danno, concentrando presso tre Sezioni specializzate in materia di impresa (Milano, Roma, Napoli) la competenza per le controversie in merito, anche promosse per il tramite di azioni di collettive» (Comunicato stampa del Consiglio dei ministri 14 gennaio 2017, n. 8).

sistema non funziona se non si tutelano gli interessi di tutti gli attori del mercato attraverso una loro equilibrata ponderazione, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Il secondo nodo da sciogliere riguarda l'individuazione del bene della vita danneggiato. Dopo Cass. 22 luglio 1999 n. 500, ai fini dell'ingiustizia del danno, non importa più qualificare la situazione soggettiva in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo ma resta pur sempre necessaria una situazione soggettiva che (comunque la si chiami) sia idonea a garantire un bene della vita. Tuttavia, resta pur sempre il problema di individuare il bene della vita che le funzioni di regolazione e vigilanza devono garantire ai consumatori, di accertare se esso sia oggetto di un interesse pretensivo o oppositivo e di individuare il *benchmark* per stabilire il livello minimo di intervento che deve essere assicurato ai consumatori per non incorrere in responsabilità.

La sentenza sul caso Consob non affronta tali questioni perché la Corte di Cassazione si è limitata ad affermare che «l'integrità del proprio patrimonio» è un bene protetto attraverso un diritto soggettivo che trova il suo fondamento nel principio del *neminem laedere*.

Un altro aspetto da non sottovalutare riguarda la spettanza del potere amministrativo, in quanto la responsabilità per illecito esercizio di un pubblico potere presuppone certezza sulla spettanza del potere. Ma, com'è noto, i poteri delle autorità di regolazione e vigilanza hanno confini alquanto incerti.

Si pensi all'ampio dibattito sui c.d. poteri regolatori impliciti in cui il giudice amministrativo è arrivato ad affermare che il regolatore ha il potere-dovere di utilizzare tutte le misure necessarie a perseguire gli obiettivi che gli sono assegnati dalle norme programmatiche che lo riguardano, anche se tali misure non sono espressamente previste dalla legge²³. Tale affermazione contiene i presupposti per configurare una responsabilità del regolatore molto estesa che evoca un obbligo "di risultato", piuttosto che "di mezzi".

Sulla funzione di vigilanza si pensi al tormentato conflitto di competenza tra le autorità di regolazione e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di tutela consumeristica che sembra non avere tregua visto che è stato recentemente rimesso in Corte di Giustizia U.E.²⁴, per cui ancora non è

²³ La pronuncia più significativa dell'interpretazione non formalistica del principio di legalità e che ha contribuito ad alimentare il dibattito sui c.d. poteri di regolazione impliciti è la sentenza del Cons.Stato, sez.VI, 24 giugno 2005, n. 5827 in cui si sottolinea che «la legge n. 481/95 come molte leggi istitutive d'Amministrazione indipendenti è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, iscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare. La natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si "autoprogramma" secondo le finalità stabilite dal legislatore», in quanto «La l. n. 481/95 pur avendo natura programmatica e costruendo funzionalmente le attribuzioni dei poteri dell'Autorità, non abbisogna di successive leggi attuative che specificano i limiti d'azione dell'Amministrazione indipendente. In diversa ipotesi, con inversione logico-ermeneutica, non risulterebbe affatto chiaro quale sia il senso dell'istituzione dell'Autorità, quale lo spazio d'esercizio dei poteri che le sono riconosciuti dalla legge istitutiva, dovendosi attendere che le disposizioni particolari disciplinino, di volta in volta, gli ambiti d'intervento dell'Amministrazione indipendente».

²⁴ Cons. St., sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167 che ha sollevato i seguenti quesiti: «1) se la ratio della direttiva 'generale' n. 2005/29/CE quale 'rete di sicurezza' per la tutela dei consumatori, nonché il considerando 10 e l'articolo 3, comma 4, della medesima direttiva n. 2005/29/CE, ostino ad una disciplina nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici, previsti della direttiva settoriale n. 2002/22/CE a tutela dell'utenza, nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l'effetto, l'intervento dell'Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale

dato capire a chi spetti la tutela dei consumatori in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati.

Inoltre, non si può prescindere da un'analisi riguardo al tipo sostanziale di funzione esercitata in quanto le funzioni regolatorie e di vigilanza si svolgono attraverso un potere formalmente amministrativo (quindi governato dai tradizionali principi di legalità, proporzionalità, effettività) ma ai fini della responsabilità ciò che conta è la sostanza della funzione in concreto esercitata.

La vigilanza²⁵ si sostanzia in un'attività di controllo e di decisione caratterizzata da una discrezionalità paragonabile a quella giudiziaria perché le autorità di garanzia, pur non essendo giudici, ragionano come i giudici in quanto applicano il sillogismo giudiziario e sono chiamate a contestualizzare concetti giuridici indeterminati²⁶.

*scorretta/sleale; 2) se il principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE debba essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), oppure dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), oppure, ancora, dei rapporti tra Autorità preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori; 3) se la nozione di "contrasto" di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano specifici aspetti settoriali delle pratiche commerciali, oppure se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alle specificità del settore, tale da determinare un concorso di norme (Normenkollision) in relazione ad una stessa fattispecie concreta; 4) Se la nozione di norme comunitarie di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto europeo; 5) Se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina 'consumeristica' settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di "pratica aggressiva", ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o "in ogni caso aggressiva" ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime "pratiche aggressive" e "in ogni caso aggressive" o, comunque, le medesime "pratiche scorrette"», in corso di pubblicazione su questa rivista con nota di G.M. BARSÌ, *Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda in Corte di Giustizia*.*

²⁵ L'attività di vigilanza consiste in una funzione di controllo sull'osservanza delle regole che disciplinano un mercato già operante secondo modelli di libera concorrenza e può avere ad oggetto la repressione di condotte anticoncorrenziali o di violazioni della regolazione (proconcorrenziale o a tutela del consumatore). Essa – a differenza della regolazione che di norma ha efficacia generale ed opera ex ante – si attua attraverso provvedimenti individuali che operano ex post in relazione a fatti già avvenuti in cui si tratta di accertare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito attraverso un giudizio che non implica esercizio di discrezionalità amministrativa in senso proprio. Sulla nozione di vigilanza v., tra gli altri, in dottrina, M. D'ALBERTI, *La vigilanza economica esercitata da pubblici poteri*, in E. BANI e M. GIUSTI (a cura di), *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, Padova, 2004, p. 75 e ss.; nonché S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, *ivi*, p. 25 e ss. Con riferimento specifico al settore bancario v. le considerazioni di M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 975 ss.; M. MACCHIA, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, n. 1.

²⁶ Il primo problema che è stato affrontato in giurisprudenza è se le c.d. "magistrature economiche", nonostante questa denominazione gergale, siano soggette al sindacato giurisdizionale ed il sol fatto che il problema si sia posto è molto significativo; ad es. il Cons. Stato nella sent. 23 aprile 2002, n. 2199 ha dovuto affermare che «al procedimento antitrust non si applicano le norme proprie dei procedimenti giurisdizionali, non avendo l'Autorità natura giurisdizionale o paragiurisdizionale ma amministrativa, pur riconoscendosi la necessità di un'attenta verifica del

La regolazione²⁷, invece, è una funzione sostanzialmente normativa caratterizzata da una discrezionalità talmente ampia da coincidere col principio di ragionevolezza essendo espressione di un potere di scelta non legislativamente predeterminato in quanto si muove in uno spazio in cui le fonti di rango primario lasciano ampi margini di manovra²⁸.

È evidente, quindi, che il percorso che conduce alla garanzia dell'integrità del patrimonio dei consumatori e alla conseguente responsabilità civile non è lo stesso se si parte dalla vigilanza o se invece si parte dalla regolazione.

Riguardo alla responsabilità per condotta omissiva è interessante notare che il sindacato giurisdizionale sulla scelta di non esercitare il potere, mentre in teoria appare equivalente a quello che ha ad oggetto la discrezionalità del

rispetto dei principi del contraddittorio». Tale dibattito giurisprudenziale ha risentito delle discussioni in dottrina sulla c.d. natura paragiurisdizionale delle autorità di garanzia (M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005) la quale è stata addirittura affrontata dalla Corte di Cassazione che con la sent. sez. I, n. 7341/2002 ha affermato quanto segue: a) l'imparzialità e l'indipendenza delle autorità di garanzia non va confusa con la posizione di terzietà e di *super partes* che è riconosciuta al giudice, benché imparziali ed indipendenti esse sono pur sempre portatrici di un interesse pubblico ma di parte, mentre la terzietà del giudice è caratterizzata dal suo distacco, dal suo essere altro rispetto agli interessi in conflitto e l'interesse pubblico alla giustizia è *super partes* trasversale ed equidistante rispetto agli interessi in gioco nel processo dove le autorità di garanzia assumono la veste di parti; b) il nostro ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione (art. 97 Cost.) e giurisdizione (art. 111 Cost.): non esiste la figura dell'organo paragiurisdizionale trattandosi di un termine descrittivo per indicare organi pubblici dotati di poteri sostanzialmente decisori la cui collocazione istituzionale ha sollevato dubbi; c) l'art. 102 Cost., nel sancire il divieto di istituire giudici speciali, non consente di attribuire natura giurisdizionale alle c.d. magistrature economiche; d) la mera attribuzione di poteri decisori e la previsione di un procedimento speciale (con un alto tasso di contraddittorio) non basta per configurare un giudice speciale perché è giudice colui che ha l'ultima parola, che può emettere una decisione suscettibile di assumere la forza e la definitività del giudicato al di fuori del controllo di qualsiasi altro soggetto pubblico.

²⁷ Com'è noto, in dottrina non esiste una nozione di regolazione (o regolamentazione) generalmente condivisa in quanto si riscontrano svariate formulazioni, più o meno convincenti, per circoscrivere i suoi incerti confini; per una approfondita analisi sul punto si rinvia a E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in questa *Rivista*, n. 1/2014, in cui l'Autore sottolinea che «in definitiva la soluzione che appare preferibile è quella di definire di volta in volta i confini della categoria in relazione allo specifico problema o alla specifica disciplina da considerare». Si veda, tra gli altri, L. HANCHER-M. MORAN, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research*, 1989, p. 129 ss.; A. OGUS, *Regulation. Legal form and Economic Theory*, cit.; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., in part. p. 117 ss.; R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, II ed., 2011, in part. p. 2 ss.; J. BLACK, *Critical Reflections on Regulation*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002, 27, p. 1 ss. (ma v. anche *LSE Centre for the Analysis of Risk and Regulation Discussion Paper*, 4, 2002); L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de regulation en droit administratif francais*, LGDJ, Paris, 2008; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., p. 266 e ss.; M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, cit., p. 180 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 945 ss. (e in part. p. 951 ss.).

²⁸ Per una sintesi sul dibattito relativo alla natura e i limiti della discrezionalità nella regolazione condizionale e in quella finalistica, v. E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, cit.; v. altresì sull'argomento, S. CASSESE *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss.; *La trasformazione dei servizi pubblici*, in *Economia pubbl.*, 1995, 5, p. 5 ss.; *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit.; *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992 e *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 55 ss.; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Padova, 1993; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, pp. 17 ss. e 97 ss.; nonché *La regolazione dei servizi di interesse economico generale* (a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI), cit.

medesimo potere quando viene esercitato, in concreto, può sostanziarsi nell'accertare che l'intervento fosse dovuto e quindi nel negare la discrezionalità. Peraltro, di fronte al mancato esercizio di una pubblica funzione appare ancor più difficile stabilire fino a che punto può spingersi il giudice senza sostituirsi all'autorità amministrativa.

Infine, c'è il tema della giurisdizione.

Nel caso Consob la Corte di Cassazione ha affermato che il risparmiatore è estraneo al rapporto di vigilanza, che vede contrapposta la potestà e l'interesse legittimo delle imprese, quindi il suo interesse all'integrità del proprio patrimonio sarebbe tutelato con un diritto soggettivo. Ed anche se la lesione di tale diritto viene generata in una materia che appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il risarcimento del danno, secondo la Corte, non è un mezzo di completamento della tutela ma è l'unico mezzo di protezione che l'ordinamento offre al danneggiato, quindi la giurisdizione appartiene al giudice ordinario.

Questo ragionamento si presta ad alcune obiezioni.

Innanzitutto, se l'esercizio di un potere autoritativo discrezionale lede un interesse legittimo non si comprende come il mancato esercizio dello stesso potere possa dar luogo alla lesione di un diritto soggettivo.

In secondo luogo, il risarcimento del danno non è l'unico mezzo di tutela dei risparmiatori perché la giurisprudenza amministrativa ormai ammette la legittimazione dei c.d. "terzi" (consumatori e concorrenti) ad impugnare i provvedimenti di archiviazione delle autorità di vigilanza, il che vuol dire che il sindacato di legittimità sul mancato esercizio di tale potere spetta al giudice amministrativo, quindi logica vorrebbe che anche il sindacato sulle relative conseguenze risarcitorie appartenesse allo stesso giudice assieme alla cause risarcitorie per le condotte commissive.

In terzo luogo, l'inerzia di un'autorità vigilante si risolve nella violazione di una norma di azione (e non di relazione) che disciplina l'esercizio del potere e di fronte a tale condotta omissiva non sembra configurabile la giurisdizione del giudice ordinario, stante l'insegnamento della Corte Costituzionale²⁹ secondo il quale la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende anche ai comportamenti che sono riconducibili all'esercizio del potere; e non sembra si possa dubitare che la decisione di non esercitare un potere sia essa stessa una forma di espressione del potere.

Quando invece il danno deriva da una condotta commissiva, consistente nell'illecito esercizio della funzione, i danneggiati sono i soggetti vigilati o regolati e la situazione soggettiva lesa è senz'altro l'interesse legittimo, il che dovrebbe portare a non mettere in discussione la giurisdizione del giudice amministrativo.

Com'è noto, la tutela risarcitoria di fronte al potere amministrativo discrezionale non ha ad oggetto l'interesse legittimo in quanto tale, bensì la perdita del bene della vita che esso garantisce; per questo si dice che l'illegittimità del provvedimento è condizione necessaria ma non sufficiente per affermare la responsabilità, in quanto l'interesse legittimo ha ad oggetto un bene della vita a soddisfazione non garantita³⁰.

²⁹ C. Cost. sent. 6 luglio 2004, n. 204.

³⁰ Secondo la tesi oggi prevalente la responsabilità civile della pubblica amministrazione va ricondotta al modello aquiliano che, in base all'art. 2043, richiede il nesso di causalità e la prova della colpa ai fini del risarcimento del danno. Per tutti, si veda R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI,

Quindi, occorre dimostrare anche il nesso di causalità tra il vizio di legittimità e la perdita del bene della vita, attraverso un giudizio prognostico su come si sarebbe concluso il procedimento se non vi fosse stata l'illegittimità.³¹ Tale giudizio prognostico è evidentemente diverso a seconda che si tratti di un interesse pretensivo (dove il bene della vita è oggetto di aspirazione)³² o di un interesse oppositivo (dove il bene della vita è oggetto di conservazione) ma è anche diverso a seconda che si tratti di vigilanza o di regolazione perché diversa è la tutela riconducibile a tali funzioni.

Anche qui gli interrogativi non sono di poco conto.

Nell'effettuare il suo giudizio prognostico il giudice è chiamato a simulare l'esercizio della discrezionalità, e quindi a sostituirsi all'Autorità. Tuttavia, se il principio di separazione dei poteri non consente un intervento sostitutivo nel giudizio di annullamento lo stesso divieto dovrebbe valere anche nel giudizio sul risarcimento. Inoltre, a differenza del giudizio ai fini dell'annullamento, non sembra che il giudice possa limitarsi ad accertare l'errore commesso in quel provvedimento, in quanto la condanna al risarcimento del danno implica qualcosa di più e cioè che il bene della vita di cui si lamenta la lesione non avrebbe potuto essere legittimamente inciso in nessun altro modo dall'Autorità.

4. La colpevolezza

La colpevolezza ci dice che ci troviamo di fronte ad una illegittimità rimproverabile, ma individuare la linea di confine tra l'illegittimità rimproverabile e quella non rimproverabile (e quindi non risarcibile) non è semplice, tenuto conto che si tratta di una colpa c.d. di apparato della cui prova non può essere gravato il privato estraneo alla struttura³³.

Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2012, p. 885 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez.V, 20 ottobre 2008, n. 5124; sez.IV, 29 luglio 2008, n. 3723 e sez.VI, 19 giugno 2008, n. 3059.

³¹ Da ultimo, Cons. St., sez.IV, 12 giugno 2017, n. 2857: «L'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo per vizi formali (difetto di motivazione, vizi del procedimento) non reca di per sé alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento caducato ope iudicis e non può pertanto costituire il presupposto per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno nei confronti della P.A.»; nonché Cons. St., sez.VI, 10 luglio 2017, n. 3392 in cui si sottolinea che ai fini del risarcimento del danno occorre che l'illegittimità che determina l'annullamento sia tale da riconoscere all'interessato la spettanza del bene della vita.

³² Ripercorrendo i passaggi salienti della sentenza Cass. 22 luglio 1999, n. 500, M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 292, evidenzia che nel caso degli interessi legittimi pretensivi «è richiesto [...] un giudizio prognostico da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta».

³³ Osserva sempre M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 295, che «per assolvere al proprio onere probatorio, il danneggiato può invocare la stessa illegittimità come indice presuntivo della colpa allegando anche altre circostanze idonee a dimostrare che si è trattato di un errore inescusabile. Tra queste rilevano, per esempio, la chiarezza e univocità della norma da applicare, il carattere vincolato del potere, la mancata considerazione da parte dell'amministrazione dell'apporto partecipativo del privato». In giurisprudenza è stato affermato che «In materia di responsabilità civile della P.A. la colpa non si identifica nell'illegittimità del provvedimento, richiedendo un *quid pluris*, rappresentato dalla rimproverabilità soggettiva, in termini di inescusabilità, dell'errore che

Sta di fatto però che, secondo un recente orientamento giurisprudenziale, l'illegittimità del provvedimento determina una presunzione semplice di colpa, con conseguente spostamento dell'onere della prova sulla pubblica amministrazione tenuta a dimostrare di essere incorsa in un errore scusabile³⁴. E qui il giudice amministrativo sembra essere andato ben oltre la sent. 22 luglio 1999, n. 500 in cui la Corte di Cassazione ha sottolineato che l'accertamento della colpa non coincide con l'illegittimità del provvedimento perché occorre qualcosa di più sul piano soggettivo, senza però spiegare cosa sia³⁵.

Questo è il punto più problematico dell'accertamento della responsabilità civile della pubblica amministrazione in quanto, nell'individuazione di quel *quid pluris* che rende rimproverabile l'illegittimità del provvedimento, non è facile distinguere il lato interno dal lato esterno del potere amministrativo.

In materia di regolazione e vigilanza dei mercati, la ricerca di questo misterioso *quid pluris* è più complessa perché vige un regime speciale: l'art. 24, comma 6 *bis* della legge 28 dicembre 2005, n. 262, prevede che la Banca d'Italia, la Consob, l'Ivass, la Covip e l'Antitrust rispondono civilmente solo per dolo e colpa grave³⁶.

ha determinato il vizio di invalidità del provvedimento amministrativo fonte materiale del danno» (Cons. St., sez.V, n. 2966/2017). «Per il risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo non è sufficiente il mero annullamento del provvedimento lesivo, essendo necessario fornire la prova sia del danno subito, sia dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'Amministrazione configurabili quando l'adozione dell'atto illegittimo è avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, quali desumibili sia dai principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in materia di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, quanto a ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza (art. 2043 c.c.)» (Cons. St., sez.V, 24 maggio 2017, n. 2446).

³⁴ Cons. St., sez.III, 5 settembre 2017, n. 4195; sez.IV, 18 luglio 2017, n. 3520; sez.IV, 13 luglio 2017, n. 3439; Sez.VI, 3 giugno 2006, n. 3981; sez.VI, 9 marzo 2007, n. 1114; si veda anche Cons. St., sez.IV, 13 luglio 2017, n. 3439 in cui si afferma che la presunzione di colpa può essere riconosciuta solo in limitate situazioni di colpa grave o inexcusabile commessa in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare negligenza e imperizia.

³⁵ Nella storica sentenza Cass. 22 luglio 1999, n. 500 si legge: «[il giudice] d) provvederà, infine, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della P.A.; la colpa (unitamente al dolo) costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe in re ipsa nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, www.federalismi.it poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa S.C. con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. (sent. n. 884/1961; n. 814/1967; n. 16/1978; n. 5361/1984; n. 3293/1994; n. 6542/1995), non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883/1991) che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità».

³⁶ Ai sensi dell'art. 24 comma 6-*bis* della legge 28 dicembre 2005, n. 262 «Nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo le Autorità di cui al comma 1 [Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip] e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i componenti dei loro organi nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave»; cfr. D. SICLARI, *La limitazione della responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari recata dall'art. 24, comma 6 bis, delle legge n. 262/05: un*

Tale disposizione, che rappresenta la reazione del legislatore al caso Con-sob, solleva non pochi interrogativi.

Non v'è dubbio che il legislatore possa limitare la responsabilità ai casi di dolo e colpa grave, tuttavia la discrezionalità legislativa incontra il limite della ragionevolezza che, in questo caso, serve ad evitare situazioni di "immunità" che siano incompatibili con l'art. 28 Cost. e con le sempre maggiori esigenze di tutela dei consumatori in un periodo di crisi economica e di dimostrata inefficienza dei sistemi istituzionali di controllo.

A prima vista si potrebbe pensare che tale limitazione di responsabilità sia analoga a quella prevista dall'art. 2236 c.c. relativa al prestatore d'opera³⁷, ma non è così per diverse ragioni. Innanzitutto, l'art. 2236 c.c. riguarda solo le prestazioni complesse, mentre l'art. 24 cit. si applica a tutte le attività di vigilanza comprese quelle più banali.³⁸ In secondo luogo, occorre ricordare che le autorità indipendenti godono di uno *status* privilegiato in ragione della loro elevata competenza tecnica e quindi possiamo dire che sono attrezzate per affrontare compiti difficili, anzi sono state istituite apposta, quindi *cuius commoda eius et incommoda*. Infine, vi sono altre pubbliche amministrazioni chiamate a svolgere funzioni altrettanto complesse, che tuttavia non beneficiano della stessa limitazione di responsabilità.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, questo regime speciale di colpevolezza concerne solo le «funzioni di controllo», pertanto, trattandosi di norma derogatoria e quindi di stretta interpretazione, non sembra estensibile alle funzioni di regolazione. Ma non è dato comprendere la ragione di tale scelta legislativa considerato che regolazione e garanzia sono due facce della stessa medaglia nella disciplina amministrativa dei mercati, spesso esercitate dalla medesima autorità³⁹.

Inoltre, esistono altre autorità che svolgono analoghe funzioni di vigilanza ma che non beneficiano di tale limitazione di responsabilità, ed anche qui non è dato comprendere perché⁴⁰.

Da ultimo, viene da chiedersi se una responsabilità per dolo e colpa grave sia compatibile con la presunzione di colpevolezza derivante dall'illegittimità, affermata dalla più recente giurisprudenza amministrativa⁴¹. Si potrebbe rite-

primo monito della Cassazione?, in *Riv. dir. bancario*, dicembre 2009, consultabile in <http://www.dirittobancario.it/rivista/mercati-finanziari-e-regole-di-sistema/limitazione-responsabilita-civile>.

³⁷ «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

³⁸ In verità, sarebbe stato più logico estendere alle autorità di vigilanza l'applicazione dell'art. 2236 c.c.

³⁹ Si assiste ad un fenomeno di confusione e sovrapposizione di interventi tra autorità di garanzia che svolgono funzioni regolatorie ed autorità di regolazione che svolgono funzioni di garanzia. Da un lato, la Commissione Europea e l'Autorità Antitrust hanno fatto largo uso dello strumento degli impegni che è sostanzialmente uno strumento di regolazione perché consente di chiudere il caso senza accertamento dell'illecito antitrust in cambio di una promessa che dovrebbe migliorare le condizioni di concorrenzialità del mercato. Dall'altro, la repressione delle manipolazioni nei mercati energetici, che è a tutti gli effetti un illecito antitrust, è stata affidata all'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed i servizi idrici e non all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (REMIT-Regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso).

⁴⁰ Ad esempio, l'Autorità delle garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed i servizi idrici e l'Autorità di regolazione dei trasporti.

⁴¹ Vedi la giurisprudenza citata alla nota 31 nonché Cons. St., sez.IV, 13 luglio 2017, n. 3439 in cui si afferma che la presunzione di colpa può essere riconosciuta solo in limitate situa-

nere di no in quanto la maggiore distanza che intercorre tra l'illegittimità e la colpa grave non sembra compatibile con la logica della presunzione, ma la realtà ci dice il contrario perché, se questa norma speciale è stata una reazione al caso Consob, essa ha prodotto a sua volta una controreazione della giurisprudenza che ne ha sostanzialmente neutralizzato la portata.

Da un lato, la Corte di Cassazione ha affermato che l'art. 24, comma 6 *bis* della legge n. 262/2005 non limita la responsabilità alle «*macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio*» perché «*si ha colpa grave anche quando l'agente non faccia uso della diligenza, della perizia e della prudenza professionali esigibili in relazione al tipo di servizio pubblico o ufficio rivestito*»⁴². Dall'altro, il Consiglio di Stato, nel condannare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato al risarcimento del danno per aver erroneamente sanzionato una pratica commerciale scorretta, ha applicato la presunzione di colpevolezza affermando che «*non è necessario che venga in questione una violazione grave e manifesta del diritto*»⁴³.

Questo ci dimostra quanto i giudici siano riluttanti ad accettare le limitazioni legislative della loro discrezionalità le quali finiscono a volte per produrre l'effetto contrario di quello voluto dal legislatore.

5. Conclusioni

In materia di responsabilità aquiliana il dibattito sul «*diritto all'integrità del patrimonio*» risale alla famosa sentenza Meroni del 1971⁴⁴ che aprì la strada alla ricerca di un "danno ingiusto" svincolato dalla lesione di situazioni soggettive predefinite⁴⁵ ed è stato rivitalizzato dalla storica sentenza Cass. 22 luglio 1999, n. 500 che in materia di pubbliche funzioni resta un punto di riferimento imprescindibile.

La sentenza del 2001 sul caso Consob ha contribuito ad allargare le mobili frontiere della responsabilità civile in un settore inesplorato, e lo ha fatto nel solco della svolta giurisprudenziale del 1999, ma ha lasciato aperti molti interrogativi perché l'affermazione di un diritto dei risparmiatori all'integrità del proprio patrimonio non è stata accompagnata da un'adeguata analisi di tutti gli aspetti che caratterizzano la funzione di vigilanza ed il suo rapporto sia con l'interesse pubblico alla tutela del mercato che con gli interessi privati dei risparmiatori.

Se in passato l'ingiustizia del danno veniva negata qualificando l'interesse

zioni di colpa grave o inescusabile commessa in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare negligenza e imperizia.

⁴² Cass., sez.I, 25.2.2009, n. 4587.

⁴³ Cons. St., sez.VI 14 ottobre 2016, n. 4266.

⁴⁴ Cass., sez.Un., 26 gennaio 1971, n. 174: «L'ingiustizia del danno che l'art. 2043 c.c., assume quale componente essenziale della fattispecie di responsabilità civile va intesa nella duplice eccezione di danno prodotto non iure e contra ius; non iure nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico, contra ius nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo, nella forma del diritto soggettivo. Pertanto, mentre restano fuori dalla sfera di protezione dell'art. 2043 c.c. quegli interessi che non siano assurti al rango di diritti soggettivi, non può assumersi quale criterio determinante per ammettere o negare la tutela aquiliana, la distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi».

⁴⁵ All'epoca i diritti soggettivi assoluti.

tutelato come di mero fatto, oggi non è possibile riconoscerla attraverso un ragionamento uguale e contrario, ovvero qualificando quell'interesse come diritto soggettivo, perché la sent. 500/1999 ci ha insegnato che l'individuazione del danno ingiusto prescinde dalla mera qualificazione della situazione soggettiva dovendosi accertare se l'attività illegittima della pubblica amministrazione abbia determinato la lesione di un bene della vita garantito al danneggiato⁴⁶.

In altri termini, è stato demolito il muro dell'irrisarcibilità del danno agli interessi dei risparmiatori (in passato ritenuti di mero fatto) ma non ne è stato costruito un altro, più basso, idoneo ad arginare la responsabilità civile entro limiti compatibili con il fisiologico svolgimento delle funzioni pubbliche di controllo dei mercati.

La costruzione di questo argine è essenziale per fare in modo che la svolta del 2001 abbia un seguito ed il compito appartiene al giudice amministrativo che – nella sua duplice qualità di giudice naturale del pubblico potere e giudice esclusivo del diritto pubblico dell'economia – dovrà trovare il punto di equilibrio tra principio di responsabilità e principio di buon andamento dell'azione amministrativa, utilizzando il bagaglio di un'esperienza ultrasecolare sul sindacato della discrezionalità nel rispetto della separazione dei poteri.

La ricerca di questo punto di equilibrio, su cui il legislatore fornisce ben pochi indizi, non può prescindere evidentemente da un'adeguata comprensione della natura delle funzioni di vigilanza e di regolazione dei mercati e dei relativi interessi tutelati in quanto nella sent. Cass. 22 luglio 1999, n. 500 viene sottolineato che per individuare l'ingiustizia del danno occorre *«un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza»*⁴⁷.

Solo attraverso questa comparazione è possibile individuare tutti gli elementi che caratterizzano l'illecito, ovvero il "bene della vita" che le funzioni in questione sono tenute a garantire ai consumatori, il nesso di causalità tra l'illegittimità della funzione e il danno ingiusto ed infine la linea di confine tra illegittimità scusabile e illegittimità rimproverabile.

⁴⁶ «Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo» (Cass. 22 luglio 1999, n. 500).

⁴⁷ Prosegue la Corte di Cassazione: «Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del "giusto" equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento)».

Danno e responsabilità delle autorità di vigilanza e regolazione. I modelli statunitense e francese

di **Barbara Boschetti**

ABSTRACT

This article analyses, from a comparative perspective, the theoretical-normative models of supervisory and regulatory authorities' liability for damages in the U.S. and French systems.

It seeks to reveal the broad variety (in types of liability) present in such models, the correlation between liability and the evolution of the role and powers of supervisors and regulators, the impact the evolution of legal systems (in particular in relation to the French system) has both on the theoretical framework and the regime on damage liability for damages and the political-legal tensions concealed behind its evolution.

It is precisely due to the marked diversity in the approach taken by the two countries that it is possible to deduce certain information that is very useful for the wider debate currently taking place on these themes and also to understand the role played by the various stakeholders – legislator and courts in the first instance – in governing the new issues arising in liability cases.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La responsabilità delle autorità di vigilanza e regolazione nell'ordinamento statunitense. – 2.1. Inquadramento dell'istituto. – 2.2. Gli elementi della(e) fattispecie risarcitoria(e). – 2.3. Le eccezioni alla risarcibilità. – 3. La responsabilità delle autorità di regolazione nell'ordinamento francese. – 3.1. Inquadramento dell'istituto. – 3.2. Modelli di responsabilità ed elementi costitutivi. – 3.3. *Segue:* I tratti specifici della responsabilità delle autorità di vigilanza e regolazione. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Il contributo intende fornire un sintetico inquadramento giuridico della responsabilità per danni delle autorità di vigilanza e regolazione, con specifico riferimento a due ordinamenti stranieri, quello statunitense e quello francese.

A dispetto della marcata diversità di approccio propria di tali ordinamenti, dall'analisi emergono indicazioni utili e fruttuose al dibattito in atto nel contesto europeo e nazionale. In particolare, l'indagine aiuta a superare alcuni *cliché* – a partire dalla supposta unitarietà della responsabilità dell'amministrazione per danni a terzi – e a riportare in primo piano alcune questioni considerate un po' *démodé* – a partire da quella relativa alla opportunità, o meno, di proteggere lo

spazio d'azione delle autorità di vigilanza e regolazione operanti in determinati settori attraverso norme di responsabilità per colpa grave.

Ancor più, l'indagine consente di svelare le dinamiche attraverso cui la responsabilità per danni dell'amministrazione è plasmata, adeguata e rinnovata dinanzi alle sfide sempre nuove che i cambiamenti della società e del mercato pongono al diritto.

2. La responsabilità delle autorità di regolazione nell'ordinamento statunitense

2.1. Inquadramento dell'istituto

Nell'ordinamento statunitense il riconoscimento della responsabilità dell'amministrazione – e, quindi, anche delle autorità di regolazione – si fonda sulla rinuncia, da parte dello stato, alla sua immunità¹. È, dunque, una deroga che conferma, anziché superare, il principio di immunità sovrana: «*the United States, as a sovereign entity, is immune from suit unless it consents to be sued*»².

Questa impostazione ha una serie di ricadute: innanzitutto, (a) la responsabilità per danni delle *agencies* ha la sua base nella legge; (b) le norme di responsabilità sono di stretta interpretazione; (c) la responsabilità – e dunque la rinuncia all'immunità – agisce sul piano processuale, non sostanziale (*it's jurisdictional in nature*)³.

¹ La dottrina dell'immunità sovrana si è sviluppata nell'ordinamento statunitense a partire dalla *common law* inglese e, in particolare, dall'adagio di *common law* "The king can do no wrong" (W. BLACKSTON, *Commentaries On The Laws Of England* 245 (12th ed. 1793) http://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bklch7.asp), ripreso e sviluppato dalla giurisprudenza americana. Si v., ad esempio, il caso *Wendler v. City of Great Bend*, 316 P.2d 265, 270 (Kan. 1957). Uno dei precedenti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Suprema è il caso *The Siren*, 74 U.S. (7 Wall.) 152, 154 (1868). Nel tempo si è fatta strada una tesi intermedia, favorevole al riconoscimento della responsabilità in relazione ai compiti di tipo operativo, anche legati all'implementazione delle politiche pubbliche. Escluse, invece, dall'area della risarcibilità le funzioni di tipo discrezionale, implicanti l'assunzione di scelte politiche o comunque compiti decisionali (*Restatement (Second) of Torts* § 895D (1965)). La dottrina della immunità sovrana si applica anche ai singoli Stati. Per una ricostruzione, G. SISK, *Litigation with the federal government*, Hornbook Series, West Academic Publishing, St. Paul (MN), 2016; M. SWIHART ORGILL e B. MELTZER TOREN, Comment, *Sovereign Immunity and the Discretionary Function Exception of the Alaska Tort Claims Act*, 2 *Alaska L. Rev.*, 99, 100 (1985); E. CHERMERINSKY, *Against Sovereign Immunity*, 53 *Stan. L. Rev.*, 1201, 1202 (2001) (ove si afferma "[t]he effect of sovereign immunity is to place the government above the law and to ensure that some individuals who have suffered egregious harms will be unable to receive redress for their injuries"). Analogamente, con riguardo all'ordinamento francese, la giurisprudenza ha escluso la possibilità di invocare la responsabilità dello Stato in relazione alle operazioni militari. Si v. CE, 23 luglio 2010, *Société Touax*, AJDA, 2010, p. 2269, con nota di H. BELRHALI-BERNARD. In questa giurisprudenza appare la nozione di "acte de gouvernement", analoga alla nozione di "planning level decisions" per le quali la giurisprudenza americana esclude la responsabilità civile dell'amministrazione.

² Così la Corte Suprema in *United States v. Dalm*, 494 U.S. 596, 608 (1990). La frase è ripresa da *Christian Coal. of Fla., Inc. v. United States*, 662 F.3d 1182, 1188 (11th Cir. 2011), nonché da *Carlos Zelaya v. United States*, 781 F.3d 1315, 1338 (11th Cir. 2015). Si veda anche l'affermazione contenuta nel caso *The Siren* citato nel quale il giudice Field afferma esplicitamente che gli Stati Uniti "cannot be subjected to legal proceedings at law or in equity without [its] consent; and whoever institutes such proceedings must bring his case within the authority of some act of Congress".

³ *Carlos Zelaya v. United States*, 781 F.3d 1315, 1338 (11th Cir. 2015).

(a) La responsabilità per danni ha la sua base nella legge. Se la responsabilità è una rinuncia all'immunità sovrana, tale rinuncia non può che avvenire per legge. I due atti legislativi di riferimento in materia sono il *Tucker Act* del 1887⁴ e il *Federal Tort Claim Act (FTCA)* del 1947⁵. Quest'ultimo è quello di maggiore interesse in questa sede. Il *Tucker Act* si applica, infatti, ai soli casi di responsabilità negoziale e ad altre vicende relative a rapporti dare/avere di natura non negoziale tra governo e singoli individui; il secondo, invece, ha un ambito di applicazione generale e disciplina appunto le azioni per danni (*tort claims*) nei confronti del governo federale e dei suoi funzionari. Il FTCA costituisce dunque la base per qualsivoglia azione nei confronti dell'amministrazione, nelle ipotesi in cui l'attività dell'amministrazione sia assunta come *tortious*.

La legge non solo fonda il diritto d'azione per il risarcimento dei danni, ma definisce gli elementi della fattispecie di responsabilità (*infra*, par. 2.2) e le eccezioni in presenza dei quali il diritto d'azione non è invece riconosciuto (*infra*, par. 2.3).

(b) Le norme di responsabilità sono di stretta interpretazione. Se la responsabilità nasce come deroga a un principio, la deroga non può che essere interpretata restrittivamente, laddove, al contrario, le deroghe alla deroga, tutte rigorosamente normative (*statutory exceptions*), debbono essere interpretate estensivamente. Questo semplice postulato ha delle particolari ricadute in ordine alla responsabilità per danni delle autorità di regolazione nell'esercizio dei loro poteri di regolazione e vigilanza: tra le eccezioni alla "rinuncia" dell'immunità, nelle quali l'azione per danni non può trovare ingresso nelle corti, si ritrova infatti l'ipotesi in cui i danni siano prodotti nell'esercizio di funzioni discrezionali (c.d. *discretionary function exception*).

(c) La rinuncia opera sul piano processuale. Allo stesso modo in cui la rinuncia alla immunità sovrana opera sul piano processuale, legittimando l'azione di danno, ove l'azione di danno sia promossa al di fuori dell'ambito di operatività della rinuncia (e nello spazio di operatività delle eccezioni di cui al punto precedente), l'azione dovrà essere dismessa (a motivo della *absencellack of subject matter jurisdiction over the action*)⁶.

2.2. Gli elementi della (e) fattispecie risarcitoria (e)

Il FTCA costituisce il fondamento della responsabilità dell'amministrazione per l'azione dannosa ad essa imputabile. Esso subordina il diritto d'azione per il risarcimento del danno alla sussistenza di determinati elementi della fattispecie di responsabilità⁷.

⁴ Sul regime special previsto per i *tort claims* nei confronti delle forze armate e sulla c.d. Feres Doctrine, si v., L. BECK, *Governmental Immunity Under the Suits in Admiralty Act, The Public Vessels Act, and the Federal Tort Claims Act*, 2014, 45 *J. Mar. L. & Com.* 445.

⁵ 28 U.S.C. §§ 2671-2680.

⁶ Vi sono anche alcuni requisiti processuali, quali la presentazione di un previo ricorso amministrativo e l'assegnazione di un periodo di un tempo di 6 mesi per l'*adjudication* a favore del ricorrente. Solo al termine è possibile presentare il ricorso. Per i riferimenti normativi, si v. 28 U.S.C. § 2675(a) (2006). In giurisprudenza, *McNeil v. United States*, 508 U.S. 106 (1993). Sull'onere della prova, Meg Greer, *Burden Of Proof. The Discretionary Function Exception To The Ftca: Whose Burden Is It To Bear?* *Timmerman v. United States*, Civ. No. 11-1816, 2012 WL 2052149 (D.P.R. June 5, 2012), in *Am. J. Trial Advoc.*, Summer, 2012, 36, 211.

⁷ La norma dispone: "Subject to the provisions of chapter 171 of this title [i.e., 28 U.S.C. §§ 2671-2680], the district courts ... shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims

Il primo requisito riguarda il comportamento causativo del danno: può trattarsi di azione o di omissione (*acts/omissions*).

Il secondo elemento è il criterio di imputazione soggettivo: è richiesto almeno il carattere colposo (*negligent or otherwise wrongful*) dell'attività (o dell'omissione). Deve dunque escludersi ogni spazio per responsabilità di tipo oggettivo o, almeno sotto il FTCA, per altre forme di responsabilità senza colpa⁸. Il carattere essenzialmente colposo della responsabilità è un elemento di sicura differenza rispetto all'ordinamento francese, ma anche rispetto all'ordinamento italiano, in cui sono riconosciute – in via normativa e/o giurisprudenziale – diverse ipotesi di responsabilità oggettiva e/o senza colpa dell'amministrazione⁹. Peraltro, come chiarito esplicitamente dalla giurisprudenza, la funzione del FTCA non è quella di "sanzionare" l'amministrazione per la violazione di obblighi nascenti da leggi federali¹⁰.

Il terzo elemento riguarda l'agente: l'azione o l'omissione colpose causative di danno possono essere poste in essere dal Governo o dai suoi agenti (*US Government or its employees*¹¹): dunque, nell'ipotesi in cui sia riconosciuta la responsabilità per danni del Governo non vi sarà spazio per una responsabilità di tipo individuale, di cui quella del Governo è un sostituto.

Vi è però un altro elemento – o condizione – richiesto dalla fattispecie: l'amministrazione è responsabile nella misura in cui lo sarebbe, in circostanze analoghe (*under like circumstances*¹²), un altro soggetto, avuto riguardo alla

against the United States, for money damages, accruing on and after January 1, 1945, for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred".

⁸ Ne consegue che la mera violazione di doveri e obblighi di legge non è sufficiente a fini risarcitori: "Stated another way, the fact that a federal employee has failed to perform duties imposed by federal law is insufficient by itself to render the federal government liable under the FTCA". Occorre però sottolineare che la violazione di doveri e obblighi imposti dalla legge federale è invece rilevante al fine di escludere alcune eccezioni che si oppongono all'ammissibilità dell'azione: tra tutte, l'eccezione relativa alla natura discrezionale della funzione esercitata dall'autorità amministrativa, su cui, *amplius*, par. 2.3. Viceversa, in punto di responsabilità civile per danni di soggetti privati, la giurisprudenza statunitense tende a qualificare come negligenza *per se* la violazione di *standard* regolatori, anche non vincolanti, fissati da autorità indipendenti, laddove, invece, non accade il contrario: ossia, il rispetto di tali standard non consente ai soggetti privati di evitare di incorrere nella responsabilità. Per una ricostruzione, si v. G. de Geest e G. Dari-Mattacci, *Soft regulators, tough judges*, Utrecht School of Economics, Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series 05-06, disponibile all'indirizzo: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=gmulwps>.

⁹ Ipotesi di responsabilità oggettiva hanno trovato ingresso da tempo nell'ordinamento italiano e altri Stati membri. Per una ricostruzione, sia consentito rinviare a B. BOSCHETTI, *Danno e responsabilità nella funzione amministrativa*, Padova, 2012; ID., *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. App.*, 2013, 162 ss.; ID., *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Conc. e mercato*, 2013, 27.

¹⁰ Si v. no *Sellfors v. United States*, 697 F.2d 1362, 1365 (11th Cir. 1983) (che si riferisce a *Baker v. F F Investment Co.*, 489 F.2d 829, 835 (7th Cir. 1973); *Devlin Lumber Supply Corp. v. United States*, 488 F.2d 88, 89 (4th Cir. 1973); *Davis v. United States*, 395 F. Supp. 793, 795 (D.Neb. 1975), confermata da, 536 F.2d 758 (8th Cir. 1976).

¹¹ Sull'ammissibilità di una responsabilità dei funzionari come distinta da quella del governo e sulla c.d. *derivative immunitive* di coloro che agiscono in virtù di un vincolo contrattuale con il governo, (anche in riferimento al recente caso *Campbell-Ewald Co. v. Gomez* (136 S. Ct. 663 (2016)), J. MALONE, *Derivative Immunity: The Impact Of Campbell-Ewald Co. V. Gomez*, (2016) 50 *Creighton L. Rev.* 87.

¹² Secondo quanto prevede il FCTA (28 USC §2674) "in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances".

legge del luogo in cui il danno si è verificato (*in accordance with the laws of the place where the act or omission occurred*¹³).

Questa condizione viene sinteticamente descritta come necessità di un c.d. *private analogue*. Prima di affrontare i profili critici – in particolare circa la possibilità di individuare il *private analogue* in ipotesi in cui l'azione/omissione si riferisca a funzioni tipicamente amministrative, quali quelle svolte dalle autorità di regolazione – è opportuno soffermarsi sulle implicazioni teorico/giuridiche del *private analogue*.

La giurisprudenza ha interpretato la norma come invito del legislatore a costruire la responsabilità dell'amministrazione attingendo a tutte le possibili ipotesi di responsabilità per danni previste dalla *common law* (*common law torts*), in particolare a quelle riconosciute dalla legge dei singoli stati¹⁴. Il FTCA assegna così rilevanza – in ordine alla individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità – a un secondo livello normativo, non più federale ma statale (che potrà, come si vedrà a breve, anche coinvolgere il diritto di più stati).

Questo rinvio alla varietà di fattispecie di responsabilità previste dall'ordinamento civile è di sicuro interesse in ottica comparata, con particolare riferimento all'ordinamento italiano: innanzitutto, esso dimostra i limiti dei tentativi – dottrinali e giurisprudenziali – volti a costringere la responsabilità dell'amministrazione entro un'unica fattispecie teorica di responsabilità, negandone la varietà di modelli e, conseguentemente, di fattispecie normative ed elementi costitutivi. Dimostra, però, anche, la possibilità, salva l'esistenza di speciali fattispecie legislative, di modulare i modelli e i regimi della responsabilità per danni dell'amministrazione, attingendo all'ampio spettro di modelli e regimi offerti dal diritto civile (oltre, cioè, il modello della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c.)¹⁵.

Veniamo ora alle criticità legate all'individuazione del *private analogue* in relazione alle funzioni amministrative classificate, o classificabili, come tipicamente pubbliche (*uniquely governmental functions*). Per tali funzioni – che non hanno un immediato corrispondente nell'universo privatistico – sembrerebbe in radice esclusa l'applicabilità del FTCA e, dunque, ogni possibilità di azione risarcitoria¹⁶. Tale esclusione si realizza, in realtà, solo nella misura in cui per

¹³ La giurisprudenza ha infatti chiarito che il riferimento alla legge del luogo in cui l'evento causativo del danno si è verificato deve essere inteso anche come luogo in cui il danno si è prodotto: "Indeed, the reference in § 1346(b)(1) to "the law of the place where the act or omission occurred" means the law of the state where the alleged tort occurred" (*Stone v. United States*, 373 F.3d 1129, 1130 (11th Cir. 2004)). Al fine dell'individuazione del *private analogue*, potrà dunque farsi riferimento sia all'ordinamento statale in cui il danno si è verificato sia all'ordinamento in cui il fatto dannoso è stato commesso: "any state tort on which it relied would have to exist either under the laws of Texas (where the alleged investigative failures occurred) or the District of Columbia (where the SEC is headquartered)". Così in *Carlos Zelaya v. United States*, cit.

¹⁴ La Corte Suprema in *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15, 28, 73 S. Ct. 956, 97 L.ED. 2d 1427 (1953) afferma: "Congress was concerned primarily with providing redress for the garden variety common law torts recognized by state law." Si v. anche *United States v. Smith*, 324 F. 2d. 622, 624-625.

¹⁵ Per un approfondimento sia consentito rinviare a B. Boschetti, *Responsabilità per danni della p.a. e frammentazione delle fattispecie normative*, intervento tenuto al Convegno *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole*, tenutosi a Lecce il 13 giugno 2014, disponibile sul sito www.diritto-amministrativo.org.

¹⁶ Si v. *Carlos Zelaya v. United States*, cit.: "For example, a plaintiff suing based on an automobile accident caused by a federal employee would readily find a comparable state-law tort to buttress his FTCA claim. Difficulties arise, however, when the activities at issue are "uniquely governmental functions" with unique duties that suggest no obvious analogue among private actors".

esse non si riesca a individuare, nel caso specifico, un *private analogue* e non, invece, perché astrattamente riconducibili alla categoria delle *uniquely governmental functions*.

Ovviamente, è proprio la tesi della astratta riconducibilità alla categoria delle *uniquely governmental functions* ad essere utilizzata dallo stato per sottrarsi alla responsabilità per danni. L'argomento è costruito nel modo seguente: nella misura in cui una funzione è una *uniquely governmental function*, dunque propria solo dell'amministrazione, per essa non può sussistere un *private analogue* e, dunque, lo stato non può essere chiamato a rispondere. Dalla categoria astratta, insomma, la difesa inferisce usualmente l'inammissibilità dell'azione. La Corte suprema, tuttavia, è di contrario avviso.

Innanzitutto, va dato atto che le corti, procedendo con un approccio casistico e rifiutando astratte categorizzazioni delle funzioni dell'amministrazione, hanno via via eroso la categoria delle *uniquely governmental functions*, ampliando, così, lo spazio per l'azione di danno¹⁷. Ne è prova il fatto che la Corte suprema ha regolarmente respinto, con poche eccezioni, la c.d. *regulatory function exception* sollevata dal Governo. In tal senso la Corte si è espressa, ad esempio, nel caso *Berkovitz*¹⁸, relativo a una richiesta di risarcimento del danno per una malattia contratta per negligente autorizzazione all'immissione in commercio di un vaccino antipolio.

Di questa giurisprudenza interessano, però, non solo le ricadute in termini risarcitori, ma anche le argomentazioni logico-giuridiche utilizzate dalle Corti per individuare il *private analogue* rispetto alle funzioni amministrative e, in particolare, di vigilanza e/o regolazione proprie delle agenzie. Le Corti ricorrono innanzitutto alla c.d. **good samaritan doctrine**¹⁹, ai sensi della quale chi, mettendo in guardia circa l'esistenza di un determinato rischio, determini un affidamento nel pubblico è tenuto a comportarsi in modo diligente, attento (*careful*).

Va da sé che questo *private analogue* ricavato dalla *common law* dei *torts* deve essere valutato con riferimento alla legge dello stato dove l'azione o l'omissione sono state commesse, e che, dunque, come dimostrano recenti casi, non sempre la *good samaritan doctrine* può rivelarsi risolutiva sul piano processuale²⁰. Potrà così essere richiesta, ad esempio, a seconda del diritto ap-

¹⁷ Come affermato dalla Corte suprema in *Feres v. United States*, 340 US 135 (1950)), a fronte dell'eccezione delle azioni connesse al servizio militare, non vi è spazio per la responsabilità dello stato nelle azioni promosse dai militari contro il governo o i superiori gerarchici per danni.

¹⁸ *Berkovitz v. United States* 486 U.S. 531 (1988).

¹⁹ Cfr. *Pate*, 374 F.3d at 1086, ove la Corte afferma: "We have recognized that "[n]ormally, the most analogous approach in determining whether the government is liable in the regulator-enforcer context under state law is the [G]ood [S]amaritan doctrine."; si v., però, anche *Indian Towing*, 350 U.S. at 64-65, ove la Corte afferma ("[T]he statutory language [of 28 U.S.C. § 2674] is 'under like circumstances', and it is hornbook tort law that one who undertakes to warn the public of danger and thereby induces reliance must perform his '[G]ood Samaritan' task in a careful manner."). Thus, in cases where the plaintiff points to the violation of a federal statutory or regulatory duty, we generally look to the applicable state's Good Samaritan doctrine to decide if the plaintiff has alleged a state tort claim that satisfies the § 1346(b)(1) requirement and thereby opens the door for a claim under the FTCA." Cfr. anche *Sellfors*, 697 F.2d § 1367; *Howell*, 932 F.2d, § 918. Il caso di riferimento per l'elaborazione della *Good Samaritan Doctrine* è il caso *Indian Towing Co. v. United States*, 350 U.S. 61, 64-65 (1955).

²⁰ In *Carlos Zelaya v. United States*, 781 F.3d 1315, 1338 (11th Cir. 2015), la Corte, rilevando che né la legge dello stato in cui il danno si era prodotto né la legge dello stato in cui l'evento dannoso si era verificato prevedevano la responsabilità del "buon samaritano", in assenza di obblighi di legge ovvero di una speciale relazione tra danneggiante e danneggiato, ha così escluso che il *private analogue* potesse essere individuato attraverso la *good Samaritan doctri-*

plicabile: o una speciale relazione tra l'amministrazione (*good samaritan*) e il danneggiato; ovvero, la previsione normativa di un dovere di intervento in capo all'amministrazione.

Questo secondo passaggio è di particolare interesse perché, ove l'esistenza di tale dovere sia per legge richiesto, l'eventuale natura discrezionale della funzione azionerebbe una delle eccezioni tipiche previste dal FTCA ostative all'azione di risarcimento. Tali eccezioni verranno esaminate nel paragrafo successivo.

2.3. Le eccezioni alla risarcibilità

Il FTCA prevede una serie di eccezioni alla rinuncia all'immunità sovrana. Queste eccezioni devono essere esaminate alla luce dell'inquadramento che si è sinteticamente ricostruito nel par. 2.1.

Innanzitutto, nella misura in cui tali eccezioni costituiscono una conferma della regola dell'immunità sovrana, esse devono essere interpretate estensivamente, secondo l'adagio per cui "*That which the Sovereign gives, it may also take away, and the Government has done so through statutory exceptions in 28 USC § 2680*"²¹.

Inoltre, in linea con la rilevanza processuale e non sostanziale di tali eccezioni, in presenza di una di esse, la corte non potrà che dismettere il caso per mancanza di giurisdizione (*absence/lack of subject-matter jurisdiction over the action*).

Il FTCA prevede una lista piuttosto nutrita di eccezioni²². Tra queste, ci si concentrerà sulla (a) *discretionary-function exception* e, per cenni, sulla (b) *misrepresentation exception*, in quanto centrali nella giurisprudenza sulla *tort liability* delle autorità di regolazione.

Quanto all'eccezione *sub a*), essa trova ovviamente il suo fondamento nella legge. In particolare, il FTCA stabilisce che l'azione di responsabilità non è data nelle ipotesi in cui la funzione, o l'attività svolta dall'amministrazione, abbia carattere discrezionale ("*the exercise or performance or the failure to exercise or to perform a discretionary function or duty*"²³). Tale eccezione è significativa

ne: "*Texas nor the District of Columbia requires a person to act to prevent harm to others, absent some special relationship; neither jurisdiction generally requires a person to prevent a third party from causing harm; neither jurisdiction permits recovery through a negligence action for purely economic losses absent some special relationship between the parties. Moreover, with regard to liability arising from voluntary ("Good Samaritan") undertakings, Texas requires that the plaintiff establish both reliance and an increased risk of harm*".

²¹ Così in *Carlos Zelaya v. United States*, cit. La Corte afferma esplicitamente che le eccezioni previste dal § 171 sono eccezioni alla rinuncia all'immunità sovrana, dunque, conferme del principio. "*These exceptions "must be strictly construed in favor of the United States" and, when an exception applies, a court will lack subject matter jurisdiction over the action*".

²² Tra le eccezioni, oltre alla *discretionary function exception*, la "*no negligence in delivering mail*" exception, l'eccezione riferita al "*collecting taxes or customs duties*", l'eccezione "*for claims arising in foreign countries*".

²³ Cfr. (28 USC. §2680(a)). Per una ricostruzione e una analisi della *case law*, si rinvia a A.M. HACKMAN, *The Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act: How Much is Enough?*, 19 *Campbell L. Rev.* 411 (1997); D. Scott Barash, *The discretionary function exception and mandatory regulations*, disponibile all'indirizzo <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4542&context=uclev>; BARRY R. GOLDMAN, *Can The King Do No Wrong? A New Look At The Discretionary Function Exception To The Federal Tort Claims Act*, (1992), 26 *Ga. L. Rev.* 837; RICHARD A. EPSTEIN-CATHRINE M. SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, cap. XV (10^a ed. 2016); WILLIAM P. KRATZKE, *The Convergence of the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act with Limitations of Liability in Common Law Negligence*, 60 *St. John's L. Rev.* 221 (1986), il quale sottolinea l'inutilità della *discretionary function*

perché esprime in modo chiaro la volontà (politico-legislativa) di proteggere certe funzioni pubbliche dall'esposizione a richieste risarcitorie da parte di potenziali danneggiati²⁴. Si pone, però, in linea con l'idea – affermata sin dal caso *Marbury v. Madison*, nel quale si sono tracciati i contorni della *judicial review* – che vi sia un'area, quella delle funzioni discrezionali, in cui il potere giudiziario non può entrare²⁵.

Il percorso giurisprudenziale che ha portato alla definizione di cosa s'intende per funzione discrezionale è piuttosto articolato e discontinuo. Emblematico è però, ancora oggi, il caso *Berkovitz*²⁶, già richiamato, nel quale si è affermato che la discrezionalità c'è ogniqualvolta l'amministrazione ha un margine di scelta (*has a choice*) e di valutazione di opportunità (*action involves exercise of political judgment*). La base per questo test è ovviamente il dato normativo²⁷, ma le Corti hanno dimostrato di fare ricorso, per questa indagine, a un ampio spettro di fonti, e addirittura alle c.d. *non legislative rules* (ad esempio, agli *statements of policy*)²⁸. Perché la *discretionary function exception* possa scattare è richiesta, però, non solo l'individuazione dell'esistenza di un margine di scelta o di apprezzamento (*first step*), ma anche un'indagine circa l'appartenenza di questo margine di scelta/apprezzamento alla nozione di discrezionalità cui il legislatore ha fatto specifico riferimento con la previsione della *discretionary function exception* (*second step*). Questa interpretazione spetta al giudice (*"the second part of the test requires the court to "determine whether that judgment is of the kind that the discretionary function exception was designed to shield"*²⁹).

Sulla base di questo test in due fasi la giurisprudenza ha potuto progressivamente individuare un'area di risarcibilità anche nell'ambito delle funzioni amministrative, erodendo lo spazio delle funzioni discrezionali³⁰.

exception nella misura in cui i principi della common law in tema di negligenza da soli basterebbero a limitare i casi di responsabilità della p.a. ai sensi del FTCA. Per una prospettiva di riforma, J.R. Bruno, *Immunity For "Discretionary" Functions: A Proposal To Amend The Federal Tort Claims Act (2012)*, 49 *Harv. J. on Legis.* 411.

²⁴ Cfr. *United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797, 808 (1984), ove la Corte afferma: *"Thus, this exception "marks the boundary between Congress' willingness to impose tort liability upon the United States and its desire to protect certain governmental activities from exposure to suit by private individuals"*.

²⁵ Questa linea di confine è presente sin dal caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 170 (1803) (*"The province of the court is ... not to enquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion."*), nel quale si sono definiti i tratti fondamentali della *judicial review*.

²⁶ *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531, 536 (1988) che afferma: *"the discretionary function exception will not apply when a federal statute, regulation, or policy specifically prescribes a course of action for an employee to follow"*.

²⁷ *"In determining whether judgment or choice is present in the particular conduct at issue, the inquiry focuses on "whether the controlling statute or regulation mandates that a government agent perform his or her function in a specific manner"*.

²⁸ Cfr. *Hughes v. United States*, 110 F.3d 765, 768 (11th Cir. 1997) ove la Corte afferma *"If a federal statute, regulation, or policy specifically prescribes a course of action for an employee to follow, the Government will have failed to show that the action at issue allowed for the employee's exercise of judgment or choice because, in that case, "the employee ha[d] no rightful option but to adhere to the directive."*; *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315, 322 (1991), ove si afferma: *"Conversely, unless a "federal statute, regulation, or policy specifically prescribes a course of action embodying a fixed or readily ascertainable standard," it will be presumed that the particular act involved an element of judgment or choice"* (*Autery*, 992 F.2d at 1529)".

²⁹ La citazione è dal caso *Berkovitz*, 486 U.S. at 536, cit.

³⁰ Questo test in due fasi è sviluppato dalla Corte Suprema nel caso *Varig Airlines*, parr. 813-814. In *Indian Towing Co. v. United States*, 350 US 61 (1955), la Corte ha distinto tra *planning level decisions* e *operational level activities*. Nel caso *Varig Airlines*, in tema di suppo-

La domanda è, allora, quella di capire in quali limiti sia possibile opporre la *discretionary function exception* dinanzi all'attività delle autorità indipendenti, specialmente quando queste agiscono nell'esercizio dell'attività di vigilanza o in quella di regolazione.

Invero, i giudici si sono mostrati alquanto "scettici" nel riconoscere la responsabilità in casi di danni prodotti nell'esercizio dell'attività di vigilanza e/o di regolazione. Non si tratta, però, di una esclusione che opera in blocco, ma che procede secondo l'approccio casistico che si è richiamato al par. 2.2 (*cherry picking approach*). Nel complesso, per le ragioni richiamate in precedenza, le corti mostrano grande cautela in queste "aperture": ovunque vi sia *choice* o *policy judgement* l'eccezione è destinata a trovare applicazione, con l'esclusione dunque della risarcibilità del danno.

Un caso rappresentativo è *United States v. S.A. Empresa De Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 797 (1984), in cui era questione di un danno prodotto da supposta negligente certificazione di un aeroplano. La funzione di certificazione (circa il rispetto di *standard – policy statements* – fissati dall'autorità di regolazione) è stata dalla Corte ricondotta nell'ambito della *discretionary function exception*³¹.

Nel citato caso *Berkovitz*, invece, la Corte non ha ritenuto operante la *discretionary function exception* perché il ricorrente aveva sostenuto che la condotta dell'amministrazione era vincolata dalla legge e che l'amministrazione aveva, appunto, negligenzemente immesso sul mercato un vaccino senza richiedere dati che la legge imponeva di richiedere (*mandatory statutory provisions*) e in violazione dell'obbligo di testare i vaccini. Insomma non si trattava di danni derivanti o connessi a una *regulatory oversight* (che rimane discrezionale), ma di attività amministrativa vincolata dannosa, condotta in violazione di legge³².

Il carattere discrezionale della *regulatory oversight* è stato affermato in *Gaubert v. United States*³³. Questo caso riguardava la cattiva gestione – da parte di personale di banca operante per conto del Governo e da questo selezionato – di *savings* e *loans*. La vicenda è interessante perché riguarda Pro-

sto danno da attività regolatoria della FAA per *standards* da questa introdotti (si trattava di *policy statements* e, dunque, di *non legislative rules*), la Corte Suprema ha fatto applicazione della giurisprudenza *Dalehite* e ha affermato che l'agenzia in questione ha il compito di promuovere la sicurezza aerea, non di garantirla. Per un approfondimento sul test, si rinvia a H. ROBERT e C. LONGSTRETH, *Does The Two-Prong Test For Determining Applicability Of The Discretionary Function Exception Provide Guidance To Lower Courts Sufficient To Avoid Judicial Partisanship?*, in 8 *U. St. Thomas L.J.* 398. Sulla rilevanza della distinzione, all'interno dei *policy statements*, tra direttive (vincolanti) e linee guida (non vincolanti) a fini risarcitori, A.G. HARMON, "Should" Or "Must"?: *Distinguishing Mandates From Guidelines In Tort Claims Contexts*, (2016) 118 *W. Va. L. Rev.*, 1007. Sulla distinzione tra legislative e non legislative rules nell'ordinamento statunitense, sia consentito rinviare a B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Questa Rivista*, 2016, n. 2.

³¹ *United States v. S.A. Empresa de Viacao*, cit. Per un'analisi approfondita della giurisprudenza in tema responsabilità dei regolatori nel settore aereo e aeroportuale, a partire dal caso *United States v. S.A. Empresa de Viacao* cit., si rinvia a JAMES L. CRESSWELL, *Applying the Discretionary Function Exception to the Waiver of Sovereign Immunity in Airport Litigation*, 79 *J. Air L. & Com.*, 665 (2014), disponibile all'indirizzo <http://scholar.smu.edu/jalc/vol79/iss3/6>. La rilevanza della c.d. *soft law* sul piano della responsabilità per danni delle autorità di regolazione è stata valorizzata anche dal *Conseil d'État* francese, in alcune recenti decisioni, seppure tutte concluse a favore dell'amministrazione. Per una ricostruzione e per i necessari riferimenti, sia consentito rinviare a B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, cit., ultimo paragrafo.

³² *Berkovitz*, 486 U.S., 536, cit.

³³ 499 U.S. 315 (1991).

grammi federali di garanzia dei depositi per i quali le istituzioni coinvolte (anche private) erano richieste di rispettare determinati *standard* di matrice regolatoria. Proprio nell'ambito di questi programmi si sono verificate situazioni di insolvenza che hanno creato enormi danni finanziari. Ebbene, la corte ha ritenuto che i *regulators* godessero di *choice* e *political judgement* nel decidere come limitare le perdite dello stato in contesto di insolvenza, e che dunque l'eccezione trovasse applicazione³⁴.

Con riguardo all'attività di investigativa e di vigilanza da parte delle autorità indipendenti, alcune interessanti considerazioni emergono da un caso recente, *Zelaya and Glantz v. United States of America* (XI District Court n. 13-14780), sul quale ci si soffermerà più diffusamente.

La vicenda vede coinvolta l'attività di regolazione/vigilanza della *Securities and Exchange Commission* (SEC), quale agenzia indipendente istituita al fine di regolare il mercato finanziario e proteggere gli investitori, in attuazione del *Security and Exchange Act del 1934* (15 U.S.C. § 78d) e di altri interventi normativi succedutisi nel tempo³⁵. I ricorrenti sono tra le vittime di uno dei più grandi *Ponzi scheme* nella storia americana, quello Allen Stanford³⁶.

In estrema sintesi, i ricorrenti ritengono che, sulla base del fine istituzionale della SEC (quello di protezione degli investitori), la SEC abbia il dovere di prevenire e accertare i c.d. *Ponzi scheme*.

Al fine di evitare la scure della *discretionary function exception*, i ricorrenti fondano l'azione risarcitoria sulla violazione, da parte della SEC, di precisi doveri e obblighi normativi, che, se osservati, avrebbero appunto evitato o ridotto

³⁴ Si v. *Gaubert*, 499 U.S., par. 323 ove si afferma: "Where Congress has delegated the authority to an independent agency or to the Executive Branch to implement the general provisions of a regulatory statute and to issue regulations to that end ... the actions of Government agents involving the necessary element of choice and grounded in the social, economic, or political goals of the statute and regulations are protected [by the discretionary function exception.]. Il minor spazio di controllo nei confronti della regolazione per finalità sociali, economiche e politiche trova un parallelo anche nella teoria dei c.d. 3 livelli di scrutinio, elaborate a partire dal caso *U.S. v. Carolene Products Co.*, [1938 304 U.S. 144 (1938)], in particolare nota n. 4. Nel caso di interventi normativi di regolamentazione di rapporti economici la costituzionalità può essere presunta e la *judicial review* è condotta secondo il criterio della c.d. *rational basis*.

³⁵ A favore della riconduzione dell'attività della SEC nell'area d'azione della *discretionary function exception*, si vedano le decisioni sui casi *Autery*, 992 F.2d at 1530-31 (ove si afferma che la regolazione dei mercati finanziari coinvolge quel genere di decisioni che "we would expect inherently to be grounded in considerations of policy"; *Baer v. United States*, 722 F.3d 168, 175 (3d Cir. 2013) (ove si afferma che "there is a strong presumption that the SEC's conduct is susceptible to policy analysis"); *Schmidt v. United States*, 198 F.2d 32, 36 (7th Cir. 1952) (ove si afferma che "clearly within the scope of its discretionary authority") e, negli stessi termini, *Sprecher v. Von Stein*, 772 F.2d 16, 18 (2d Cir. 1985). In *Carlos Zelaya v. United States*, cit. la Corte osserva come l'attività di vigilanza della SEC sia del tipo che la *discretionary function exception* intende proteggere. Tale affermazione è perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte Suprema, secondo cui dalla storia della *discretionary function exception* si ricava, appunto, che debbano rimanere fuori campo FTCA tutte le azioni per danni dirette contro le agenzie di regolazione come la Federal Trade Commission, la Securities and Exchange Commission, la Foreign Funds Control Office of the Treasury, e molte altre. Per un elenco si veda *Varig Airlines*, 467 U.S. at 809.

³⁶ La vicenda cui il caso si riferisce costituisce un perfetto esempio di c.d. Ponzi scheme: riguarda infatti la raccolta di investimenti da parte della *Stanford bank* con sede in Antigua, attraverso di una serie di società, con emissione di certificati di deposito ad alto rendimento (*high-interest certificates of deposit* (CDs)), senza mai investire in azioni e anzi finanziando precedenti investitori e lo stesso Stanford. Dal 1995 lo Stanford Group era registrato come *broker-dealer* e *investor adviser* e soggetto alla vigilanza (e rispetto requisiti) SEC. Già nel 1997 la SEC è a conoscenza del fatto che Stanford aveva l'intenzione di porre in essere un Ponzi Scheme, ma solo dopo 12 anni decide di intervenire, quando ormai molte delle persone coinvolte avevano ormai perso il loro denaro.

il danno: più specificamente il dovere di revocare la registrazione dell'operatore finanziario³⁷ e di segnalare a determinati organismi di protezione degli investitori le operazioni rischiose da questo stesso poste in essere e scoperte nell'ambito della propria attività³⁸.

La Corte, ritenuto che le funzioni svolte dalla SEC siano proprio del tipo di quelle che la *discretionary function exception* intende proteggere (*second step*), procede alla verifica dell'esistenza del margine di scelta/apprezzamento (*first step*). Il test sottrae alla *discretionary function exception* la violazione dei doveri di comunicazione, mentre vi riconduce la violazione del supposto obbligo di revoca della registrazione del Gruppo Stanford. La revoca, infatti, non è atto dovuto, ma decisione per la quale la SEC mantiene un margine di scelta/apprezzamento³⁹.

Nonostante questa apertura, parziale, il caso verrà dismesso per l'accoglimento di una seconda eccezione, a questo punto invocata dal Governo a difesa dell'operato della SEC, ossia quella della c.d. *misrepresentation exception*.

La *misrepresentation* costituisce, nell'essenza, una violazione del dovere di diligenza nell'ottenere e comunicare informazioni sulle quali altri fanno affidamento per orientare il proprio comportamento e le proprie decisioni⁴⁰. È dunque centrale sul piano della responsabilità delle autorità di regolazione. Ebbene, l'eccezione prevista dal FTCA copre le violazioni di questo dovere ove siano in gioco decisioni relative alla gestione patrimoniale dei danneggiati (*economic affairs*). Le scelte di investimento costituiscono senz'altro *economic affairs*, per le quali l'affidamento nelle informazioni acquisite e trasmesse dall'autorità (anche non acquisite e non trasmesse) non è protetto dal FCTA⁴¹. L'accoglimento dell'eccezione comporta, come si è già detto, l'inammissibilità delle richieste risarcitorie fondate su casi di *misrepresentation* da parte delle autorità di regolazione e la riaffermazione della immunità sovrana.

³⁷ Security Investor Protection Act (1970), 15 U.S.C. §78aaa-III.

³⁸ In particolare, per i ricorrenti, la SEC avrebbe violato "*the duty of care owed to investors as a result of violations of its federal statutory duties to revoke Stanford Group's registration and to notify SIPC of Stanford Group's financial hazard*". Con riguardo ai *statutory duties*, il riferimento specifico è al Security Investor Protection Act (1970), 15 U.S.C. §78eee: "*If the Commission or any self-regulatory organization is aware of facts which lead it to believe that any broker or dealer subject to its regulation is in or is approaching financial difficulty, it shall immediately notify SIPC, and, if such notification is by a self-regulatory organization, the Commission*".

³⁹ Il riferimento specifico è a 15 U.S.C. § 80b-3(c)(2), ove si stabilisce che la SEC conserva il potere di sospendere o revocare le registrazioni in essere in ragione del pubblico interesse ("*if it is in the public interest*"). La norma, secondo la Corte, manca dunque della specificità (nella definizione degli obblighi) che sarebbe necessaria a escludere la *discretionary function exception*. Dunque, la decisione implica un margine di scelta. In modo analogo anche, *Dichter-Mad Family Partners, LLP v. United States*, 709 F.3d 749, 750-51 (9th Cir. 2013), caso in cui il 3° Distretto ha dismesso il ricorso presentato da un investitore vittima del Madoff Scheme (in proposito si veda anche *Gordon v. United States*, 2013 U.S. LEXIS 5629 (U.S., Oct. 7, 2013). Con riferimento al Madoff Scheme, si veda anche il caso, *Donahue v. United States*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 84353 (D.C. June 19, 2012).

⁴⁰ La Corte Suprema (*United States v. Neustadt*, 366 U.S. 696, 706 (1961) ha definito l'ine "misrepresentation" come violazione del "*duty to use due care in obtaining and communicating information upon which [another] may reasonably be expected to rely in the conduct of his economic affairs*". Ha inoltre chiarito (in *Block v. Neal*, 460 U.S. 289, 296 (1983)) che "*the essence of an action for misrepresentation, whether negligent or intentional, is the communication of misinformation on which the recipient relies*".

⁴¹ Nel caso in esame i ricorrenti, diversamente da quanto richiesto in *Neustadt*, hanno subito un danno economico connesso a una decisione negoziale che il ricorrente non avrebbe intrapreso se la SEC avesse notificato al SIPC la situazione finanziaria del gruppo Stanford.

3. La responsabilità delle autorità di regolazione nell'ordinamento francese

3.1. Inquadramento dell'istituto

Un tratto che distingue l'ordinamento francese da quello statunitense è senz'altro la centralità del ruolo giocato dal giudice nel riconoscere, ed evolve-re nel tempo, la responsabilità civile della pubblica amministrazione e i suoi elementi costitutivi. Nell'ordinamento francese, infatti, l'impronta della responsabilità dell'amministrazione è stata innanzitutto definita dalla giurisprudenza amministrativa e poi avallata dal giudice costituzionale⁴².

Il riconoscimento di un principio di responsabilità dello stato (sia per *faute de service* sia per *faute du service*) e dei suoi agenti⁴³ – peraltro ritenuto il grande assente dai testi costituzionali e legislativi dell'età della Rivoluzione⁴⁴ – incide ovviamente sul fondamento stesso della responsabilità e consente che essa si sviluppi in una prospettiva opposta a quella della rinuncia all'immunità sovrana, propria dell'ordinamento statunitense. Proprio tale diverso fondamento consente anche di spiegare, almeno in parte, il diverso rapporto tra legge e corti nei due ordinamenti e comprendere il perché del maggior spazio di manovra mantenuto dal giudice amministrativo francese, pur dinanzi al crescente intervento del legislatore in questo campo⁴⁵.

Lo sviluppo dell'istituto della responsabilità amministrativa in Francia è però tutt'altro che lineare ed è caratterizzato da una molteplicità di modelli e regimi.

⁴² Sembra corretto parlare di mero avallo in quanto, come emerge dalla giurisprudenza costituzionale, il *Conseil constitutionnel* si mostra alquanto evasivo nel riconoscere apertamente un principio costituzionale di responsabilità dell'amministrazione, limitandosi piuttosto a non porre in discussione quanto affermato sul tema dal giudice amministrativo. Nella giurisprudenza costituzionale francese, si v. no (*ex multis*): la decisione n. 83-162 DC, del 19/20 luglio, 1983, *Racc.* p. 49, che ha confermato la giurisprudenza *Laruelle/Delville* (CE ass. 28 juil. 1951 *Racc.* p. 464) secondo cui "*l'État répond des fautes commises par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions*". Con riguardo alla responsabilità *sans faute* si v. la decisione n. 89-254 DC del 4 luglio 1989, *Racc.*, p. 46, la quale ha ammesso la possibilità di una "*réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité de tous devant les charges publiques*", principio utilizzato appunto dal Conseil d'État per giustificare alcune ipotesi di responsabilità senza colpa. In dottrina, sul ruolo delle fonti e della giurisprudenza costituzionale in materia di responsabilità dell'amministrazione, J. MOREAU, *L'évolution des sources du droit de la responsabilité administrative*, *Mél. Terré*, 1999, p. 724, ove l'A. osserva: "*les sources constitutionnelles du droit de la responsabilité administrative sont fort mineures*".

⁴³ Sull'affermazione del principio della responsabilità degli agenti e sulla distinzione tra questa e quella dello Stato, TC, 30 luglio 1873, *Pelletier*, in *Racc.*, 117; CE, decisione 3 febbraio 1911, *Anguet*, in *Racc.*, 146. Da questa giurisprudenza discende la tesi del cumulo tra la responsabilità dell'agente e la responsabilità dello stato e la possibilità per il danneggiato di scelta tra le due azioni. Questa tesi è fortemente contrastata perché porta a violare il principio della riparazione integrale del danno. La dottrina ritiene dunque preferibile parlare di concorso di responsabilità. Si v. J.P. DUBOIS, *Développement d'une responsabilité administrative du fait d'une faute personnelle*, in *RRPP*, n. 68.

⁴⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 3, p. 462 ove l'A. afferma: "*si l'on parcourt les constitutions et les lois françaises de l'époque révolutionnaire, si fortement imprégnées du concept de souveraineté et de la doctrine individualiste, on ne trouve pas un seul texte qui consacre la responsabilité de l'État*". Si veda inoltre l'intelligente scritto di M. PAILLET, *Existe-t-il une responsabilité de droit commun*, in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Atti del seminario tenutosi a Paris, Palais de Luxembourg, 11-12 maggio 2001, disponibile all'indirizzo <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2015/08/Les-cumuls-de-responsabilités-civiles-pour-faute-entre-lagent-public-et-lAdministration.pdf>.

⁴⁵ Si rinvia per ogni approfondimento sui regimi legislativi della responsabilità a C. BRECHON-MOULENES, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, Parigi, 1974.

Al riguardo occorre innanzitutto tenere in considerazione la grande frattura tra la responsabilità *pour faute* e la responsabilità *sans faute*, originatasi a partire dal diverso fondamento dei due modelli di responsabilità. La responsabilità *sans faute* è ritenuta infatti diretta espressione del principio costituzionale – questo si è esplicitato in Costituzione⁴⁶ – dell'*égalité devant les charges publiques* e pertanto ontologicamente distinta dalla responsabilità *pour faute* (*de service* o *du service*).

Se recentemente la bontà di tale dicotomia è stata messa in discussione, a favore del riconoscimento di un unico fondamento della responsabilità civile dell'amministrazione⁴⁷, ciò è potuto avvenire anche grazie all'evoluzione della responsabilità *pour faute* e, più precisamente, all'evoluzione del concetto di colpa. Lo dimostra il fatto che la responsabilità dello stato per violazione del diritto europeo, inizialmente inquadrata in termini di responsabilità *sans faute*, è ritenuta pienamente compatibile anche con il modello della responsabilità per colpa, se assunta, appunto, in una moderna versione oggettiva⁴⁸.

Un secondo elemento decisivo nell'evoluzione dei modelli di responsabilità nell'ordinamento francese è la frammentazione di regimi creatasi, entro l'area della responsabilità *pour faute*, attraverso l'opera delle Corti (sia amministrative sia civili⁴⁹) e dello stesso legislatore.

Da un lato, il giudice, nel definire quello che viene definito il diritto comune della responsabilità amministrativa, ha via via determinato modelli differenziati,

⁴⁶ Cfr. Preambolo della Costituzione francese del 1946: "La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales".

⁴⁷ In favore di questa tesi B. CANGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Dalloz, Parigi, 2014. Cfr. anche N. POULET-GIBOT LECLERC, *La garde des mineurs et la responsabilité administrative personnelle*, in *Rev. droit public et sc. pol. fr et étr.*, 2012, 68-70, laddove l'A. mette in luce come negli ultimi anni siano state introdotte nuove forme di responsabilità amministrativa, sia stata accantonata, dalla giurisprudenza, la necessità della c.d. *faute lourde*, si siano estese le ipotesi di responsabilità senza colpa a detrimento di quelle per colpa. L'A. ritiene che si sia dinanzi, a partire dal 2005, ad una generalizzazione del riferimento alla norma sulla responsabilità dei padroni e committenti di cui all'art. 1384 del Code Civil, la quale può costituire un nuovo fondamento – autonomo quanto a fattispecie – della responsabilità amministrativa senza colpa (qui non presunta) e una nuova tappa evolutiva della responsabilità amministrativa. Cfr. inoltre, A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, L'Harmattan, 2009.

⁴⁸ I principi della responsabilità dello Stato per violazione del diritto unitario sono stati fissati dalla Corte di giustizia UE nella famosa sentenza *Francovich* e quindi chiariti, per i profili attinenti alla colpa, nelle sentenze CJUE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pescheur e Factortame III*, C-43/93 e 46/93; nonché *British Telecommunications* C-392/93. Tali sentenze come noto affermano la responsabilità dello Stato in presenza di violazioni manifeste e gravi del margine di apprezzamento lasciato dal diritto comunitario e aprono la strada a una responsabilità per colpa di tipo meramente oggettivo. Prima della sentenza *Francovich*, l'arrêt *Alivar* (CE ass. 23 marzo 1984, in *RTD europ.* 1984 p. 341 concl. R. Denoix de Saint Marc), ha inquadrato la responsabilità dello stato per violazione del diritto UE in termini di responsabilità senza colpa per il pregiudizio anormale e speciale connesso alla condanna per inadempimento legislativo dello stato francese. Successivamente, l'arrêt *Société Arizona Tobacco Products* (CE ass. 28 febbraio 1992, in *AJDA*, 1993, p. 210, concl. M. Laroque) ha riportato la responsabilità nell'ambito del diritto comune della responsabilità amministrativa, con l'equiparazione tra illegalità e colpa. Successivamente, in senso favorevole al possibile cumulo tra la responsabilità per colpa e senza colpa e a una revisione del diritto comune della responsabilità al quale non rimane estraneo il diritto europeo, Cour administrative d'appel di Parigi (arrêt 1 luglio 1992, *Société Jacques Dangeville*, *Rec.* p. 558; annullato per motivi procedurali da CE ass. 30 oct. 1996 *Société Jacques Dangeville*, in *RFD adm.* 1997 p. 1056 concl. G. GOULARD).

⁴⁹ Le Corti civili conoscono delle azioni di danno connesse dipendenti da responsabilità individuali degli agenti (diverse, cioè, da ipotesi di *faute de service* e di *faute du service*).

anche attingendo al diritto civile⁵⁰ e aperto a nuove forme di responsabilità senza colpa secondo un principio di socializzazione del rischio⁵¹; dall'altro, il legislatore ha creato una molteplicità di regimi speciali della responsabilità civile, finalizzati a limitare l'area della responsabilità per come definita dal c.d. diritto comune della responsabilità – di origine giurisprudenziale – e, con essa, lo spazio d'azione delle corti⁵².

L'apertura del sistema delle fonti a principi e norme di derivazione internazionale e sovranazionale si è rivelata, nell'ordinamento francese e non solo, decisiva nell'attivare nuovi percorsi dei modelli di responsabilità e del loro diritto: di ciò sono prova sia l'inquadramento della responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo in termini di responsabilità senza colpa, sia l'apertura, in virtù del diritto internazionale e della giurisprudenza CEDU, a forme di responsabilità di diritto comune, anche in presenza di precise preclusioni legislative⁵³.

Può così affermarsi che, pur senza contraddire la centralità del ruolo del giudice amministrativo, il fondamento e l'evoluzione dei modelli di responsabilità nell'ordinamento francese è stata giocata – e si gioca – su più fronti: nella dialettica tra giudice amministrativo e ordinario, tra giudice amministrativo e legislatore, tra corti e diritto internazionale e sovranazionale e corti e diritto interno.

3.2. Modelli di responsabilità ed elementi costitutivi

Lo scenario dei modelli di responsabilità civile dell'amministrazione nell'ordinamento francese si presenta, dunque, nel suo complesso, alquanto variegato e riflette il processo di adattamento della responsabilità ai mutamenti costituzionali, del sistema delle fonti e della società⁵⁴.

La varietà di modelli e regimi rende la ricostruzione degli elementi costitutivi della responsabilità dell'amministrazione in cui sia in gioco la *puissance publique* un'operazione non semplice.

Al fine di tracciare le coordinate del regime (dei regimi) di responsabilità, un punto fermo è dato dal riconoscimento, a partire dall'arrêt *Blanco*, della specialità delle regole della responsabilità amministrativa⁵⁵. Questo postulato,

⁵⁰ Cfr. M. CAFAGNO, *La responsabilità*, in *Annuario AIPDA*, 2007, nota 1.

⁵¹ Si v. anche CE 30 novembre 1923 *Couitéas*, *D.* 1923, 3, 59 concl. *Rivet*.

⁵² Per un approfondimento, M. PAILLET, *Existe-t-il une responsabilité de droit commun*, in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité*, cit.; N. POULET-GIBOT LECLERC, *La garde des mineurs et la responsabilité administrative personnelle*, cit.; C. BRECHON-MOULENES, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, cit.

⁵³ In giurisprudenza, *Bitouzet* (CE, 3 luglio 1998, in *AJDA*, 1998, p. 570, Chr. F. RAYNAUD e P. FOMBEUR), con riguardo alle servitù amministrative previste dall'art. L. 160-5 del *Code de l'urbanisme*. In dottrina, sull'impatto del diritto EDU sul sistema della responsabilità francese, H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, thèse Parigi XI, 1999; O. GOHIN, *La responsabilité de l'Etat en tant que législateur*, in *Revue int. droit com.*, 1998, 2, p. 595 ss.

⁵⁴ Per una ricostruzione dei mutamenti subiti dall'istituto nell'ordinamento francese, si rinvia a M. DEGUERGUE, *Regard sur les transformations de la responsabilité administrative*, *Revue française d'administration publique* 2013/3 (N. 147), pp. 575-587; per ulteriori riferimenti si rinvia, *retro*, al § 3.1.

⁵⁵ Si v. l'arrêt *Blanco* (Trib. Confl. 8 febr. 1873, *Racc.* 1° suppl. p. 61 concl. *David*) che razionalizza quanto già espresso nell'arrêt *Rotschild* (CE 6 déc. 1855, *Rec.* p. 707): "*la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis*

nella misura in cui nega l'applicazione del diritto civile della responsabilità alla responsabilità dell'amministrazione, ha determinato infatti l'esigenza di creare *ex novo* un diritto della responsabilità dell'amministrazione. Ne derivano: sia il c.d. diritto comune della responsabilità amministrativa (un diritto, come si anticipava, di matrice giurisprudenziale che attinge anche al diritto civile e ai principi elaborati dalla giurisprudenza civile); sia, un diritto speciale della responsabilità amministrativa di matrice legislativa (o, meglio, più regimi speciali).

L'esistenza di norme di responsabilità di matrice legislativa dovrebbe facilitare la definizione degli elementi della fattispecie di responsabilità. Se ciò è vero in linea teorica, in via pratica tale facilitazione non si realizza o, almeno, non sempre. Due le ragioni: da un lato è il legislatore a fare talvolta affidamento sul c.d. diritto comune della responsabilità, ad esso rinviando; dall'altro, è il giudice amministrativo che, dinanzi all'esistenza di norme di specifiche fattispecie di responsabilità, ne completa gli elementi, ovvero (come nell'ipotesi delle servitù amministrative), apre a una responsabilità di diritto comune.

Nel diritto comune della responsabilità un elemento centrale è la colpa, la quale, seppure inizialmente ripudiata, è divenuta un tratto ontologico della responsabilità amministrativa. Essa si è però nel tempo trasformata assumendo ruoli e significati via via diversi.

Questo percorso di adattamento è stato in larga parte guidato dal giudice amministrativo. Ad esso si devono due innovazioni centrali: l'evoluzione del tipo di colpa, nonché del livello di colpa richiesto (colpa, colpa grave – *foute lourde* –, colpa di particolare gravità – *foute de particulière gravité*)⁵⁶.

Ben prima che l'ordinamento europeo dei diritti umani e quello sovranazionale promuovessero una nozione di colpa di tipo normativo, il giudice amministrativo francese aveva già guidato l'evoluzione della colpa, abbandonando la nozione antropomorfa propria della c.d. *théorie de la faute du service public* a vantaggio, appunto, di una nozione oggettiva connessa alla violazione di un'obbligazione amministrativa o di un diritto degli amministrati.

Quanto al secondo profilo, quello del livello di colpa richiesto, il ruolo del giudice amministrativo si è rivelato centrale nel decretare il parziale declino, nell'ambito della responsabilità amministrativa di diritto comune, della c.d. *foute lourde*, ammettendo, in parallelo, presunzioni di colpa in determinati settori⁵⁷.

dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier", precisando che questa responsabilità è soggetta "a ses règles spéciales ...". Per un commento, M. PAILLET, *Existe-t-il une responsabilité de droit commun*, in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité*, cit.

⁵⁶ Per il ripudio della colpa, si v. no gli arresti *Tomaso-Greco et Auxerre* (CE 10 febr. e 17 febr. 1905 S. 1905, III, 113). Sottolinea la centralità assunta poi dalla colpa con l'ingresso nella c.d. *théorie de la faute du service public* e del diritto comune della responsabilità pubblica M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, in *LGDJ*, 1993. La nozione è stata messa in discussione dalla dottrina per il suo carattere antropomorfo e artificiale, del tutto inadatto alle persone morali (R. DRAGO, *Rép. Resp. puiss. publ.*, vol. V°, *Responsabilité* (principes généraux de la), Dalloz, PRIGI, 1999), a vantaggio di una nozione oggettiva entro la quale – sia che si assuma la colpa in termini di violazione di un'obbligazione amministrativa sia che la si usi per esprimere la lesione di un diritto degli amministrati – sia consentito lo svolgimento di un giudizio di valore circa il carattere riprovevole della violazione di una norma. Per un'ulteriore approfondimento, S. GOUHIER, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en droit administratif* (thèse), Le Mans, 2000, p. 324.

⁵⁷ F. LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ, Parigi, 1985. Nell'ordinamento italiano, anche nelle ipotesi in cui è richiesta la colpa grave, la giurisprudenza ha elaborato una serie di presunzioni che agevolano appunto il danneggiato.

L'imporsi di una nozione di colpa in cui l'antigiuridicità finisce per fondersi con l'elemento soggettivo si rivela peraltro centrale anche per rileggere il rapporto con la responsabilità *sans faute*, consentendo, a livello teorico, il passaggio sotto l'area della responsabilità per colpa anche di fattispecie – come quella della responsabilità dello stato per violazione del diritto europeo – dapprima ad essa estranee.

Sotto il cappello della responsabilità *sans faute* rimangono invece oggi sia le ipotesi di responsabilità dell'amministrazione per danni abnormi e speciali e, in particolare, le ipotesi di responsabilità da fatto lecito (del legislatore come dell'amministrazione)⁵⁸. Lungi dal rappresentare una mera operazione di facciata, la qualificazione in termini di responsabilità *pour faute* o *sans faute* ha delle ricadute processuali significative che vanno al di là della prova della colpa: la responsabilità *sans faute* è considerata strumento di ordine pubblico che fonda un diverso titolo d'azione risarcitoria, non coincidente con quello per responsabilità *pour faute*⁵⁹.

La centralità della colpa e la necessità della sua "modulazione" è un elemento di comunanza con l'ordinamento statunitense. Allo stesso modo, sembra vero che in entrambi gli ordinamenti essa si è dimostrata uno straordinario strumento di politica del diritto, nelle mani del legislatore in un caso, del giudice nel secondo⁶⁰. Diversa, però, la prospettiva teorico-giuridica attraverso cui i due ordinamenti guardano alla responsabilità e, dunque, alla colpa: in un caso essa ha il significato di veicolare ipotesi di rinuncia all'immunità sovrana, nel secondo caso, invece, essa vale come dato di coerenza dell'amministrazione con il quadro costituzionale e, in esso, con il rinnovato sistema delle fonti. Da questo punto di vista, come sottolineato in dottrina, nel diritto comune della responsabilità la colpa è stata utilizzata dal giudice amministrativo⁶¹ in una prospettiva analoga a quella imposta dal principio di precauzione⁶², promuoven-

⁵⁸ Per i necessari riferimenti si rinvia, infra, alla nota 80.

⁵⁹ Per un approfondimento sul carattere di ordine pubblico della responsabilità senza colpa, si rinvia a M. PAILLET, *Existe-t-il une responsabilité de droit commun*, in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité*, cit. In giurisprudenza, *arrêt Gevrey* CE 18 nov. 1995, *Racc.*, p. 503.

⁶⁰ La stigmatizzazione dei comportamenti colposi ha evidenti ricadute in termini di buona amministrazione e di responsabilizzazione dei comportamenti individuali. Sul tema, C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, LGDJ, Parigi, 1996, p. 176 ss., il quale osserva come la sanzione di comportamenti colpevoli dell'amministrazione passa per la riduzione dei casi di irresponsabilità alla quale corrisponde lo sviluppo di nuove ipotesi di colpa e per la condanna al pagamento di danni di entità simbolica. Ciò nonostante, rileva, l'A., nel contesto attuale le vittime reclamano non solo una riparazione economica, ma appunto il riconoscimento della colpa.

⁶¹ Infine, essa può assegnare alla responsabilità una funzione di controllo e preventiva, di modo che il comportamento colposo non abbia a ripetersi, così consentendo al giudice di muoversi su un terreno complementare alla legalità. M. Hauriou già nel 1905 (in nota a CE 10 et 17 febr. 1905 Tomaso Gréco et Auxerre, S. 1905, III, 113 osservava "*la théorie des risques a un côté immoral, en ce qu'elle présente les accidents comme étant des conséquences inévitables de l'entreprise: à ce point de vue elle est très inférieure à la théorie de la faute, qui les présente au contraire comme étant des conséquences évitables*". L'A. ha inoltre osservato come l'*arrêt Cames* costituisca una svolta che stabilisce un collegamento tra il meccanismo della socializzazione del rischio e la nozione di responsabilità. Questo sviluppo della giurisprudenza è stato reso possibile dall'assenza di sottomissione del regime della responsabilità pubblica alle regole del Codice civile e dal fatto che l'indennizzo per rischi è un'applicazione abbastanza naturale del principio liberale di eguaglianza davanti ai *charges publiques* (si v. M. HAURIOU, nota a CE, 21 giugno 1895, *Cames*, Sirey, 1897.3, p. 33.

⁶² G. MARTIN, *Principe de précaution et responsabilités*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Parigi, 1998, p. 419.

do un'etica della prudenza⁶³ e, più specificamente, ad un concetto di colpa rinnovata e più estesa, adeguata alle esigenze della società del rischio⁶⁴.

3.3. Segue: i tratti specifici della responsabilità delle autorità di vigilanza e regolazione

La responsabilità delle autorità amministrative nell'ordinamento francese s'inscrive perfettamente nel percorso evolutivo della responsabilità dell'amministrazione, così come sintetizzato nel paragrafo precedente. Essa è dunque una responsabilità di matrice essenzialmente giurisprudenziale, retta principalmente dal diritto comune della responsabilità.

Una prima questione, preliminare alla analisi del regime della responsabilità, riguarda la possibilità di riconoscere le autorità di regolazione quali soggetti autonomi sul piano risarcitorio. Il progressivo riconoscimento della personalità giuridica autonoma alle autorità di regolazione, specie se riconducibili alla nozione di autorità indipendenti, marginalizza la posizione risarcitoria dello Stato. Infatti, come affermato dal giudice amministrativo, ove sia in gioco l'azione delle autorità indipendenti la responsabilità dello stato può essere invocata solo in via sussidiaria⁶⁵. Diversamente, invece, ove le autorità di vigilanza o regolazione agiscano in nome e per conto dello Stato (è il caso, ad esempio, dell'*Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé*), rimarrà ferma la responsabilità esclusiva dello Stato⁶⁶.

Quanto al modello di responsabilità, va detto che la responsabilità delle autorità di regolazione si colloca massimamente, salvo quanto si dirà sulla responsabilità *sans faute*, nell'area della responsabilità per colpa.

In linea con la progressiva attenuazione del grado di colpa richiesto a fini risarcitori, il giudice amministrativo ha abbandonato la *foute de particulière gravité*, mantenendo, solo per le autorità di regolazione operanti nei settori economico-finanziari, la necessità della prova della *foute lourde*⁶⁷. Sul punto, occorre fare riferimento a due pronunce del Conseil d'État, ancora centrali: la

⁶³ M. REMOND-GOUILLOUD, *Le risque de l'incertain: la responsabilité face aux avancées de la science*, in *La vie des sciences, comptes rendus, série générale*, t. 10, 1993, n. 4, p. 431.

⁶⁴ Arrêt *Boudin* (CE 30 luglio 1997, D. 1999, IR p. 59, oss. BON e D. DE BECHILLON). Una giurisprudenza del *Conseil d'État* ha ritenuto sussistente la responsabilità per colpa dello Stato per carenze nella prevenzione dei rischi legati ai lavoratori esposti al rischio amianto. La Corte di Cassazione ha considerato che la responsabilità del datore di lavoro derivi dalla violazione di "une obligation de sécurité de résultat". Cfr. CE, Ass., 3 marzo 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X*, concl. E. Prada.

⁶⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Avis pubblicato nell'ambito del Rapport public*, 2006, p. 211. *Per un approfondimento, Senato francese, Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié*, disponibile all'indirizzo <https://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-15.html>.

⁶⁶ Cfr. CE, Sez., 9 novembre 2016, *Mme K, Mme G, Mme B c/Ministre des affaires sociales*, Racc. n. 3939304, 393902 et 393926, ove si afferma: "le ministre chargé de la santé ou le directeur général de ces agences, agissant au nom de l'Etat en vertu successivement des articles L. 567-4 et L. 793-4 du code de la santé publique, pouvait décider de suspendre ou de retirer l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament pour les motifs précisés à l'article R. 5139 du code de la santé publique, notamment lorsqu'il apparaît que la spécialité pharmaceutique est nocive dans les conditions normales d'emploi ou que l'effet thérapeutique fait défaut".

⁶⁷ Per una ricostruzione aggiornata si rinvia a Conseil d'Etat, *Le juge administratif et les autorités de régulation économique*, 2016, disponibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-les-autorites-de-regulation-economique>.

prima resa con riferimento alla *Commission des operations de bourses*⁶⁸, la seconda con riguardo alla *Commission bancaire*⁶⁹.

Va dato atto che i tentativi volti ad inquadrare la responsabilità delle autorità di regolazione economica (in particolare quelle operanti nel settore bancario e finanziario) in termini di responsabilità senza colpa, ovvero di responsabilità per colpa in senso oggettivo non hanno invece trovato seguito⁷⁰. Tali tentativi muovono dal presupposto che nel nuovo meccanismo di vigilanza prudenziale dei mercati bancari e finanziari l'attività di regolazione e vigilanza delle autorità di regolazione nazionali sembra assumere una dimensione di doverosità, in ragione, appunto, degli obblighi imposti dal diritto UE. L'esistenza di un *duty to supervise*⁷¹ derivante appunto dal diritto eurounitario, è stato però espressamente escluso⁷².

Alcuni recenti casi decisi dal *Conseil d'État*⁷³, riguardanti ipotesi di danni da mancato esercizio dei poteri di vigilanza (in particolare, danni alla salute da omesso ritiro di medicinale legittimamente immesso sul mercato di cui erano segnalati gli effetti negativi), consentono di riflettere su ulteriori profili della responsabilità delle autorità di vigilanza e regolazione.

In tali occasioni, tutte riferite al noto scandalo relativo al farmaco "*Mediator*", il giudice amministrativo ha innanzitutto affermato il principio per cui, a partire dalla conoscenza della sussistenza di un rischio per la salute connessa di un farmaco in commercio, il mancato esercizio dei poteri di controllo attribuiti all'agenzia francese del farmaco apre alla responsabilità per colpa dello stato. Come è evidente, il giudice amministrativo non ritiene necessaria la colpa grave, applicando invece una nozione di colpa strettamente normativa⁷⁴. La

⁶⁸ Nel Rapporto del Conseil d'Etat, *Le juge administratif et les autorités de régulation économique*, cit., si legge: "*Les activités de surveillance économique et financière constituent l'un des domaines dans lesquels est maintenue l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'autorité administrative. Les clients d'un établissement bancaire ou financier défaillant ne peuvent demander au régulateur l'indemnisation du préjudice résultant de sa carence dans l'exercice de sa mission de surveillance qu'en cas de faute lourde*".

⁶⁹ CE, 22 giugno 1984, *Société "Pierre et Cristal" e altri*, n. 18371, T.

⁷⁰ CE, Assemblée, 30 novembre 2001, *Ministre de l'économie c/ K. e altri*, n. 219562, Rec.

⁷¹ Mentre la responsabilità civile per danni della BCE rimane ancorata all'art. 340 TFUE, i regimi nazionali di responsabilità delle autorità interne di regolazione possono essere diversificati. Per una ricostruzione puntuale, si v. R. D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subjects to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, Banca d'Italia, Serie Quaderni di ricerca giuridica, p. 29; si v. anche BCE, *Financial Supervisors'accountability. A European perspective*, Legal working paper series, n. 12, August 2011, disponibile all'indirizzo <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecblwp12.pdf?8c4b226ca409c8315ac93a8e6b76815c>.

⁷² Per tutte CGUE, decisione 12 ottobre 2004, c-222/02, *Peter Paul* (resa però nell'ambito del quadro normative previgente).

⁷³ CE, Sect., 9 novembre 2016, *Mme K, Mme G, Mme B c/Ministre des affaires sociales*, req. n°s 3939304, 393902 et 393926.

⁷⁴ CE, Sect., 9 novembre 2016, cit., § 4 ove si afferma: "*Considérant, en premier lieu, qu'eu égard tant à la nature des pouvoirs conférés par les dispositions précitées aux autorités chargées de la police sanitaire relative aux médicaments, qu'aux buts en vue desquels ces pouvoirs leur ont été attribués, la responsabilité de l'Etat peut être engagée par toute faute commise dans l'exercice de ces attributions; que si la cour a fait mention, pour apprécier la responsabilité de l'Etat au cours de la période allant de l'autorisation de mise sur le marché du Mediator, en 1974, à l'année 1994, des moyens de contrôle à la disposition de l'administration et de sa méconnaissance des risques liés à la prise de ce médicament, il ne ressort pas des motifs de son arrêt qu'elle aurait subordonné la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat, durant cette période, à la caractérisation d'une faute d'une certaine gravité; qu'ainsi, la requérante n'est pas fondée à soutenir que la cour aurait, pour cette raison, commis une erreur de droit ... Il en résulte que "l'abstention de prendre les mesures adaptées, consistant en la suspension ou le re-*

diversità con il caso *Carlos Zelaya v. United States* (vedi, *retro*, § 2.3) risiedono evidentemente nel carattere vincolato impresso all'azione amministrativa dal diritto europeo in questo settore e dall'assenza di eccezioni di responsabilità introdotte per via legislativa (che, se poste, sarebbero in ogni caso fonte di autonoma responsabilità perché contrastanti con obbligazioni derivanti appunto dal diritto comunitario).

In queste stesse pronunce il giudice amministrativo francese ha inoltre affermato che, ove il danno sia prodotto per il concorso di responsabilità di altri soggetti privati soggetti al controllo della stessa agenzia (nel caso di specie, laboratori di analisi), la responsabilità non può essere interamente invocata contro lo Stato, né il privato vi partecipa in corresponsabilità⁷⁵.

Questa specificazione testimonia la presa d'atto dell'impatto, sul sistema della responsabilità pubblica, dei nuovi sistemi di vigilanza complessi (tale è senz'altro la farmacovigilanza di cui al reg. n. 726/2006 e alla dir. 2001/83/CE): l'istanza risarcitoria deve infatti misurarsi con una dimensione multipolare, in cui, oltre al danneggiato e accanto alle autorità di vigilanza e regolazione, si pongono appunto soggetti privati⁷⁶. Nel contesto italiano questo profilo è stato, ad esempio, specificamente affrontato con riferimento alla responsabilità oggettiva in materia di appalti (dunque, al di fuori della sfera d'azione delle autorità di vigilanza e regolazione), allorché l'aggiudicazione illegittima avvenga con il concorso di false dichiarazioni da parte del soggetto privato, portando, però, al riconoscimento della corresponsabilità del privato nella responsabilità dell'amministrazione⁷⁷.

A ulteriore riprova della dinamicità dell'istituto della responsabilità, tenuta ad adattarsi ai continui mutamenti dei poteri delle autorità di vigilanza e regolazione, possono essere portate anche quelle sentenze in cui il giudice amministrativo apre le porte del sindacato al c.d. *droit mou*⁷⁸. Sebbene il danno da *soft law* delle autorità di regolazione non abbia ancora avuto un espresso riconoscimento nelle sedi giudiziali, il giudice francese ha tuttavia avuto occasione di pronunciarsi sulla ammissibilità in via teorica di una simile eventualità, riconducendola nell'ambito della responsabilità per colpa e rigettando esplicitamente una richiesta fatta a titolo di responsabilità senza colpa⁷⁹. Proprio l'invocazione del risarcimento a titolo di responsabilità senza colpa dimostra, peraltro, la piena consapevolezza dei ricorrenti della difficoltà di superare i molti ostacoli che si frappongono al riconoscimento della responsabilità per

trait de l'autorisation de mise sur le marché du Mediator, constitue (à partir de cette date) une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat". Par conséquent, entre 1974, date de l'autorisation de mise sur le marché et 1999, l'ANSM la responsabilité doit être écartée en raison de la méconnaissance d'un tel risque (Cons. 4)".

⁷⁵ Questa soluzione è ovviamente meno vantaggiosa per il danneggiato che è esposto al rischio di insolvenza del soggetto privato non coperto, appunto, dalla responsabilità in via principale dello stato.

⁷⁶ Cfr. J. Petit, *L'affaire du Mediator: la responsabilité de l'État*, in *RFDA*, 2014, p. 1193.

⁷⁷ Cfr. Cons. St., sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437. In dottrina, B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. App.*, 2013, p. 162 ss.

⁷⁸ Per una ricostruzione e per i necessari riferimenti, sia consentito rinviare a B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, cit., ultimo paragrafo.

⁷⁹ CE, Sez., 31 marzo 2003, n. 188833 ove si afferma: "*Les avis rendus par la commission de la sécurité des consommateurs ne peuvent, en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, ouvrir droit à indemnisation, au profit des personnes qui fabriquent ou distribuent un produit pouvant présenter un danger pour la santé publique ou la sécurité des consommateurs, que si les avis sont constitutifs d'une faute*".

colpa, a partire dal riconoscimento dell'illegittimità dell'atto di *soft law*.

Il giudice amministrativo francese ha però ammesso che in alcune ipotesi la responsabilità senza colpa possa trovare applicazione anche con riguardo alle autorità di regolazione. Si tratta, in particolare, di situazioni in cui il danno assume il carattere di anormalità e specialità, tale eccedere la normale tollerabilità. Ove il danno abbia tali caratteristiche, infatti, una limitazione della responsabilità attraverso la previsione della colpa grave dell'amministrazione costituirebbe una palese violazione del principio costituzionale dell'*égalité devant les charges publiques*⁸⁰.

Sulla base di queste considerazioni è stato dunque possibile affermare la responsabilità dell'autorità indipendente istituita per la vigilanza del settore radio-televisivo (*Conseil supérieur de l'audiovisuel*) per i danni (da interruzione attività economica) causati da specifiche tecniche emanate successivamente al rilascio della licenza d'uso delle frequenze in capo al soggetto danneggiato⁸¹.

4. Conclusioni

Al termine di queste considerazioni, pur nel limitato orizzonte d'indagine e nella brevità dello scritto, possono essere tratte alcune conclusioni.

Innanzitutto, emerge con chiarezza il multiforme volto della responsabilità dell'amministrazione: così nell'ordinamento statunitense (attraverso il rinvio al c.d. *private analogue*), come nell'ordinamento francese (attraverso l'evoluzione del diritto comune della responsabilità amministrativa e del diritto speciale di fonte legislativa, ovvero attraverso l'estensione della responsabilità *sans faute*).

Nell'ordinamento francese, al pari di altri ordinamenti europei, l'impatto del diritto europeo dei diritti umani e del diritto sovranazionale ha senz'altro imposto la rilettura di alcuni paradigmi in tema di responsabilità, a partire dalla tenuta della distinzione tra responsabilità *pour faute* e *sans faute*. Non può però dirsi, pure a fronte della progressiva estensione dell'area della responsabilità

⁸⁰ Nel definire i contorni della responsabilità delle istituzioni comunitarie per atto legittimo, la CGUE fa espresso riferimento al carattere sproporzionato e speciale del danno prodotto. Cfr. con Corte Giust., Grande Sezione, Fiamm e Fedon c. Consiglio d'Europa e altri, 9 settembre 2008, C-120/06 e C-121/06, ove si afferma: "un atto normativo comunitario la cui applicazione determina restrizioni del diritto di proprietà e del libero esercizio di un'attività professionale che causerebbero un danno sproporzionato e inaccettabile alla sostanza stessa di tali diritti, per l'appunto nel caso in cui eventualmente non fosse stato previsto un risarcimento che possa evitare o attenuare tale danno, potrebbe far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità". Questa nozione è certamente riconducibile al principio costituzionale francese della *égalité devant les charges publiques* e a quello tedesco di "Sonderopfer". Questo tipo di responsabilità era stata solo ipotizzata nel precedente in *Dorsch Consult c. Commissione e Consiglio*, c-237/98 [2000], ECR I-4549.

⁸¹ CE, 13 giugno 2001, V., n. 211403, T ove si afferma: "Considérant que le Conseil supérieur de l'audiovisuel détient, (...), la possibilité de modifier, postérieurement à la délivrance des autorisations d'usage de fréquence, les spécifications techniques (...); considérant qu'il résulte, en revanche, de l'instruction que, (...) M. X ... a subi du fait de ces perturbations un préjudice spécial consistant dans l'impossibilité presque totale d'utiliser des équipements d'usage courant et la nécessité d'entreprendre de nombreuses démarches pour faire cesser ces nuisances; qu'eu égard à la prolongation pendant plusieurs années de ces troubles excédant les inconvénients normaux de voisinage, ce préjudice doit être regardé, dans les circonstances de l'espèce, comme anormal; qu'il est ainsi de nature à engager à l'égard de l'intéressé la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques".

senza colpa, dell'affermarsi di modelli in cui la colpa è assunta in una accezione puramente normativa, dell'ingresso di fattispecie di responsabilità oggettiva derivanti dal diritto europeo (ad es. in materia di appalti), che si stia progredendo verso una unificazione teorica e normativa della responsabilità dell'amministrazione. Ne è una prova proprio il variegato inquadramento della responsabilità per danni delle autorità di vigilanza e regolazione nell'ordinamento francese: in esso permangono ipotesi di responsabilità per colpa grave (autorità di regolazione nei settori economico-finanziario), emergono nuove situazioni ibride in cui accanto alla responsabilità per colpa (non grave) dell'amministrazione si pone quella, diversa, di soggetti privati da essa stessa controllati, si aprono spazi di responsabilità senza colpa sia in relazione alle ipotesi di violazione del diritto europeo sia per danni da atto lecito dell'amministrazione.

Vi è però di più: non è da escludersi che la spinta verso nuove ipotesi di responsabilità per colpa grave – secondo un approccio settoriale – potrà venire proprio dal diritto europeo al fine di proteggere dalle azioni di danno, al pari di quanto mostrano di fare gli Stati membri⁸², le nuove autorità europee di vigilanza e regolazione (esigenza che certamente definisce l'anima del modello statunitense di responsabilità dell'amministrazione)⁸³.

Questa varietà è certamente il frutto di tensioni e anche dinamiche di politica del diritto (ne sia prova l'uso della colpa come valvola di apertura e chiusura della responsabilità). Va anche però apprezzato il fatto che tale varietà non è altro che il riflesso della pluralità di funzioni, compiti e ruoli assegnati alle diverse autorità di vigilanza e/o regolazione e, invero, anche alla medesima autorità. Ciò vale a maggior ragione se si tiene in considerazione l'attuale tensione verso modelli (di autorità) ibridi, che sfuggono alle tradizionali classificazioni.

Assieme con l'evoluzione dei compiti e delle funzioni assegnate, si arricchisce anche il quadro degli strumenti messi a disposizione delle autorità: come ben dimostra l'esperienza statunitense e francese in tema di conseguenze dannose derivanti da strumenti di c.d. *soft law* (ovvero di cc.dd. *pre law*, *para law* e *post law*⁸⁴), l'area della responsabilità non può rimanere indifferente.

Questi processi di declinazione teorico/normativa dei modelli di responsabilità rischia ovviamente di andare al di là di una diversificazione opportuna e/o necessaria, dando luogo a un eccesso di frammentazione (con connessi problemi di tenuta sul piano costituzionale, in particolare sotto il profilo del principio di eguaglianza⁸⁵).

Un tale rischio può essere adeguatamente controllato attraverso scelte di

⁸² In relazione alla responsabilità per colpa grave della Consob si v., da ultimo, Cass. civ., sez. I, 17 novembre 2016, n. 23418.

⁸³ Si v. R. D'AMBROSIO, *Il meccanismo di vigilanza unico: profili di indipendenza e di accountability*, in AA.VV. (a cura di R. D'AMBROSIO), *Scritti sull'Unione bancaria*, Quaderni giuridici di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 81/2016, p. 101 e spec. p. 107. Cfr. anche B. BOSCHETTI, *Downgrading del debito sovrano e responsabilità delle agenzie di rating*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, n. 4.

⁸⁴ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 12, 33; A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto tra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in www.costituzionalismo.it, n. 3/2016.

⁸⁵ Le maggiori criticità derivanti da questi interventi normativi è quello dell'incoerenza e del rischio di violazioni del principio di uguaglianza. Si v. ad esempio Cour constitutionnelle de Luxembourg, Arrêt n. 63/2011, disponibile all'indirizzo <http://www.justice.public.lu/fr/actualites/2011/04/arret-63-cour-constitutionnelle/index.html>.

politica (ma si potrebbe dire, di “governo”) del diritto della responsabilità. Come dimostra l’esperienza francese – ma lo stesso vale per l’esperienza italiana – l’intervento legislativo sembra però essere scarsamente capace (salvo non si tratti di consapevole omissione), rispetto a quanto accade nell’ordinamento statunitense, di contenere il ruolo del giudice sul piano della politica del diritto della responsabilità. Le ragioni di ciò sono molteplici e non possono essere qui indagate, ma certo questa conclusione può apparire paradossale se riferita, come è, a ordinamenti di *civil law*. Lo è meno, però, se solo si pone mente al significato e al valore costituzionale – nell’ordinamento statunitense come in quello britannico – della *supremacy of Congress/Parliament* e alle conseguenze che da questo postulato derivano in termini di *deference* delle corti. L’approfondimento di questo tema porterebbe tuttavia troppo lontano, certamente fuori dagli stretti confini di questa indagine.

La responsabilità civile nell'esercizio della funzione di regolazione e vigilanza sui mercati nella prospettiva del diritto dell'Unione europea

di Roberto Caranta

ABSTRACT

The liability of the State because of insufficient or negligent exercise of oversight powers raises difficult questions as to the extent investors, depositors, or consumers may rely on regulators as sort of last instance insurers covering damages caused by the regulated industries.

So far the case law of the Court of Justice of the European Union on breaches of EU law by EU institutions or the Member States does not provide sufficient indications as to the standards applicable to actions for damages for insufficient or negligent exercise of oversight powers. The approach followed in what is admittedly a very limited number of cases seems rather to err on the side of caution. Possible future litigation potentially linked to the consequences of the recent financial crisis might however point to a different direction.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La responsabilità per violazione del diritto dell'Unione europea. – 3. *Peter Paul*: un precedente e poche certezze. – 4. La giurisprudenza successiva. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema della responsabilità civile delle istituzioni incaricate della regolazione e della vigilanza sui mercati presenta un evidente interesse non solo teorico ma anche economico e sociale. Si tratta infatti, in ultima istanza, di determinare i soggetti su cui lasciare o far ricadere i danni derivati da comportamenti scorretti dei soggetti sottoposti a regolazione e vigilanza. Due, fondamentalmente, le alternative a seconda che si ritenga di assegnare a regolazione e vigilanza una funzione semplicemente preventiva oppure anche di garanzia dei soggetti beneficiari della funzione, come ad esempio i risparmiatori o gli investitori. Nel primo caso, i danni non risarciti dai soggetti sottoposti a regolazione e vigilanza rimarranno a carico di chi li ha subiti, nel secondo verranno trasferiti ad altri. La seconda ipotesi prevede due varianti: o i danni sono scaricati sulla fiscalità generale e quindi in ultima analisi su tutti noi *taxpayers* oppure, ulteriormente sfruttando la tendenza pronunciata soprattutto in Italia di accollare ai soggetti regolamentati i costi delle autorità amministrative indipendenti, i danni possono essere socializ-

zati tra l'insieme di coloro che sono sottoposti a regolazione e vigilanza¹.

Si tratta, evidentemente, di scelte ordinamentali politiche e delicate. Il diritto dell'Unione europea è potenzialmente molto rilevante in questa materia in quanto molte delle funzioni di cui si tratta in questa sede sono previste e regolate da tale diritto². In linea di principio, l'esistenza di una disciplina di diritto europeo sostanziale relativa ad una funzione pubblica porta con sé l'applicazione delle regole relative alla tutela giurisdizionale³, comprese quelle che prevedono una responsabilità dello Stato in caso di violazione del diritto dell'Unione⁴. Infatti, «*faulty supervision could be deemed to be tantamount to non-fulfilment by a Member State of its Union law obligations*»⁵.

Come si mostrerà nelle pagine che seguono, tuttavia, l'elaborazione della giurisprudenza europea in materia è molto limitata e non del tutto perspicua.

2. La responsabilità per violazione del diritto dell'Unione europea

Nel caso *Francovich* la Corte di giustizia ha riconosciuto il principio della responsabilità degli organi degli Stati membri per violazioni di disposizioni (allora) comunitarie attributive di diritti a favore dei singoli. Si trattava di una fattispecie nella quale la Repubblica italiana era venuta meno all'obbligo di attuare una direttiva comunitaria in materia di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro. La Corte ha ritenuto che la responsabilità degli Stati membri per violazioni del diritto comunitario fosse implicita nel sistema dei trattati, che creano obblighi in capo agli Stati membri⁶.

Spetta pertanto a ciascuno degli Stati membri accertarsi che i singoli ottengano un risarcimento del danno loro causato dall'inosservanza del diritto dell'Unione europea, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella cui, in linea di principio, incombe, ai sensi della legge dello Stato membro interessato, l'onere di tale risarcimento; gli Stati membri non possono sottrarsi a tale responsabilità né invocando la ripartizione interna delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel loro ordinamento giuridico interno, né facendo valere che l'autorità

¹ Per un'analisi dei più rilevanti argomenti pro e contro l'imposizione di una responsabilità sugli organi di vigilanza, in particolare sugli istituti di credito, si vedano PH. ATHANASSIOU, *Bank Supervisors' Liability: a European Perspective*, in *Yearbook of European Law*, 2011, p. 236 ss.; R. D'AMBROSIO, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, Banca d'Italia, *Quaderni di Ricerca giuridica*, n. 78, gennaio 2015.

² Se non addirittura a livello mondiale: si vedano i diversi contributi raccolti da S. BATTINI (a cura di), *Sistemi regolatori globali e diritto europeo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, Quad. n. 6, Giuffrè, Milano, 2011; potenzialmente rilevante è anche la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, sulla quale si rimanda a PH. ATHANASSIOU, *Bank Supervisors' Liability: a European Perspective*, cit., spec. p. 232 ss.

³ B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA-B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 197.

⁴ *Ex multis* P. ALTO, *Public Liability in EU Law*, Hart, Oxford, 2011; M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009, p. 505; R. CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale (diritto comunitario)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5137; nella specifica materia M. TISON, *Do not Attach the Watchdog! Banking Supervisor's Liability after Peter Paul*, in *Common Market Law Rev.*, 2005, p. 641.

⁵ PH. ATHANASSIOU, *Bank Supervisors' Liability: a European Perspective*, cit., p. 231.

⁶ Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, cause C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

pubblica autrice della violazione del diritto dell'Unione non disponeva delle competenze, cognizioni o dei mezzi necessari. Pertanto, accanto allo Stato, possono essere responsabili anche enti ad autonomia costituzionalmente garantita, come i *Länder*⁷.

Analogo ragionamento va pacificamente applicato alle (numerose) autorità, spesso indipendenti, di regolazione e vigilanza le quali si trovano ad applicare il diritto dell'Unione europea, essendo pertanto tenute, come esplicitamente affermato dalla Corte di giustizia nel caso *CIF* relativo alla nostra Autorità garante della concorrenza e del mercato⁸. Posto d'altra parte che, come ben noto nel nostro Paese per la *querelle* seguita alla sentenza *Traghetti del Mediterraneo*⁹, la responsabilità si estende alle violazioni del diritto europeo nell'esercizio della funzione giurisdizionale (in ultima istanza)¹⁰, è chiaro che l'ordinamento europeo non può sposare la tesi secondo la quale l'imposizione della responsabilità sarebbe incompatibile con l'indipendenza da riconoscere a giudici od autorità di regolazione, garanzia e/o vigilanza¹¹.

Individuando le condizioni della responsabilità, nel caso *Francovich* il giudice del Lussemburgo indicava la necessità che la norma violata garantisse un diritto del cittadino comunitario, del nesso di causalità e del danno¹². Nei casi riuniti *Brasserie du pêcheur e Factortame III*, la Corte ha ridefinito i presupposti "comunitari" della responsabilità, indicando, accanto a quelli già individuati dal caso *Francovich*, la necessità che la violazione imputata agli organi nazionali sia "grave e manifesta"; la Corte ha invece rimesso al diritto nazionale, nel rispetto dei principi di equivalenza rispetto al trattamento di analoghe azioni di diritto interno, e di effettività della tutela giurisdizionale, la definizione delle modalità procedurali di verifica delle domande risarcitorie¹³. Il caso *Dillenkofer* ha ricondotto ad unità il sistema, rilevando che in caso di mancata attuazione nei termini di una direttiva (allora) comunitaria, come nel caso *Francovich*, la violazione è senz'altro grave e manifesta¹⁴.

Gli Stati membri rimangono competenti a definire le condizioni per la messa in opera della responsabilità, in particolare per quanto riguarda le scelte di giurisdizione competente e di natura processuale, nel rispetto però dei principi di efficienza della tutela giurisdizionale e di equivalenza tra i rimedi offerti alle situazioni che trovano la loro protezione a livello europeo oppure a livello nazionale¹⁵.

⁷ Corte di Giustizia, 1° giugno 1999, causa C-302/97, *Konle*; si vedano anche Corte di Giustizia, 7 aprile 2000, causa C-424/97, *Haim II*, relativo alla decisione di un ordine professionale tedesco, e da ultimo e con importanti precisazioni Corte di Giustizia, 28 luglio 2016, causa C-168/15, *Tomášová*.

⁸ Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, in causa C-198/01, *CIF*.

⁹ Corte di Giustizia, 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; tra i molti commenti E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*; A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*; T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, tutti in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417 ss.

¹⁰ Corte di Giustizia, 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*.

¹¹ Sul punto PH. ATHANASSIOU, *Bank Supervisors' Liability: a European Perspective*, cit., p. 216 e p. 229 ss.

¹² Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, cause C-6/90 e C-9/90 *Francovich*.

¹³ Corte di Giustizia, 5 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93.

¹⁴ Corte di Giustizia 8 ottobre 1996, cause C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94.

¹⁵ Da ult. Corte di Giustizia, 28 luglio 2016, causa C-168/15, *Tomášová*, punto 38.

La giurisprudenza della Corte di giustizia nella casistica sviluppatasi negli ultimi vent'anni è ritornata sulle condizioni della responsabilità degli Stati membri. Il grosso dell'attenzione si è incentrato sulla violazione grave e manifesta, che funziona anche come snodo fondamentale ed unificante dei regimi della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie e degli organi nazionali¹⁶. Al proposito, la fondamentale decisione nel caso *Brasserie du pêcheur e Factortame III*, seguita da tutta la giurisprudenza successiva, ebbe a ritenere che il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto comunitario fosse quello della violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale; nell'ipotesi in cui lo Stato membro o l'istituzione in questione dispongano solamente di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione manifesta e grave¹⁷.

La discrezionalità è dunque centrale nel disegnare il regime della responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto comunitario¹⁸. In *Bergaderm* la Corte di giustizia, citando fra l'altro *Brasserie du pêcheur e Factortame*, giudica che «sia per quanto riguarda la responsabilità della Comunità ai sensi dell'art. 215 del Trattato sia per quanto attiene alla responsabilità degli Stati membri per violazioni del diritto comunitario, il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto comunitario [sia] quello della violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale»; conseguentemente, «la natura generale o individuale di un atto di un'istituzione non costituisce un criterio determinante per individuare i limiti del potere discrezionale di cui disponga l'istituzione in questione»¹⁹.

La giurisprudenza ha avuto meno occasioni di pronunciarsi sugli altri elementi "europei" costitutivi della responsabilità ed in particolare, per quanto maggiormente interessa in questa sede, sull'esistenza o meno di una posizione giuridica soggettiva protetta dal diritto europeo²⁰. Gli è che l'ordinamento europeo è costituzionalmente, verrebbe da scrivere geneticamente, generoso nel riconoscere dei diritti. Nel celeberrimo caso *van Gend en Loos* la Corte di giustizia individuò l'*ubi consistam* dell'ordinamento allora comunitario rispetto ai canoni del diritto internazionale proprio nella sua capacità di conferire i diritti²¹, e su tale base si sono costruite dottrine fondamentali del diritto dell'Unione quali quella degli effetti diretti e dell'effettività della tutela giurisdizionale²². Del tutto naturalmente tale ordinamento è così pronto a riconoscere la

¹⁶Amplius P. AALTO, *Public Liability in EU Law*, cit., spec. p. 176 ss.

¹⁷Si veda anche Corte di Giustizia, 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Bergaderm*; si veda l'analisi di P. AALTO, *Public Liability in EU Law*, cit., spec. p. 51 ss.

¹⁸Così, sulla scia delle conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro nel caso *Brasserie du pêcheur e Factortame III*, W. VAN GERVEN, *The Emergence of a Common European Law in the Area of Tort Law: The EU Contribution*, in D. FAIRGRIEVE-M. ANDENAS-J. BELL (a cura di), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, BIICL, London, 2002, p. 507 ss.

¹⁹Corte di Giustizia, 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Bergaderm*.

²⁰Si veda l'analisi di P. AALTO, *Public Liability in EU Law*, cit., pp. 39 ss. e 158 ss.

²¹Corte di Giustizia, 5 febbraio 1966, causa 26/62, *van Gend en Loos*.

²²Si veda S. PRECHAL, *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, in C. BARNARD (a cura di), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 55; cfr. anche P. AALTO, *Public Liability in EU Law*, cit., p. 42 ss. e p. 160 ss.

sussistenza di una posizione giuridica soggettiva ogni qual volta sia possibile ritenere che la protezione degli interessi di una determinata categoria di cittadini o imprese sia tra gli scopi del legislatore europeo²³. Come è stato osservato, «*the type of provision which qualifies for an EU rule of law granting rights to individuals would seem to call for a rather wide interpretation*»²⁴.

3. *Peter Paul*: un precedente e poche certezze

Tanto detto in linea generale, la problematicità dell'individuazione di una posizione giuridica protetta dal diritto europeo è venuta in luce proprio con riferimento alla questione di una possibile responsabilità delle istituzioni nazionali incaricate della regolazione e della vigilanza sui mercati bancari.

Il *leading case* è *Peter Paul*²⁵. Nella fattispecie, il signor Paul era tra i clienti di una banca la quale aveva ottenuto l'autorizzazione da parte del *Bundesaufsichtsamt*, ma non faceva parte di un sistema di garanzia dei depositi in quanto non soddisfaceva i requisiti richiesti; la sua critica situazione finanziaria induceva l'organo di vigilanza ad effettuare numerose ispezioni; in seguito alla terza di queste ispezioni, il *Bundesaufsichtsamt* chiedeva l'avvio di una procedura fallimentare e revocava l'autorizzazione allo svolgimento di attività bancarie. Alcuni dei clienti i cui crediti erano rimasti insoddisfatti presentavano ricorsi contro lo Stato tedesco intesi ad ottenere il risarcimento delle perdite dei loro depositi; essi sostenevano che non avrebbero perduto questi depositi se la Direttiva 94/19/CE, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, fosse stata recepita entro il termine stabilito nell'ordinamento tedesco. Il caso era dunque per molti versi simile a *Francovich*, discutendosi di danni asseritamente conseguenti al ritardato recepimento di una direttiva da parte di uno Stato membro. In sede di merito, i giudici riconoscevano l'indennizzo previsto dalla direttiva citata, peraltro inferiore alle somme perdute dal signor Paul e dagli altri depositanti, ma negavano il pieno risarcimento del danno rilevando che, in base al § 839 BGB il quale accoglie la *Normzwecktheorie*, tale risarcimento presupponeva il riconoscimento di un diritto a fronte dell'azione amministrativa non presente nella normativa applicabile. In sede di *Revision*, il *Bundesgerichtshof* sollevava una serie di complesse questioni pregiudiziali intese tra l'altro ad accertare se le direttive (allora) comunitarie in materia riconoscessero, oltre al diritto di essere indennizzato in caso di indisponibilità del suo deposito fino a concorrenza dell'importo previsto dal sistema di garanzia dei depositi, anche l'ulteriore diritto a che le autorità competenti esercitassero i poteri di vigilanza, compresa, se necessaria, la revoca dell'autorizzazione rilasciata all'ente creditizio, con conseguente diritto al risarcimento in caso di violazione grave e manifesta delle disposizioni che reggono l'attività di vigilanza²⁶.

L'Avvocato generale Stix-Hackl esaminò dapprima la questione se alla Direttiva 94/19/CE potesse riconoscersi efficacia diretta per poi verificare se la

²³ Un buon esempio è fornito da Corte di Giustizia, 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, cfr. anche A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 59 ss.

²⁴ P. AALTO, *Public Liability in EU Law*, cit., p. 175.

²⁵ Corte di Giustizia, 12 ottobre 2004, causa C-222/02, *Paul e al.*

²⁶ Le si vedano riportate al punto 23 della motivazione di Corte di Giustizia, 12 ottobre 2004, causa C-222/02, *Paul e al.*

direttiva stessa, e precedenti interventi normativi europei in materia di vigilanza sul settore creditizio, potessero essere considerate conferire diritti ai singoli.

La prima questione non sarebbe di per sé rilevante circa la fondatezza di un'azione di responsabilità, che non dipende, come risulta ancora dal caso *Francovich*, dalla presenza degli effetti diretti. Anzi, il rimedio risarcitorio è particolarmente necessario proprio quando non si possano invocare tali effetti. Merita peraltro analizzare compiutamente tale parte delle conclusioni in quanto già da essa emerge un'impostazione marcatamente germanica, molto restia nel riconoscere che una disposizione tuteli diritti individuali (oltre, naturalmente, interessi pubblici).

Secondo l'Avvocato generale, le disposizioni della direttiva «disciplinano esclusivamente i rapporti tra l'ente creditizio interessato, le autorità e il sistema di garanzia. Nessuna di tali norme concerne i rapporti giuridici dei depositanti con il proprio ente creditizio, con le autorità o con il sistema di garanzia. Le disposizioni in parola disciplinano una serie di poteri e doveri degli enti creditizi, delle autorità e dei sistemi di garanzia, ma non diritti o obblighi dei depositanti»²⁷. Inoltre, sempre a giudizio dell'Avvocato generale, «le misure di vigilanza, sia in generale, sia in particolare quelle previste dai nn. 2-5 dell'art. 3 [della Direttiva 94/19/CE], non tengono conto dell'interesse dei depositanti, tanto meno poi dell'interesse dei depositanti del singolo ente creditizio interessato. Le misure di vigilanza mirano all'adempimento degli obblighi da parte degli enti creditizi. Prima di adottare misure di vigilanza, si deve procedere ad un complesso confronto di una pluralità di interessi, nell'ambito del quale può anche risultare che gli interessi di determinati depositanti siano in conflitto con quelli di altri depositanti o con determinati interessi pubblici». Addirittura, con un'impostazione che fa apprezzare come benigna la creazione italiana dell'interesse legittimo, «In via di principio, l'esigenza di tutelare anche altri interessi oltre a quelli dei depositanti – ad esempio, l'interesse all'efficienza del settore creditizio – esclude addirittura che si prendano in considerazione solo gli interessi dei depositanti»²⁸.

Con tale impostazione non stupisce che poi, e più rapidamente, l'Avvocato generale giunga a negare che la direttiva, ed altre misure adottate dal legislatore europeo in materia, conferiscano dei diritti ai singoli. Secondo l'Avvocato generale, «Già dallo scopo della prima direttiva di coordinamento risulta che a un soggetto non viene concesso alcun diritto all'attuazione di misure di vigilanza, in quanto con questa direttiva vengono semplicemente poste le basi comuni per una procedura d'autorizzazione degli enti creditizi. Ma anche dal dato testuale della prima direttiva di coordinamento non si desume alcun diritto del singolo soggetto all'attuazione di misure di vigilanza, comunque siano esse strutturate, in quanto nella direttiva mancano sul punto disposizioni incondizionate e sufficientemente precise che i depositanti possano far valere dinanzi ai giudici nazionali»²⁹.

²⁷ Punto 75 delle conclusioni.

²⁸ Punto 76; si veda anche il punto 77: «Ciò considerato, il riconoscimento di diritti di singoli soggetti, vale a dire dei depositanti, presupporrebbe che costoro possano far valere anche interessi diversi dai propri, vale a dire anche interessi della collettività. Tuttavia, i diritti dei singoli vengono riconosciuti solo quando si tratta di tutelare interessi giuridicamente rilevanti dei soggetti direttamente coinvolti. Un riconoscimento di diritti oltre tali limiti implicherebbe la possibilità di proporre azioni popolari. Ma ciò non corrisponde al principio comunitario dell'efficacia diretta delle direttive».

²⁹ Punti 123 ss. delle conclusioni.

La mancanza di carattere sufficientemente preciso non solo esclude gli effetti diretti, ma la stessa possibilità di individuare una posizione giuridica tutelata. E a poco vale che i “considerando” della Direttiva 94/19/CE, come quelli di altre direttive in materia creditizia, si riferiscano all’obiettivo di assicurare la protezione dei consumatori, clienti e investitori. Per l’Avvocato generale, «*occorre rilevare che tutte le direttive menzionate nella seconda parte della seconda questione pregiudiziale richiamano la tutela degli investitori, dei clienti e simili soltanto nei ‘considerando’. I menzionati ‘considerando’ possono senz’altro fornire un aiuto nell’interpretazione delle direttive rilevanti; sennonché nessuna di queste direttive prevede i diritti dei depositanti in parola. Ciò, unito al fatto che il principale obiettivo delle suddette direttive richiamate nella seconda parte della seconda questione pregiudiziale consiste nella realizzazione del mercato interno, non può certo portare alla conclusione che i singoli soggetti abbiano un diritto all’adozione di misure di vigilanza*»³⁰.

Le conclusioni echeggiano l’elaborazione tedesca della *Normswecktheorie* o *Schutznormtheorie* anche per le sue applicazioni restrittive nel riconoscere diritti soggettivi sulla base di disposizioni che tutelano interessi pubblici³¹.

La Corte di giustizia si discosta in modo significativo dalle conclusioni dell’Avvocato generale Stix-Hackl pur pervenendo a risultati negativi della responsabilità. Secondo la Corte la Direttiva 94/19/CE mira ad istituire una tutela dei depositanti in caso di indisponibilità dei depositi costituiti presso un ente creditizio che fa parte di un sistema di garanzia dei depositi³². Tale tutela è però di natura indennitaria, e limitata alla misura prevista dalla direttiva stessa, ferma la possibilità per gli Stati membri di offrire una tutela più elevata; i poteri di vigilanza previsti dalla Direttiva 94/19/CE avrebbero il solo fine di verificare il rispetto da parte degli istituti di credito degli obblighi discendenti dal sistema di garanzia; pertanto, ad essi non corrisponderebbe un diritto in capo ai risparmiatori a che le autorità competenti assicurino nel loro interesse le misure di vigilanza³³.

Secondo la Corte la conclusione raggiunta non sarebbe modificata dalla considerazione degli altri atti di diritto derivato in materia di vigilanza prudenziale, in quanto, dal fatto che tra gli obiettivi delle dette direttive figura anche quello della tutela dei depositanti non deriverebbe necessariamente che queste direttive mirino a creare diritti a favore dei depositanti in caso di indisponibilità dei loro depositi causata da una vigilanza carente da parte delle autorità nazionali competenti; in proposito, la Corte valorizza l’assenza di esplicite previsioni normative in tal senso, rilevando altresì che lo scopo principale del *corpus* normativo in materia è quello di pervenire al reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di controllo prudenziale il quale consente il rilascio di un’unica autorizzazione valida in tutta la Comunità³⁴. La Corte non manca di sottolineare che in un certo numero di Stati membri è escluso che le autorità nazionali di vigilanza sugli enti creditizi possano, in caso di vigilanza carente, essere responsabili nei confronti dei singoli e che simili soluzioni appaiono basate su considerazioni relative alla complessità della vigilanza ban-

³⁰ Punti 135 ss. delle conclusioni.

³¹ Si veda, nella specifica materia, anche PH. ATHANASSIOU, *Bank Supervisors’Liability: a European Perspective*, cit., p. 218 ss.

³² Punto 26 della motivazione.

³³ Punti 29 ss.

³⁴ Punto 27.

caria, nell'ambito della quale le autorità hanno l'obbligo di tutelare una pluralità di interessi, tra i quali più in particolare quello della stabilità del sistema finanziario, mentre i risparmiatori sono comunque in qualche misura tutelati dall'indennizzo previsto dalla già ricordata Direttiva 94/19/CE³⁵. Escluso che il diritto di fonte europea conferisca un diritto ad una vigilanza efficace, manca una delle condizioni per far valere la responsabilità dello Stato membro in caso di "vigilanza carente"³⁶.

La sentenza *Peter Paul* non può essere letta come la previsione di un'immunità a beneficio delle istituzioni di vigilanza. La dottrina ha puntualmente sottolineato che «*the ECJ ruling in Peter Paul is to be approached with caution*»³⁷. La sentenza è stata resa sulla base di testi normativi ormai superati da altre disposizioni di diritto europeo secondario le quali, pur non esplicitamente consacrando un diritto dei risparmiatori ad un'efficace vigilanza finanziaria, hanno quantomeno aumentato l'enfasi posta sulla tutela dei consumatori anche come conseguenza della crisi finanziaria del 2008³⁸. Oggi un nuovo caso *Peter Paul* potrebbe ben essere deciso diversamente³⁹.

4. La giurisprudenza successiva

In attesa che si presenti un caso analogo a *Peter Paul*, occorre segnalare che la giurisprudenza seguita alla pronuncia della Corte di giustizia ha confermato un'impostazione molto generosa dell'ordinamento europeo nel riconoscere diritti ai singoli. In effetti la questione è sorta molto raramente, e *Peter Paul* non è spesso invocato come precedente. Due soli casi meritano una certa attenzione.

Nel primo, la signora Jutta Leth lamentava la perdita di valore del proprio immobile a seguito di numerosi ampliamenti dell'aeroporto di Vienna avvenuti senza che, in violazione del diritto dell'Unione, venissero seguite le previste procedure di valutazione di impatto ambientale – VIA⁴⁰.

Il giudice di rinvio dubitava che la disciplina della VIA fosse stata adottata per tutelare gli interessi economici dei proprietari danneggiati dalla realizzazione di un'opera avente effetti significativi sull'ambiente. L'Avvocato generale Kokott rilevò che le direttive in materia prendono in considerazione esclusivamente «*gli effetti su beni materiali che possano essere importanti anche per l'ambiente naturale*»⁴¹. Considerato, sulla base di giurisprudenza pacifica, che, a differenza di quanto si era ritenuto per la disciplina del credito nel caso

³⁵ Punti 40 ss.

³⁶ Punti 49 s.

³⁷ PH. ATHANASSIOU, *Bank Supervisors' Liability: a European Perspective*, cit., p. 226.

³⁸ L. DRAGOMIR, *European Prudential Banking Regulation and Supervision: The Legal Dimension*, Routledge, London, 2010, p. 348 ss.; si veda anche PH. ATHANASSIOU, *Bank Supervisors' Liability: a European Perspective*, cit., 226 s. e 254 per specifico riferimento alla recente crisi.

³⁹ Cfr. M. ANDENAS, *Liability for Supervisors and Depositors Rights – The BCCI and the Bank of England in the House of Lords*, in *Euredia* 2003, p. 406; si vedano però le considerazioni critiche di M. POTO, *La Corte di giustizia ed il sistema tedesco di vigilanza prudenziale: la primauté si scontra con il vecchio adagio ubi maior, minor cessat*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005.

⁴⁰ Corte di Giustizia, 14 marzo 2013, causa C-420/11, *Leth*.

⁴¹ Punto 21 delle conclusioni, corsivo aggiunto.

Peter Paul, i singoli possono invocare in giudizio e far valere la violazione di disposizioni in materia di VIA⁴², l'Avvocato generale continuò la propria analisi esaminando lo «scopo di tutela della direttiva VIA» nonché il «rilievo assunto ai fini dell'individuazione dello scopo della norma violata dal fatto che la direttiva VIA disciplina solo il procedimento per l'autorizzazione dei progetti, ma non i contenuti degli stessi»⁴³.

Secondo l'Avvocato generale, «La valutazione degli effetti sull'ambiente mira naturalmente in primo luogo a ridurre al minimo i danni ambientali. Ciò, tuttavia, non esclude la possibilità di ricomprendere nello scopo di tutela della direttiva determinati danni economici. Tali danni, infatti, non sono che un'altra manifestazione di determinati aspetti degli effetti sull'ambiente»⁴⁴. In particolare, «se il valore degli immobili diminuisce a causa del rumore prodotto dagli aeromobili, questo effetto economico trova la sua origine nel fatto che la proprietà immobiliare risulta meno gradita agli uomini. Da tali danni occorre distinguere quei danni che non derivano dagli effetti sull'ambiente del progetto, ad esempio determinati svantaggi concorrenziali. Questi ultimi danni non sono più ricollegabili allo scopo di tutela della direttiva VIA»⁴⁵.

L'Avvocato generale rilevò peraltro che «la direttiva non stabilisce quali progetti possano in assoluto essere realizzati. In particolare, contrariamente a quanto ritiene la Commissione, la necessità della valutazione dell'impatto ambientale non può essere intesa come obbligo di ponderare gli effetti sull'ambiente con altri fattori. Pertanto, la direttiva non osta alla realizzazione del progetto, anche nell'ipotesi in cui la valutazione dell'impatto ambientale accerti importanti effetti negativi sull'ambiente»⁴⁶. Ora, secondo l'Avvocato generale, «La mera possibilità che le autorità competenti, se avessero agito correttamente, avrebbero adottato, nell'esercizio del potere discrezionale loro spettante, una decisione diversa, non è sufficiente a fondare un diritto al risarcimento dei danni. Non sussiste, infatti, alcun diritto a che il potere discrezionale sia esercitato in un determinato modo»⁴⁷.

Sembrirebbe dunque impossibile fondare un diritto protetto dall'ordinamento europeo sulla base delle direttive in materia di VIA. Tuttavia, con un notevole *coup de théâtre*, a questo punto l'Avvocato generale ritiene che la normativa riconosca «al pubblico interessato il diritto a che gli effetti sull'ambiente del progetto che lo riguarda siano sottoposti a valutazione e che esso sia consultato a proposito di tali effetti»⁴⁸. Conseguentemente, «la sola circostanza che siano

⁴² Punto 34: «Per tale aspetto la direttiva VIA si distingue dalle disposizioni sulla vigilanza bancaria che, secondo la sentenza Paul, richiamata da alcuni dei soggetti che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono fondare il diritto dei clienti di una banca insolvente al risarcimento dei danni. A differenza di quanto avviene nel caso della direttiva VIA, i singoli non possono far valere le disposizioni esaminate in tale sentenza. Peraltro vi era una disciplina speciale per la tutela degli interessi patrimoniali dei clienti delle banche, vale a dire la garanzia dei depositi. La direttiva VIA non contiene alcuna previsione analoga» (omessi i riferimenti).

⁴³ Punto 31.

⁴⁴ Punto 36.

⁴⁵ Punto 38.

⁴⁶ Punto 42; si veda anche il punto 48: «Analogamente, la direttiva VIA non conferisce il diritto ad essere messi al riparo da determinati effetti sull'ambiente, come ad esempio l'intensificazione del rumore prodotto dagli aeromobili. La sola circostanza che siano stati permessi effetti sull'ambiente in violazione della direttiva VIA non comporta ancora, pertanto, l'obbligo di risarcire i danni causati da tali effetti».

⁴⁷ Punto 46.

⁴⁸ Punto 49.

stati permessi effetti sull'ambiente in violazione della direttiva VIA non comporta ancora l'obbligo di risarcire i danni causati da tali effetti. Il diritto al risarcimento dei danni presuppone piuttosto, in aggiunta a quanto sopra, che il pubblico interessato, a causa di errori intervenuti nell'applicazione della direttiva VIA, non sia stato adeguatamente informato dei prevedibili effetti sull'ambiente»⁴⁹.

L'analisi è molto strutturata, o contorta, secondo i punti di vista. Ma il punto essenziale, come già più volte rilevato, è che il diritto dell'Unione è *pour cause* generoso nel riconoscere posizioni giuridiche soggettive a beneficio dei singoli. L'Avvocato generale riconosce che «*La possibilità di fondare un diritto al risarcimento dei danni sulla violazione della direttiva VIA rafforzerebbe ulteriormente il suo carattere operativo»⁵⁰.*

La sentenza della Corte di giustizia segue in larga misura le conclusioni dell'Avvocato generale, in particolare ritenendo che «*la prevenzione di danni patrimoniali, qualora siano conseguenze economiche dirette dell'impatto ambientale di un progetto pubblico o privato, ricade nell'obiettivo di protezione perseguito dalla direttiva 85/337. Dal momento che siffatti danni economici sono conseguenze dirette di tale impatto, essi devono essere distinti dai danni economici che non hanno la loro fonte diretta nell'impatto ambientale e che, quindi, non rientrano nell'obiettivo di protezione perseguito da tale direttiva, come, in particolare, taluni svantaggi concorrenziali»⁵¹.*

Tuttavia la Corte, che non richiama neppure la sentenza *Peter Paul*, sposta poi il ragionamento sul profilo del nesso di causalità⁵². Pur deferendo in ultima analisi al giudizio della corte di rinvio, il giudice europeo ritiene che la disposizione rilevante prescriva una valutazione dell'impatto ambientale, ma non enunci «*né le regole sostanziali relative ad una ponderazione dell'impatto ambientale di un progetto pubblico o privato con altri fattori, né vieta la realizzazione dei progetti atti ad avere un impatto negativo sull'ambiente. Tali elementi tendono ad indicare che, in linea di principio, la violazione dell'articolo 3 di detta direttiva, ossia, nel caso specifico, l'omessa valutazione prescritta dalla norma citata, non configura, di per sé, la causa della diminuzione del valore di un bene immobile»⁵³.*

E dunque, pur in presenza di una normativa che evidentemente tutela *in primis* l'ambiente e solo mediatamente interessi come quello alla salute, la Corte è restia a negare la sussistenza di una posizione giuridica tutelata dal diritto europeo alla semplice integrità patrimoniale. Una tale posizione, d'altra parte, consente innanzitutto di dedurre in giudizio violazioni del diritto europeo che diversamente sarebbero solo tutelabili con procedure di infrazione contro gli Stati membri intraprese su iniziativa della Commissione. Una conclusione negativa in punto risarcimento può al più essere raggiunta ragionando sull'elemento del nesso di causalità.

Il secondo caso, molto recente, è per certi versi più vicino a *Peter Paul*. Si tratta infatti di un problema di responsabilità legato a funzioni di vigilanza. Per

⁴⁹ Punto 56.

⁵⁰ Punto 39.

⁵¹ Punto 36.

⁵² Esaminando vari precedenti relativi alla responsabilità delle istituzioni europee, l'Avvocato generale aveva, invece, ritenuto che, «*Pur trattandosi di profili che dovrebbero venire in rilievo anche in sede di causalità, la Corte, tuttavia, a quanto pare ritiene che essi attengano all'essenza stessa delle norme interessate. Essi, pertanto, non sono, per loro natura, idonei a fondare un diritto al risarcimento dei danni»* (punto 47 delle conclusioni).

⁵³ Punto 46 della sentenza.

altri versi, è più lontano, in quanto non si tratta di responsabilità dello Stato o di un'entità pubblica. La signora Elisabeth Schmitt si era fatta applicare in Germania delle protesi mammarie in silicone. Tali protesi erano state prodotte da un'impresa con sede in Francia, la Poly Implant Prothèse (PIP). La competente autorità francese aveva successivamente accertato che in sede di produzione delle protesi mammarie era stato impiegato silicone industriale scadente, in violazione delle norme di qualità applicabili. Il produttore era quindi dichiarato fallito. Su parere medico, la signora Schmitt si faceva rimuovere le protesi. Quindi agiva dinanzi ai giudici tedeschi chiedendo la condanna della TÜV Rheinland LGA Products GmbH, l'organismo notificato designato dal fabbricante ai sensi della direttiva 93/42/EC, ad un risarcimento del danno morale nella misura di EUR 40 000 e la dichiarazione della responsabilità di quest'ultima in caso di danni materiali futuri. Entrambe le parti riconoscevano che la convenuta, in ottemperanza agli obblighi derivanti dal suo contratto con il fabbricante, aveva effettuato presso i locali dell'impresa produttrice, anteriormente al 1° dicembre 2008, alcune visite preannunciate, ma non aveva esaminato la documentazione aziendale né disposto nessun esame dei prodotti, né ha effettuato visite impreviste. La ricorrente sosteneva che la convenuta, esaminando i documenti di trasporto e le fatture in possesso del fabbricante, avrebbe potuto riconoscere che non era stato impiegato il silicone autorizzato (per uso medico)⁵⁴.

Il *Bundesgerichtshof* sollevava una serie di questioni pregiudiziali. Innanzitutto, ancora una volta riprendendo la *Schutznormtheorie*, il giudice di rinvio chiedeva alla Corte di giustizia se la Direttiva 93/42/CE avesse «*lo scopo di, e intenda, imporre all'organismo notificato incaricato della revisione (audit) del sistema di garanzia della qualità, dell'esame della progettazione del prodotto e della sorveglianza, di operare, per quanto riguarda i dispositivi medici della classe III, a tutela di tutti i potenziali pazienti, e se quindi, in caso di violazione colposa degli obblighi posti a suo carico, esso possa essere chiamato a rispondere direttamente e illimitatamente nei confronti dei pazienti interessati*». Inoltre il giudice tedesco domandava alla Corte se la direttiva imponesse all'organismo notificato un obbligo generale o quantomeno circostanziato di controllo dei dispositivi, di visionare la documentazione aziendale del fabbricante e/o di compiere ispezioni impreviste.

Le pregevoli conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston iniziano con un inquadramento storico-giuridico dell'armonizzazione giuridica all'interno del mercato europeo. Sancito, nella celebre sentenza *Cassis de Dijon*⁵⁵, il principio del mutuo riconoscimento, le istituzioni europee avevano dato il via ad una serie di norme di armonizzazione degli *standards* di qualità dei prodotti in modo da facilitare la libertà di circolazione⁵⁶. Ricorda quindi l'Avvocato generale che «*Al fine di assicurare il funzionamento del sistema di cui trattasi e instaurare fiducia tra gli Stati membri, le norme armonizzate in questione dovevano offrire un livello di protezione garantito. A tal fine era necessario mettere a punto un'adeguata politica di valutazione della conformità. Essa consisteva in una serie di moduli selezionati dal legislatore tenendo conto della natura del prodotto considerato e dei rischi ad esso collegati. Se il livello di rischio collegato al prodotto in esame era alto, il modulo conteneva, come elemento es-*

⁵⁴ Corte di Giustizia, 16 febbraio 2017, causa C-219/15, *Schmidt*.

⁵⁵ Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*.

⁵⁶ Punto 24 delle conclusioni.

senziale, la partecipazione di un soggetto indipendente noto come «organismo notificato», che aveva il compito, in particolare, di valutare la conformità del prodotto alle prescrizioni legislative»⁵⁷. In questo contesto, la Direttiva 93/42/CE è chiamata a conciliare la libera circolazione dei dispositivi medici e la tutela della salute dei pazienti⁵⁸.

Sul merito della questione, l'Avvocato generale osserva innanzitutto che «La direttiva non parla della previsione di una responsabilità in capo agli organismi notificati, benché il requisito di cui al punto 6 dell'allegato XI – secondo cui essi devono stipulare un'assicurazione responsabilità civile – indichi che una qualche responsabilità è prevista»⁵⁹. Il problema è come definire i presupposti della responsabilità in questione. Ora, considerato «il ruolo fondamentale svolto dagli organismi notificati nella procedura che porta all'immissione in commercio dei dispositivi medici disciplinata dalla direttiva 93/42 e tenuto conto, in particolare, dell'elevato livello di protezione dei pazienti che la direttiva in parola mira a fornire dei rischi collegati ai dispositivi rispetto ai quali essi sono chiamati a svolgere il proprio esame», secondo l'Avvocato generale è «del tutto opportuno che i suddetti organismi possano essere chiamati, in linea di principio, secondo il diritto nazionale, a rispondere nei confronti di tali pazienti e utilizzatori per una violazione colposa degli obblighi ivi previsti a loro carico»⁶⁰.

La tradizionale categoria civilistica della colpa, e non quella della violazione grave e manifesta elaborata in riferimento alla responsabilità delle istituzioni europee e dei Paesi membri, è dunque il parametro essenziale della responsabilità degli organismi notificati incaricati della revisione del sistema di garanzia della qualità che si ritiene implicita nel sistema di tutela approntato dalla Direttiva 93/42/CE.

La nozione di colpa richiama quella di diligenza. Secondo l'Avvocato generale, gli organismi notificati, anche in ragione della propria indipendenza e competenza tecnico-scientifica, godono di una certa discrezionalità nello svolgere la propria missione, e la Direttiva 93/42/CE non può essere letta come un catalogo esaustivo e vincolante di obblighi specifici di verifica ed ispezione⁶¹. Tuttavia, nell'ambito del suo obbligo generale di diligenza, l'organismo notificato è tenuto a prestare attenzione al fatto che si possa verificare una vera e propria svista del fabbricante o peggio un inganno o frode da parte del fabbricante⁶². Vista la natura ad alto rischio dei dispositivi medici di cui si tratta, tali organismi sono soggetti all'obbligo di adottare tutte le misure necessarie in tale contesto; tenuto conto della loro competenza scientifica, l'esatto *modus operandi* dei suddetti organismi e le specifiche misure che essi adottano in una situazione siffatta ricadono nell'ambito del loro margine di discrezionalità, a condizione però «che essi agiscano sempre con tutta la cura e la diligenza dovute»⁶³. Spetterà al giudice nazionale verificare se, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, l'organismo notificato abbia agito con tutta la cura e la diligenza necessarie⁶⁴.

⁵⁷ Punto 25.

⁵⁸ Punto 26.

⁵⁹ Punto 35.

⁶⁰ Punto 39 (corsivo aggiunto).

⁶¹ Punti 44 ss.

⁶² Punto 52.

⁶³ Punto 57.

⁶⁴ *Ibidem*.

La Corte di giustizia segue solo in parte le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston. In particolare la Corte conferma che gli organismi notificati godono di un «ampio margine di discrezionalità» nello svolgimento delle loro funzioni⁶⁵. Tuttavia, l'assolvimento «da parte dell'organismo notificato del proprio ruolo nell'ambito della procedura relativa alla dichiarazione di conformità CE non potrebbe essere garantito laddove quest'ultimo potesse legittimamente restare inerte in presenza di indizi tali da suggerire che un dispositivo medico può non essere conforme ai requisiti posti dalla direttiva 93/42»⁶⁶. Quindi deve essere riconosciuto «un obbligo generale di diligenza» in capo agli organismi stessi⁶⁷.

Per quanto riguarda la responsabilità, la Corte di giustizia sembra – ma la motivazione è tutt'altro che precipua – invece discostarsi dalle conclusioni dell'Avvocato generale. La Corte ribadisce che la Direttiva 93/42/CE è volta a tutelare non solo la salute in senso stretto, ma anche la sicurezza delle persone, e che essa non riguarda solamente gli utilizzatori dei dispositivi medici e i pazienti, bensì, più in generale, i “terzi” o le “altre persone”⁶⁸. Soddisfatta la *Schutznormtheorie*, la Corte osserva che, «[b]enché spetti in primis al fabbricante garantire la conformità del dispositivo medico ai requisiti posti dalla direttiva 93/42, è necessario constatare che tale direttiva impone obblighi in tal senso anche agli Stati membri e agli organismi notificati»⁶⁹. Tuttavia, richiamando esplicitamente la sentenza *Peter Paul*, la Corte afferma che «né dal fatto che una direttiva imponga taluni obblighi di sorveglianza a determinati organismi, né dal fatto che tra gli obiettivi di detta direttiva figurino quello della tutela delle parti lese deriva necessariamente che questa direttiva mira a creare diritti a favore di tali parti in caso di inadempimento dei propri obblighi da parte degli organismi, e che ciò vale, in particolare, laddove la direttiva in argomento non contenga alcuna norma esplicita che accordi diritti di questo tipo»⁷⁰. La Direttiva 93/42/CE non contenendo indicazioni relative alle modalità di impegno della responsabilità civile degli organismi notificati, «non si può ritenere che tale direttiva abbia ad oggetto di disciplinare le condizioni alle quali i destinatari finali dei dispositivi medici possono eventualmente essere risarciti in conseguenza dell'inadempimento colpevole dei loro obblighi da parte di tali organismi»⁷¹. Il solo fatto che la Direttiva obblighi gli organismi notificati a stipulare un'assicurazione sulla responsabilità civile «non può essere sufficiente, in assenza di qualsiasi ulteriore precisazione al riguardo, per affermare che tale direttiva impone agli Stati membri di garantire ai destinatari finali dei dispositivi medici danneggiati in seguito all'inadempimento colpevole da parte degli organismi notificati un diritto al risarcimento da far valere nei confronti di questi ultimi»⁷².

Tale esito negativo in termini di diritto europeo non esclude la legittimità di una disciplina nazionale che, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effet-

⁶⁵ Punto 44 della sentenza.

⁶⁶ Punto 45.

⁶⁷ Punto 46.

⁶⁸ Punto 50; citata in motivazione è Corte di Giustizia, 19 novembre 2009, causa C-288/08, *Nordiska Dental*, punto 29.

⁶⁹ Punto 51.

⁷⁰ Punto 55 della motivazione.

⁷¹ Punto 56.

⁷² Punto 57.

tività,⁷³ preveda una responsabilità dell'organismo notificato, purché non si tratti di responsabilità oggettiva come quella del produttore⁷⁴.

Come accennato, la controversia non riguardava la responsabilità dello Stato, la direttiva rilevante nel caso essendo stata attuata in Germania, né veniva in rilievo la responsabilità di un'entità pubblica, la TÜV Rheinland LGA Products GmbH essendo pacificamente un soggetto di diritto privato⁷⁵. Il caso riguardava piuttosto l'interpretazione di una specifica direttiva. D'altra parte, come si è visto, l'indagine per stabilire se l'ordinamento europeo riconosca o meno e tuteli un diritto spesso si traduce, proprio come nel caso *Peter Paul*, nell'interpretazione di uno strumento di diritto secondario. Il rilievo del caso ai nostri fini deriva quindi dal fatto che la Corte di giustizia è stata chiamata a stabilire da tale diritto se sia desumibile una responsabilità non del (diretto) danneggiante, ma di un organo incaricato della vigilanza. A differenza dell'Avvocato generale, la Corte di giustizia ha invocato il caso *Peter Paul* proprio per negare la possibilità di ritenere implicata in un sistema di vigilanza la responsabilità del soggetto chiamato a sorvegliare un terzo per gli effetti dannosi causati dal terzo stesso⁷⁶. A differenza del caso *Peter Paul*, non è negato il fine di protezione della salute e della sicurezza delle persone, d'altra parte già riconosciuto dalla giurisprudenza⁷⁷. È negata la protezione risarcitoria⁷⁸. O meglio, la questione è rimessa alle scelte dell'ordinamento interno ed ai suoi giudici (che nella specie hanno negato la configurabilità di un'obbligazione risarcitoria in capo alla convenuta)⁷⁹.

5. Conclusioni

La configurazione di ipotesi di responsabilità delle istituzioni incaricate della regolazione e della vigilanza per danni provocati a terzi dai soggetti sottoposti alla loro vigilanza presenta profili problematici. Esclusi casi di collusione tra regolatore e regolato, che nel nostro ordinamento avrebbero addirittura rilevanza penale, il regolatore o l'autorità di vigilanza sono al più «*secondary tortfeasors*»⁸⁰.

Allo stato, il diritto dell'Unione europea non fornisce chiare indicazioni in materia. I casi rilevanti sono molto limitati, e riguardano esclusivamente la vigilanza. Le sentenze rese non sono del tutto precipue. Sembra di poter leggere una certa riluttanza della Corte di giustizia a leggere nel diritto secondario

⁷³ Punto 59; si noti che il riferimento al secondo principio è un fuor d'opera, perché la Corte ha negato la sussistenza di una responsabilità basata sul diritto dell'Unione.

⁷⁴ Punto 58. La precisazione è resa necessaria da un *case law*, citata in motivazione, la quale, sulla base della Direttiva 85/374/CEE in materia di responsabilità del produttore, esclude la legittimità della giustapposizione di ulteriori ipotesi di responsabilità oggettiva a carico di altri soggetti, come il distributore.

⁷⁵ Come peraltro sottolineato al punto 27 delle conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston: «*quest'ultimo non è, in quanto tale, un organismo statale o un'emanazione dello Stato*».

⁷⁶ Si veda ancora il punto 55 della motivazione.

⁷⁷ Corte di Giustizia, 19 novembre 2009, causa C-288/08, *Nordiska Dental*, punto 29.

⁷⁸ Corte di Giustizia, 16 febbraio 2017, causa C-219/15, *Schmidt*.

⁷⁹ Si veda la sentenza del 22 giugno 2017 BGH VII ZR 36/14.

⁸⁰ PH. ATHANASSIOU, *Bank Supervisors' Liability: a European Perspective*, cit., spec. p. 239.

l'affermazione della responsabilità dei soggetti chiamati a vigilare sul comportamento di operatori del mercato. Tecnicamente tale riluttanza passa ora l'affermazione *tranchant* che il diritto dell'Unione applicabile alla fattispecie non prevede un tale rimedio⁸¹, altra volta per la negazione di una posizione giuridica tutelata⁸² o ancora per l'esclusione – sia pur demandata al giudice nazionale, del nesso di causalità⁸³.

A distanza di quasi trent'anni dallo scandalo del vino adulterato, si conferma la difficoltà di usare il diritto dell'Unione europea per qualificare in termini di illiceità le eventuali insufficienze od omissioni in sede di controllo⁸⁴.

Nella specifica materia dei mercati finanziari, è stato sottolineato come la creazione di istituzioni europee di vigilanza finanziaria non possa essere senza significato rispetto alla configurabilità di una responsabilità delle istituzioni nazionali di vigilanza, non foss'altro per lo sviluppo di *best practices* e conseguente più agevole individuazione di comportamenti carenti,⁸⁵ sia pur nel quadro di competenze che si incrociano tra livello nazionale ed europeo⁸⁶.

Certo è che i precedenti per il momento non paiono segnalare un mutamento di orientamento della Corte di giustizia.

⁸¹ Corte di Giustizia, 16 febbraio 2017, causa C-219/15, *Schmidt*.

⁸² Corte di Giustizia, 12 ottobre 2004, causa C-222/02, *Paul e al.*

⁸³ Corte di Giustizia, 14 marzo 2013, causa C-420/11, *Leth*.

⁸⁴ Corte di Giustizia, 4 luglio 1989, cause riunite 326/86 e 66/88, *Francesconi*.

⁸⁵ PH. ATHANASSIOU, *Bank Supervisors' Liability: a European Perspective*, cit., p. 223 s.

⁸⁶ Si veda in part. M. MANCINI, *La Banking Union: il riparto delle funzioni di regolazione e di vigilanza*, disponibile su [http://www.regolazioneideimercati.it/sites/default/files/Report%20Mancini%20\(Banca%20d'Italia\).pdf](http://www.regolazioneideimercati.it/sites/default/files/Report%20Mancini%20(Banca%20d'Italia).pdf), p. 22 ss.

Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa

di Luca Galli e Margherita Ramajoli ***

ABSTRACT

The paper analyzes the “company rating”, a legal instrument which affects the dynamic of the public procurement market, emphasizing the prospective contractor’s past performances. The rating is a tool introduced by the Italian public procurement code to allow a better evaluation of candidates and their proposals. If not correctly used, it may generate distortions of the access to the acquisition procedure and of the award decisions. The paper identifies an Italian model of “company rating”, only partially inspired by the American one. It is a reward system, relevant both as a selection criterion of the economic operators, and as a contract award criterion. The research examines the potentialities and the limits of this reputational mechanism, within the boundaries of a legal framework which is still in progress, mostly delegated to the Anac guidelines.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Rating reputazionale e diritto dell’Unione europea. – 3. Rating reputazionale e ordinamenti stranieri. – 3.1. Stati Uniti. – 3.2. Francia e Gran Bretagna. – 3.3. L’originalità del modello italiano: la logica del sistema. – 4. Rating solo premiale oppure anche penalizzante? – 5. Rating rilevante solo nella fase di qualificazione delle imprese oppure anche nella fase di valutazione delle offerte? – 6. I requisiti reputazionali tra indici soggettivi e indici oggettivi: reputazione come giudizio soggettivo e diffuso oppure come semplice certificazione di dati oggettivamente verificabili?

1. Premessa

Il codice dei contratti pubblici ha introdotto un nuovo istituto giuridico per consentire una migliore qualificazione dei partecipanti alle gare e delle loro offerte: il rating d’impresa. Per rating d’impresa s’intende un indice di misurazione della reputazione di un operatore economico aspirante aggiudicatario, ottenuto valutando le sue pregresse *performances*.

Il rating d’impresa è stato concepito dal codice come strumento in grado di incidere profondamente sulla dinamica dei mercati degli appalti pubblici, tuttavia non è dato ancora sapere con precisione quali caratteri esso possiede. Questo perché gli elementi decisivi e centrali della sua disciplina sono stati delegati a linee guida Anac non ancora emanate. È questa una scelta normativa che, come si avrà modo di sottolineare in seguito, presenta alcune criticità,

* Il presente contributo è frutto della riflessione congiunta degli Autori; tuttavia a Luca Galli si devono attribuire i paragrafi 3.1 e 3.2, a Margherita Ramajoli i paragrafi 1, 2, 3.3, 4 e 5.

** Lo scritto è destinato anche al *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da Riccardo Villata.

specie perché non risulta sufficientemente rispettosa del principio di legalità.

Allo stato attuale una riflessione su questo istituto deve necessariamente fondarsi sull'abbozzo che ne ha dato il legislatore nel codice prima e nel correttivo poi, con la consapevolezza di essere di fronte a un istituto *in fieri*.

L'istituzione di un sistema di rating d'impresa è prevista dall'art. 83, comma 10, del codice dei contratti. Sempre l'art. 83, comma 10, stabilisce poi che la disciplina del rating (intesa come regolazione e gestione del sistema) è demandata all'Anac, tenuta a definire mediante linee guida sia i requisiti reputazionali su cui si fonda il sistema, sia i criteri di valutazione degli stessi, sia le modalità di rilascio della relativa certificazione.

Nel correttivo al codice (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante Disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) il sistema del rating d'impresa viene confermato, ma la sua disciplina viene in buona parte modificata, o, meglio, "riscritta completamente", per utilizzare l'espressione impiegata dal Consiglio di Stato nel suo parere al correttivo¹.

È interessante notare come la disciplina del rating d'impresa venga cambiata ancora prima di avere trovato concreta attuazione. La disciplina originaria non è mai divenuta operativa per una serie di difficoltà applicative, in punto di certezza del diritto e di semplificazione procedurale e burocratica. Alcune di queste criticità sono state segnalate dall'Anac, che entro il luglio 2016 avrebbe dovuto emanare le menzionate linee guida per la regolazione, certificazione e gestione del sistema di rating. L'Autorità, anziché emanare le sue linee guida (che comunque ora dovranno essere adottate entro 3 mesi dell'entrata in vigore del correttivo), ha invece preferito, proprio a causa delle accennate problematiche, formulare alcune proposte di modifica normativa. Queste ultime, contenute nel suo atto di segnalazione del 1° febbraio 2017, n. 2, sono state in buona parte accolte dal correttivo².

Prima di analizzare nello specifico la configurazione originaria del rating d'impresa e le sue recenti modifiche è opportuno soffermarsi sulla finalità o sulle finalità ad esso assegnate, nonché sul modello o sui modelli d'ispirazione. Con la consapevolezza che alcune delle problematiche presenti nel sistema del rating d'impresa sono state eliminate a seguito delle modifiche apportate dal correttivo, ma altre, di contro, permangono.

Esse conducono ad alcune domande di senso, le quali si affiancano al quesito già sopra sollevato in ordine al rispetto del principio di legalità da parte della disciplina normativa, visto che elementi decisivi di tale disciplina non sono stati fissati dal codice, ma sono stati delegati a linee guida Anac.

In particolare è dubbio se il rating sia in grado di realizzare la sua finalità istituzionale, e cioè aumentare il tasso di efficienza del mercato dei contratti. Esso infatti rischia di portare con sé più problemi di quanti intenda risolvere, aumentando il già ingente contenzioso in materia e imponendo alle stazioni appaltanti e alle imprese ulteriori oneri burocratici non coerenti con il principio di *gold plating*³, trattandosi di istituto non di diretta derivazione europea. Altre criticità riguardano il pericolo di violazione, insito nei meccanismi reputazionali,

¹ Cons. Stato, Commissione speciale, parere 30 marzo 2017, n. 782, p. 67, in www.giustizia-amministrativa.it.

² Anac, segnalazione 1° febbraio 2017, n. 2, recante Proposta di modifica degli articoli 83, comma 10, 84, comma 4 e 95, comma 13, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in www.anticorruzione.it.

³ Ossia il «*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*» (art. 1, comma 1, lett. a), della legge delega).

dei principi del *favor participationis*, di parità tra le imprese e di non discriminazione, con particolare riguardo ai nuovi entranti, alle imprese straniere e alle piccole e medie imprese. Inoltre non è immediato come il rating si coordini con altri strumenti già esistenti di verifica della capacità delle imprese partecipanti alle procedure di gara, quale il rating di legalità; né parimenti è evidente quale sia la portata del termine “reputazione”, che (anche in relazione ad ambiti diversi dalla contrattualità, nei quali pure è utilizzato) sembra privilegiare il giudizio soggettivo e diffuso, sulla base di esperienze ripetute nel tempo, in opposizione alla semplice certificazione di dati oggettivamente verificabili. Infine, sullo sfondo si pone il tema di carattere più generale degli spazi di autonomia contrattuale (o, se si preferisce, di discrezionalità) della stazione appaltante, stretta tra esigenze di flessibilità e di semplificazione, da un lato, ed esigenze di garanzia di un corretto utilizzo delle risorse pubbliche, d'imparzialità, di trasparenza e di lotta alla corruzione, dall'altro.

2. Rating reputazionale e diritto dell'Unione europea

Come accennato, il rating d'impresa è un rating fondato su indici reputazionali che permettono una valutazione e una valorizzazione delle precedenti esperienze maturate dalle imprese che aspirino ad entrare in rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni.

Il codice dei contratti ha attribuito al rating d'impresa un ruolo chiave nel processo di trasformazione del mercato dei contratti pubblici, tentando di riqualificare questo mercato dal lato dell'offerta.

A livello ordinamentale, il rating è strumento inteso ad assicurare che nel mercato regolato dei contratti pubblici operino solamente soggetti affidabili, in maniera tale da contribuire alla realizzazione dell'efficienza del mercato stesso.

Passando dal piano ordinamentale a quello degli attori del mercato, il rating dovrebbe fornire garanzie anticipate alle stazioni appaltanti in ordine al raggiungimento del risultato finale, prevedendo il rischio di una cattiva esecuzione contrattuale. Infatti l'aumento del tasso di efficienza del mercato dei contratti pubblici dipende dall'abbattimento dei costi di transazione connessi non solo all'affidamento del contratto, ma anche all'esecuzione del contratto stesso.

Infine, il rating serve anche alle imprese, come incentivo ad adottare misure virtuose in considerazione degli effetti premiali che ne derivano⁴.

Dunque obiettivo del rating è di ridurre o, almeno, rendere meglio controllabile il rischio di esecuzione, il rischio cioè che l'aggiudicatario non risulti in grado di realizzare l'oggetto del contratto nei tempi e con le caratteristiche richieste. Questa particolare tipologia di rischio si affianca al rischio di prezzo, ossia il pericolo che vi siano distorsioni nella determinazione del prezzo, e al rischio di corruzione, ossia il pericolo che il processo di selezione dell'aggiudicatario venga distorto a favore di un concorrente⁵.

⁴ Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 2-4. Sulle tante funzioni assolte dal rating d'impresa cfr., oltre alla terminata bibliografia straniera citata al paragrafo successivo, anche A. ZITO, *Il rating d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*, in www.giustamm.it.

⁵ L. PROSPERETTI-M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 27 ss., spec. pp. 29-37.

I rischi di esecuzione sono stati tradizionalmente controllati mediante regole *ex ante*, che permettono la partecipazione alla procedura solamente agli operatori economici in possesso di determinate caratteristiche, sotto il profilo della capacità economico-finanziaria e della capacità tecnico-professionale⁶.

In questo contesto finora la *past performance* dell'impresa non era mai stata utilizzata se non nell'ipotesi estrema di escludere da future procedure quelle imprese che avessero commesso errori o negligenze gravi oppure che si fossero comportate in mala fede. In altri termini, l'affidabilità dell'impresa veniva in rilievo esclusivamente in negativo, elencando il legislatore una serie di eventi tali da escludere la sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa stessa. Tuttavia in questa maniera il patrimonio informativo pregresso non era sfruttato in tutte le sue potenzialità⁷.

In questa logica ora il rating d'impresa s'erge a meccanismo che contribuisce al passaggio da un sistema "statico" dei requisiti formali delle imprese, fondato sui "freddi" parametri di fatturato, organico e attrezzature, a un sistema "dinamico" di requisiti sostanziali, di tipo reputazionale⁸.

Del resto, già l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici aveva da tempo suggerito di introdurre criteri reputazionali nella qualificazione delle imprese, dando la possibilità alle stazioni appaltanti di privilegiare quelle imprese che avessero bene effettuato lavori in passato⁹.

L'attuale sistema di rating d'impresa è una creazione originale del nostro codice dei contratti pubblici, dal momento che le direttive europee in materia non prevedono tale istituto.

Nell'ordinamento europeo, prima del 2014 mancava ogni previsione intesa

⁶ Sui (molteplici, invero) scopi della previsione di norme volte a stabilire i requisiti di partecipazione alle gare e sul sistema di qualificazione dei lavori pubblici cfr. G. PESCE, *Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., p. 277 ss.; sui requisiti minimi che devono essere posseduti dagli operatori economici che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica ai sensi della nuova disciplina codicistica cfr. R. PROIETTI, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corriere giur.*, 2016, p. 1041 ss., 1044.

⁷ Si ricordi che il vecchio codice degli appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) all'art. 38, comma 1, lett. f), in tema di requisiti generali di partecipazione, considerava la condotta pregressa degli operatori quale causa ostativa alla partecipazione di future gare (in tal senso si parlava di "reputazione negativa"), mentre l'art. 80 del regolamento di esecuzione al vecchio codice (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), e ancor prima l'art. 19 del regolamento istitutivo del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 8 della legge Merloni (legge 11 febbraio 1994, n. 109), significativamente intitolati *incremento convenzionale premiante*, prevedevano che se l'impresa, oltre al possesso del sistema di qualità, avesse presentato almeno tre dei requisiti ed indici economico-finanziari relativi al patrimonio netto, all'indice di liquidità e all'indice di economicità, avrebbe ottenuto il c.d. "incremento figurativo". Suggestivano una forma sperimentale di rating delle imprese esecutrici di lavori pubblici, sulla base dei dati già in possesso dell'Osservatorio dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 8, comma 6, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, N. PARISI-M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'A.N.AC. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, p. 419 ss.

⁸ Così Cons. Stato, Commissione speciale, parere 1° aprile 2016, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it. Invero il parere del Consiglio di Stato non si sofferma specificamente sul rating d'impresa, ma svolge qualche considerazione di massima in ordine alla materia dei requisiti morali e di capacità tecnica e economica, la quale "ha sinora avuto una disciplina complessa, che ha storicamente costituito una importante percentuale del contenzioso sugli appalti pubblici". Qui s'inserisce il rilievo sul passaggio da un sistema statico di requisiti formali a uno dinamico di requisiti sostanziali di tipo reputazionale, "ponendo le premesse per una revisione del sistema di qualificazione incentrato sulle SOA".

⁹ In tal senso cfr. G. BRIENZA, *Utilizzo dei criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

ad introdurre indici reputazionali degli operatori economici. Il diritto dell'Unione europea è stato fin da subito interessato a rendere trasparente il processo di selezione degli aggiudicatari e a garantire un'uguaglianza di trattamento alle imprese, piuttosto che a valutare i requisiti di accesso e le condotte delle stesse imprese.

Si inizia formalmente a discutere di *past performances* delle imprese con il *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy* del 2011. Tale documento, da un lato, sottolineava come le direttive allora vigenti non prevedessero strumenti adatti a tener conto delle esperienze maturate nel passato dagli offerenti, dall'altro, evidenziava i possibili rischi di pratiche discriminatorie insite nella valorizzazione di criteri reputazionali, principalmente in relazione ai soggetti di recente ingresso nel mercato, privi di esperienza o dotati di esperienza inferiore a quella di operatori attivi già in precedenza¹⁰.

Sullo sfondo vi è la questione del rischio di commistione tra elementi soggettivi attenenti alla fase di qualificazione dell'impresa ed elementi oggettivi riguardanti invece la fase di valutazione qualitativa delle offerte ai fini dell'aggiudicazione. L'individuazione dei soggetti da ammettere alla procedura e la valutazione delle offerte costituiscono, infatti, due momenti distinti; il primo è diretto all'individuazione dei soggetti idonei ad eseguire la prestazione, il secondo è invece diretto all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In proposito la Corte di giustizia, prima dell'entrata in vigore della direttiva 2014/24/UE, aveva ritenuto che, se è vero che, «*in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri che possono essere applicati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono tassativamente elencati*» e quindi spetta alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri che esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, tuttavia «*tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa*»; di conseguenza «*sono esclusi come criteri di aggiudicazione criteri che non siano diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi*»¹¹.

Deve comunque essere osservato che la giurisprudenza italiana, ancora prima dell'entrata in vigore della nuova direttiva, «*pur dando continuità e riconfermando il fondamento del principio del divieto di commistione tra requisiti soggettivi dell'offerente e requisiti oggettivi dell'offerta*», aveva assunto una posizione maggiormente flessibile in materia, aprendo agli elementi soggettivi nella valutazione delle offerte (nel caso di specie, al *curriculum* del team di lavoro dell'impresa)¹².

¹⁰ «A broad majority of respondents from all stakeholder groups consider that the Directive should explicitly allow contracting authorities to take into account their previous experience with one or several bidders. Again, respondents are aware of the risks and drawbacks of such a suggestion: some critical answers are cautioning against the danger of favouritism and discrimination while others are proposing safeguards to ensure a fair and objective assessment, such as the requirement of a measurable and objective performance control system (to avoid subjective blacklisting), judicial protection and possibly a cap for the weighting of the relevant criterion, to keep the market open for newcomers» (cfr. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf).

¹¹ Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, causa 532/06, *Emm. G. Lianakis AE*, punti 29 e 30; 19 giugno 2003, causa 315/01, *GAT*, punti 63-64; 17 settembre 2002, causa 513/99, *Concordia Bus Finland*, punti 54 e 59; 18 ottobre 2001, causa 19/00, *SIAC Construction*, punti 35 e 36; 20 settembre 1988, causa 31/87, *Bentjées*, punto 19.

¹² Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970; ma cfr. altresì *Id.*, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191. Vedasi altresì la determinazione Avcp, 24 novembre 2011, n. 7, e la giurispru-

Attualmente l'art. 58, comma 4, direttiva 2014/24/UE, sui criteri di selezione relativi alle capacità tecniche e professionali delle imprese, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. In particolare, le stazioni appaltanti possono esigere che «*gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza*»¹³.

Per quanto riguarda invece i criteri di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea prevede la possibile rilevanza della «*esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto*», ma solo «*qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto*» (art. 67, comma 2, direttiva 2014/24/UE)¹⁴.

Altro non è disposto a livello normativo europeo.

3. Rating reputazionale e ordinamenti stranieri

Occorre dunque verificare se il legislatore nazionale abbia tratto ispirazione da qualche modello preesistente di rating reputazionale e in quale misura abbia eventualmente fatte proprie le caratteristiche del modello.

3.1. Stati Uniti

L'ordinamento statunitense è stata sicura fonte di ispirazione dell'evoluzione avvenuta a livello europeo in materia di rilevanza della "reputazione professionale" delle imprese partecipanti alle gare pubbliche.

Ivi, oramai da più di vent'anni, le *past performances* hanno assunto il ruolo di criterio di valutazione fondamentale delle offerte, in quanto ritenute corretto indicatore delle *future performances* delle imprese stesse. Tale convinzione si è concretizzata nell'ambito delle riforme degli anni '90 del secolo scorso, volte all'adeguamento dell'amministrazione statunitense alle dinamiche imprenditoriali e di mercato, nell'ottica di incrementarne efficienza ed economicità¹⁵.

Pertanto, conformemente al senso comune e alle applicazioni che esse trovano nella contrattualistica privata, anche in relazione alla disciplina dei contratti

denza ivi richiamata in relazione all'ammissibilità, in sede di valutazione delle offerte, di criteri soggettivi attinenti all'esperienza degli offerenti.

¹³ Fermo restando che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora quest'ultimo «*ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili*» (art. 57, comma 4, lett. g).

¹⁴ Disposizione recepita nel nostro ordinamento all'art. 95, comma 6, lett e) del codice, che contempla fra i criteri di selezione proprio «*l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto*».

¹⁵ Vedasi in tal senso, A. GORE, *Vice President's Report of the National Performance Review, Creating a Government That Works Better and Costs Less* (Sept. 7, 1993). In dottrina, S. KELMAN, *Buying Commercial*, in 27 *Pub. Cont. L.J.*, p. 249 ss. (1998).

pubblici si è ritenuto verosimile che un contraente con esperienze professionali solide esegua in modo soddisfacente i futuri contratti ¹⁶.

Ancora, l'utilizzo della *past performance* come criterio di selezione è stato considerato uno strumento idoneo a motivare i contraenti a comportarsi diligentemente, potendo una cattiva esecuzione rivelarsi causa della mancata aggiudicazione di appalti futuri.

Da ultimo, ulteriore vantaggio ravvisato è stato quello di consentire alle amministrazioni di fondarsi su dati reali e concreti ai fini della scelta del contraente, non basandosi solamente su proposte tecnico-economiche spesso complesse e lontane dalle reali capacità degli offerenti ¹⁷.

Dal punto di vista dell'evoluzione storico-normativa ¹⁸, l'utilizzo delle *past performances* nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici risale a prima del formale riconoscimento del loro ruolo tramite le summenzionate riforme. Inizialmente, le condotte tenute in relazione ai precedenti contratti potevano assumere rilevanza solo nell'ambito della *responsibility determination*, ossia una valutazione svolta dal *contracting officer* dell'amministrazione aggiudicatrice relativa alla capacità dell'offerente di eseguire correttamente il contratto oggetto della gara, ove fossero tenute in considerazione le risorse finanziarie, organizzative, tecniche ed esperienziali dell'impresa stessa ¹⁹.

Di *past performance* come criterio di selezione delle offerte si è concretamente incominciato a parlare grazie all'intervento dell'*Office of Federal Procurement Policy* (OFPP) ²⁰, tramite la *Policy Letter 92-5* del 30 dicembre 1992. Con essa, il suddetto ufficio fissava nuove linee di indirizzo per i *Federal Departments* e le *Agencies*, volte a migliorare le condotte dei contraenti negli appalti pubblici tramite l'enfaticizzazione delle loro prestazioni passate, nella fase di aggiudicazione. In tal senso, si suggeriva alle *Executive Agencies* di preparare valutazioni delle *performances* dei contraenti per gli appalti superiori alla soglia dei \$100.000, così come, sempre per i medesimi contratti, di tenere in considerazione le *past performances* ai fini della loro aggiudicazione.

I passaggi successivi furono quelli della ratifica da parte del Congresso della stessa *Policy Letter 92-5* tramite l'inclusione di quanto da essa previsto nel *Federal Acquisition Streamlining Act* (FASA) del 1994 e l'adozione nel maggio 1995, sempre da parte dell'OFPP, di una guida concernente le *best practices* relative all'utilizzo delle *past performances* ²¹.

¹⁶ Vedasi J.C. GUERRERO-C.J. KIRKPATRICK, *Evaluating contractor past performance in the United States*, in *Public Procurement Law Review*, p. 244 (2001) e S. KELMAN, *Past Performance: Becoming Part of the Solution*, in *30 Procurement Law*, p. 12 (1994-1995).

¹⁷ In tal senso, N. CAUSEY, *Past Performance Information, De facto Debarments, and the Due Process: Debunking the Myth of Pandora's Box*, in *29 Pub. Cont. L.J.*, p. 639 (1999-2000).

¹⁸ Vedasi N. CAUSEY, *Past Performance Information*, cit., p. 645 ss.; W.W. GOODRICH JR., *Past performance as an evaluation factor in public contract source selection*, in *47 Amm. U. L. Rev.*, p. 1544 ss. (1997-1998); J.C. GUERRERO-C.J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 247 ss.; K.R. HEIFETZ, *Striking a balance between Government efficiency and fairness to contractors: past performance evaluations in Government contracts*, in *50 Admin. L. Rev.*, p. 235 ss. (1998).

¹⁹ Si tenga presente che la *past performance* è tuttora rilevante anche nell'ambito della *responsibility determination*. Vedasi, FAR § 9.104-1.

²⁰ Ai sensi del Title 41, Chapter 7, Sec. 405, United State Code (U.S.C.), l'OFPP è un ufficio federale che si occupa di «*provide overall direction of procurement policy and leadership in the development of procurement systems of the executive agencies*».

²¹ OFPP, *A guide to best practices for past performances*, (May 1995), seguita da OFPP, *Best practices for collecting and using current and past performance information*, (May 2000).

Fase finale del riconoscimento normativo del ruolo delle *past performances* fu la modifica del *Federal Acquisition Regulation (FAR)*, sempre nel 1995²², così da dettare una disciplina specifica circa le modalità di raccolta e uso di questo nuovo indice di valutazione delle offerte.

Chiarite le fondamentali coordinate normative, non resta che ricercare al loro interno una definizione di *past performance*, così da comprendere l'effettiva portata di tale istituto e la sua assimilabilità a un rating reputazionale. Guardando all'ultima delle citate disposizioni, la quale detta ad oggi la disciplina di riferimento in materia, bisogna dare atto di come manchi nel FAR una definizione fra i principi generali. Ad ogni modo, nella *Part 42*, concernente la raccolta dei dati relativi all'esecuzione dei contratti, si fornisce una descrizione di *past performance* sufficientemente ampia, tale da permetterne l'applicazione in relazione a tutti i momenti in cui essa assume rilevanza nell'ambito dei contratti pubblici. Ai sensi del FAR § 42.1501, per *past performances* si intendono le «*relevant information, for future source selection purposes, regarding a contractor's actions under previously awarded contracts. It includes, for example, the contractor's record of forecasting and controlling costs; the contractor's adherence to contract schedules, including the administrative aspects of performance; the contractor's history of reasonable and cooperative behavior and commitment to customer satisfaction; and generally, the contractor's business-like concern for the interest of the customer*»²³. Dunque, ai fini della valutazione delle prestazioni relative a precedenti contratti bisogna tenere conto di elementi quali il rispetto di costi e tempistiche prefissate, la capacità di collaborare con il "consumatore", di soddisfare le sue aspettative nonché di prestare attenzione ai suoi interessi.

Da questa definizione discende poi la distinzione tra *past performance* e *prior experience*, la quale può costituire a sua volta ulteriore criterio di valutazione delle offerte. Se entrambe concernono le esperienze passate dell'offerente, la *prior experience* si riferisce al semplice fatto che il soggetto partecipante alla gara abbia già eseguito contratti pubblici o, in ogni caso, contratti rilevanti ai fini della sua esperienza in relazione all'oggetto della gara stessa. Dall'altro lato, la *past performance* fa riferimento alla "qualità" di queste prestazioni, più che alla loro mera esistenza²⁴. Da ciò traspare, quindi, la natura reputazionale dell'indice in questione.

Guardando alle previsioni normative in concreto, due sono i momenti fondamentali in cui la *past performance* è oggetto di disciplina: uno relativo alla fase di aggiudicazione, ove ricopre principalmente il ruolo di criterio di valutazione delle offerte, e uno alla fase di esecuzione del contratto, quale informazioni da raccogliere così da poter essere valutate in vista di gare d'appalto future.

Partendo da quest'ultimo aspetto, come anticipato, la *Part 42* del FAR fissa le regole e le procedure che devono essere seguite da un'amministrazione per la raccolta e la valutazione dei dati circa le condotte tenute dal contraente privato nell'ambito dell'esecuzione di un contratto pubblico, stipulato con l'*Agency* stessa. In tal modo si danno luogo a giudizi che assumono rilievo, come

²² La modifica fu disposta dal *FAR Council* tramite la *Federal Acquisition Circular (FAC)* 90-26 del 31 marzo 1995.

²³ Si noti come una definizione analoga veniva già elaborata, in via generale, tramite la precedente *OFPP Policy Letter* n. 92-5.

²⁴ N. CAUSEY, *Past Performance Information*, cit., p. 641 ss.

vedremo a breve, quali indici di *past performance* nelle successive procedure a evidenza pubblica cui il privato prenderà parte.

Ai sensi del FAR, le *Agencies* sono tenute a formulare i suddetti giudizi per tutti i contratti di valore eccedente i \$150.000 (c.d. *simplified acquisition threshold*), con cadenza almeno annuale, salvo l'obbligo di redigere una valutazione conclusiva, una volta giunti a piena esecuzione del contratto²⁵. I giudizi devono poi essere sottoposti al contraente, cui sono concessi quattordici giorni di tempo per formulare commenti o presentare informazioni aggiuntive. In caso di disaccordo sulla valutazione delle *performances*, è attribuita al privato la possibilità di presentare "ricorso gerarchico" interno all'amministrazione²⁶, cui in ogni caso è rimessa la decisione finale circa il giudizio in questione. Ad ogni modo, tanto i commenti quanto gli esiti della *review* andranno a formare un allegato necessario del giudizio, così da acquisire automaticamente rilievo qualora esso diventi oggetto di valutazione in successive procedure d'appalto²⁷.

L'amministrazione, ai fini della determinazione del livello delle *performances*, deve tenere in considerazione almeno sei fattori: «(i) *Technical (quality of product or service)*; (ii) *Cost control (not applicable for firm-fixed-price or fixed-price with economic price adjustment arrangements)*; (iii) *Schedule/timeliness*; (iv) *Management or business relations*; (v) *Small business subcontracting* (vi) *Other (as applicable) (e.g., late or nonpayment to subcontractors, trafficking violations, tax delinquency, failure to report in accordance with contract terms and conditions, defective cost or pricing data, terminations)*»²⁸. Ogni fattore, poi, deve ricevere una valutazione conforme al «*five scale rating system*» previsto e specificato nel FAR: "exceptional, very good, satisfactory, marginal, and unsatisfactory"²⁹.

Le *Agencies* devono infine caricare questi giudizi, tramite appositi sistemi informatici³⁰, in un'unica banca dati nazionale (*Past Performance Information Retrieval System* – PPIRS), dove saranno conservate per non più di tre anni dalla piena esecuzione del contratto, così da essere direttamente consultabili da tutte le amministrazioni chiamate a considerare la *past performance* dei privati quale criterio di selezione in successive procedure a evidenza pubblica³¹.

Passando all'altro "momento di rilevanza" della *past performance*, relativo alla fase di aggiudicazione (*Part 15* del FAR), essa ivi svolge il ruolo di criterio di selezione dell'offerta per tutte le *negotiated competitive acquisitions* che superano la soglia dei \$150.000³². Tale valutazione può essere esclusa solo

²⁵ FAR § 42.1502 (a).

²⁶ «*Agencies shall provide for review at a level above the contracting officer to consider disagreements between the parties regarding the evaluation*» (cfr. FAR § 42.1503 (d)).

²⁷ FAR § 42.1503 (d).

²⁸ Cfr. FAR § 42.1503 (b) (2). La OFPP, *Best practices*, cit., fa invece riferimento a soli quattro fattori: *quality, cost control, timeliness, business relations*.

²⁹ FAR § 42.1503 (b) (4), come specificato nelle successive tabelle 42-1 e 42-2.

³⁰ Il FAR fa esplicito riferimento al *Contractor Performance Assessment Reporting System* (CPARS). Sull'esistenza di una pluralità di sistemi di raccolta, vedasi United States Government Accountability Office (GAO), report. n. GAO-09-374, *Report to Congressional Requesters, Better Performance Information Needed to Support Agency Contract Award Decisions*, p. 7 ss. (April 2009), reperibile all'indirizzo <http://www.gao.gov/new.items/d09374.pdf>.

³¹ FAR § 42.1503 (f).

³² FAR § 15.304 (c) (3) (i).

laddove il *contracting officer* dimostri come essa si riveli inappropriata per il contratto in questione³³.

Nello specifico, la valutazione concernerà non soltanto i precedenti contratti pubblici (*Federal, state and local government contracts*), ma anche i contratti interprivati di cui il concorrente è risultato aggiudicatario, spettando *in primis* a quest'ultimo la loro indicazione nell'ambito dell'offerta, senza che però ciò limiti la possibilità dell'amministrazione di procedere alla verifica di tali informazioni nonché di ricercare dati ulteriori e differenti circa le *past performances*³⁴. L'amministrazione dovrà tenere conto della rilevanza delle informazioni, della loro fonte, del contesto in cui sono stati raccolti i dati e dell'andamento generale delle *performances* dell'offerente, cui dev'essere concessa la possibilità di commentare le eventuali difficoltà emerse in relazione agli stessi contratti, sin dal momento della presentazione dell'offerta³⁵.

Quanto al "peso" della *past performance* in relazione agli altri criteri di aggiudicazione, pur in assenza di un'esplicita presa di posizione al riguardo nel FAR, l'*OFPP Guide* raccomanda di attribuirle una rilevanza pari a quella assegnata agli altri fattori, differenti dal prezzo³⁶, tenuti in considerazione dall'amministrazione appaltante, consigliando, in generale, un peso pari o superiore al 25% della valutazione complessiva³⁷.

Inoltre, ai fini di prevenire una possibile discriminazione nei confronti dei soggetti di recente ingresso nel mercato, è lo stesso FAR a prevedere che, in caso di offerente privo del tutto di *past performances* o di *past performances* rilevanti ai fini del contratto oggetto della procedura, egli non potrà essere valutato né favorevolmente né sfavorevolmente in relazione alla *past performance*³⁸.

Ancora, il FAR § 15.306 disciplina le possibilità di comunicazione tra offerente e amministrazione nelle varie fasi della procedura, anche in relazione alla *past performance*, così da fornire chiarimenti in relazione a eventuali valutazioni negative riguardo alle quali il concorrente non ha ancora avuto l'opportunità di esprimersi³⁹.

³³ FAR § 15.304 (c) (3) (iii).

³⁴ Assume rilievo, in questa sede, la possibilità delle amministrazioni di consultare il PPIRS, tanto a verifica delle informazioni fornite dal privato, quanto per ricercarne ulteriori. Oltre all'accesso alla banca dati, le *Agencies* possono acquisire indicazioni sulle *past performances* degli offerenti mediante ulteriori strumenti, quali ad esempio interviste (anche telefoniche) e questionari rivolti alle precedenti controparti contrattuali, pubbliche o private.

³⁵ FAR § 15.305 (a) (2) (i) e (ii).

³⁶ Quanto ai criteri di aggiudicazione diversi dal prezzo, ulteriori rispetto alla *past performance*, il FAR § 15.304 (2) richiama «*compliance with solicitation requirements, technical excellence, management capability, personnel qualifications, and prior experience*».

³⁷ Vedasi OFPP, *Best practices*, cit., ma anche U.S. General Services Administration, *White Paper: Past performance* (December 1997).

³⁸ FAR § 15.305 (a) (2) (iv).

³⁹ Si considerino, prima di tutto, le informazioni raccolte dall'amministrazione in aggiunta a quelle fornite dal privato. Il FAR § 15.306 distingue fra "*clarifications*", "*communications*" e "*discussions*". La possibilità di presentare le prime è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, qualora essa abbia scelto di procedere all'aggiudicazione senza previamente limitare il numero dei concorrenti (c.d. "*establishment of the competitive range*"). Qualora, invece, l'amministrazione decida di restringere fin da subito il numero di partecipanti alla gara, limitando la competizione alle sole "*most highly rated proposals*", deve essere concessa la possibilità di presentare *communications*, prima della fissazione del *competitive range*, ai soggetti la cui inclusione nel *range* sia ancora incerta. Successivamente alla fissazione del *competitive range*, possono invece svolgersi le *discussions*, necessariamente indirizzate a tutti i soggetti seleziona-

Ad ogni modo, avverso una valutazione della *past performance* ritenuta non congrua, l'offerente può esperire gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento statunitense in relazione alle procedure a evidenza pubblica. Oltre ai ricorsi giurisdizionali interni alla pubblica amministrazione aggiudicatrice, sono accordate tutele giurisdizionali – presso la *Court of Federal Claims* – e paragiurisdizionali – innanzi al *Government Accounting Office (GAO)*⁴⁰.

Inquadri i tratti salienti dell'istituto, non può non darsi atto di come, anche nell'ordinamento statunitense, l'utilizzo della reputazione professionale non sia esente da incertezze, critiche e problematiche.

Sin dal *White Paper* sulla *past performance* del 1997⁴¹ si sono evidenziate criticità quali il carattere altamente soggettivo dei giudizi forniti dalle singole amministrazioni sulle prestazioni dei privati nell'esecuzione dei contratti pubblici, così come il problema della discriminazione dei soggetti di recente ingresso sul mercato, privi di precedenti esperienze, ma per ciò non necessariamente incapaci di eseguire con maggiore successo il contratto oggetto della procedura.

Quest'ultimo tema è stato ampiamente dibattuto, considerate le incertezze generate dal testo del FAR laddove afferma che *"In the case of an offeror without a record of relevant past performance or for whom information on past performance is not available, the offeror may not be evaluated favorably or unfavorably on past performance"*⁴². Non è chiaro, ad esempio, se i termini *favorably* e *unfavorably* abbiano valore assoluto o relativo, ossia se impongano una valutazione "media" in relazione al "punteggio" astrattamente attribuibile alla *past performance* (es.: da 0 a 10 punti, quindi 5 punti per l'offerente privo di esperienza) o in relazione ai punteggi concretamente attribuiti ai concorrenti nella singola procedura (es.: concorrente con il minor punteggio per la performance: 0 punti; concorrente con il maggior punteggio: 8 punti; punteggio del concorrente privo di esperienza: 4 punti). Le stesse decisioni del GAO hanno sempre riconosciuto ampia discrezionalità alle *Agencies* in materia di valutazione delle *new firms*⁴³.

ti, nell'ambito delle quali gli offerenti, oltre a poter fornire chiarimenti in relazione ai vari elementi della propria offerta, possono anche modificarla e condurre ulteriori negoziati con l'amministrazione. In materia si rimanda a S. SUBRAMANIAN, *The Implication of the FAR Rewrite for Meaningful Discussions of Past Performance*, in 26 *Pub. Cont. L.J.*, p. 445 ss. (1996-1997).

⁴⁰ Il U.S. Government Accountability Office è un'Agency indipendente che, in materia di *bid protests*, fornisce raccomandazioni non vincolanti circa la conformità delle condotte delle amministrazioni a «*statute and regulation*». Gli incentivi al ricorso a tale forma di risoluzione delle controversie sono dati dalla maggiore celerità del giudizio e dai minori costi, considerata la possibilità di presentare una *protest* anche senza l'assistenza di un avvocato. In caso di mancato adeguamento a una *recommendation* del GAO, l'amministrazione inadempiente è oggetto di segnalazione al Congresso. In materia di tutele avverso le valutazioni della *past performance* si rimanda a J.C. GUERRERO-C.J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 250 ss. e J. CIBINIC, JR.-R.C. NASH, JR., *Formation of Government Contracts*, Washington, 1998, p. 1492 ss. e 1524 ss. Per un approfondimento sulla tutela paragiurisdizionale fornita dal GAO, vedasi U.S. Government Accountability Office, *Bid Protests at GAO: A Descriptive Guide*, reperibile all'indirizzo: <https://www.gao.gov/assets/210/203631.pdf>. Quanto a una disamina delle principali controversie instaurate innanzi al GAO in tema di *past performance*, vedasi N. CAUSEY, *Contractor Challenges to the Government's Evaluation of Past Performance During the Source-Selection Process: "Thou Protesteth Too Much?"*, in 2002 *Army Law*, p. 25 ss. (2002).

⁴¹ U.S. General Services Administration, *White Paper: Past performance* (dicembre 1997).

⁴² FAR § 15.305 (a) (2) (iv).

⁴³ Per una puntuale disamina del problema e delle decisioni del GAO, si rimanda a F. KUSHNIR, *Evaluating offerors without past performance information: the good, the bad and the neutral*, in 35 *Pub. Cont. L.J.*, p. 317 ss. (2005-2006). Vedasi anche il report GAO n. 12-102R, spe-

Tra gli altri problemi, si è lamentata: l'ampia discrezionalità delle amministrazioni nell'individuare quali tra i contratti precedentemente eseguiti dagli offerenti ritenere rilevanti ai fini dell'aggiudicazione⁴⁴; la tendenza delle *Agencies* a limitare le possibilità di chiarimento degli offerenti in relazione a precedenti giudizi negativi sulla *past performance*⁴⁵; il rischio che giudizi negativi in materia di *performance* possano costituire un'ipotesi di esclusione di fatto dai contratti pubblici (c.d. *de facto debarment*), sfornita delle tutele garantite in relazione ai motivi di esclusione normativamente previsti (c.d. *de jure debarment*)⁴⁶. Non può infine trascurarsi la più volte riscontrata distanza tra le previsioni normative, che esaltano il ruolo della *past performance*, e la realtà dei fatti, per cui i *contracting officers* fanno spesso limitato ricorso a tale criterio di selezione, a fronte della scarsa qualità e affidabilità delle informazioni in materia di *performance*, anche tra quelle direttamente reperibili nei *database* pubblici⁴⁷.

3.2. Francia e Gran Bretagna

Volgendo ora lo sguardo ad altri ordinamenti europei, è possibile osservare come essi si siano maggiormente attenuti al testo delle direttive, limitando la portata creativa delle norme di recepimento anche in relazione alla rilevanza da attribuire alla *past performance* nelle procedure a evidenza pubblica⁴⁸.

Sarà quindi brevemente presa in considerazione la disciplina formulata a riguardo negli ordinamenti francese e britannico.

a) La Francia, con l'*Ordonnance n. 2015-899 du 23 juillet 2015*, ha riformato l'intera materia dei contratti pubblici, sinteticamente recependo quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE. L'art. 51 di tale testo normativo, di fatto confermando quanto già previsto nell'art. 52 del precedente *Code des marchés publics*, ribadisce come la selezione dei candidati debba tenere conto anche delle loro capacità professionali⁴⁹.

Ai presenti fini, poi, assume particolare rilievo il *Décret n. 2016-360 du 25 mars 2016*, attuativo della summenzionata ordinanza. Con il suo art. 44, specificando l'art. 51 ultimo citato, si è confermata la possibilità per l'amministra-

cificamente dedicato alla questione, che indica una pluralità di strumenti utili a favorire l'ingresso nel mercato delle *new firms*.

⁴⁴ W.T. WOODS, *Past Performance: Rules Continue to Develop*, in 34 *Procurement Law*, p. 20 ss. (1998-1999); K.R. HEIFETZ, *op. cit.*, p. 242 ss.

⁴⁵ K.R. HEIFETZ, *op. cit.*, p. 245 ss.

⁴⁶ In materia, N. CAUSEY, *Past Performance Information*, cit., p. 668 ss. e G.M. COBURN, *Unfavorable Past Performance Determinations as De Facto Debarments*, in 31 *Procurement Law*, p. 26 ss. (1995-1996).

⁴⁷ E.M. SINGER, *Competitive Public Contracts*, in 102 *Va. L. Rev.*, 1321 (2016). Nello specifico, vedasi anche P.H. WHITE, *You Can Never Be Too Careful About Past Performance Evaluations: How One Company's Excellent Past Performance Record Was "Misinterpreted" by the Agency*, in 35 *Procurement Law*, p. 5 ss. (1999-2000), e GAO report n. GAO-09-374, *Report to Congressional Requesters*, cit.

⁴⁸ In tema cfr. L. CASTELLANI-F. DECAROLIS, *Appalti pubblici: quanto conta il passato delle imprese*, in *www.lavoce.info*.

⁴⁹ Art. 51, comma I, *Ordonnance n. 2015-899*: «*Les acheteurs ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution*».

zione aggiudicatrice di pretendere che i candidati abbiano un livello di esperienza sufficiente, comprovato attraverso «*références adéquates provenant de marchés publics exécutés antérieurement*», il tutto in piena corrispondenza con quanto sancito dal già menzionato art. 58, direttiva 2014/24/UE.

I candidati che vogliono provare le proprie precedenti esperienze sono quindi chiamati ad allegare all'offerta una lista dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni, accompagnata dalle attestazioni di buona esecuzione per i lavori più importanti⁵⁰.

D'altro canto, l'esigenza che il rilievo attribuito alle precedenti esperienze non pregiudichi i principi di non discriminazione e di piena tutela della libera concorrenza si è concretizzata nell'esplicita previsione per cui l'assenza di riferimenti a contratti pubblici precedentemente eseguiti non possa di per sé giustificare l'eliminazione del candidato⁵¹.

Guardando invece alla valutazione delle offerte, tanto l'art. 52, *Ordonnance n. 2015-899* quanto il relativo art. 62, *Décret n. 2016-360* non fanno esplicito riferimento alle *past performances* delle imprese private ma, riproducendo quanto disposto dallo stesso art. 67, direttiva 2014/24/UE, si limitano a richiamare l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la sua qualità possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione del contratto stesso⁵². Ciò non toglie che, subito di seguito, il *Décret n. 2016-360* introduca una previsione a fattispecie aperta, ammettendo che altri e non specificati criteri di aggiudicazione potranno essere tenuti in considerazione se giustificati dall'oggetto del contratto pubblico o dalle sue condizioni di esecuzione.

È opportuno fare presente, a questo punto, come ai sensi dell'art. 48, comma I, *Ordonnance n. 2015-899*, in piena rispondenza alle previsioni dell'art. 57, direttiva 2014/24/UE, le carenze gravi o persistenti nell'esecuzione di un contratto pubblico o di una concessione, verificatesi nei tre anni precedenti, possono rilevare quale causa di esclusione facoltativa dell'offerente⁵³.

⁵⁰ In tal senso, art. 3, comma I, n. 1, *Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics* del Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique. Lo stesso articolo fa salva la possibilità di considerare anche contratti antecedenti ai cinque anni, qualora ciò sia necessario ai fini di garantire un livello di concorrenza adeguato.

⁵¹ Art. 44, comma IV, *Décret n. 2016-360*: «*L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés publics exécutés antérieurement. Toutefois, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés publics de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat*». In realtà, l'illegittimità di un'esclusione fondata sulla sola mancanza di esperienze precedenti è stata affermata dal Conseil d'Etat già in vigore del precedente *Code des marchés publics* (CE, 17 juin 2015, "société Philip Frères", n. 388596: «*le pouvoir adjudicateur ne peut se borner à constater, pour apprécier si une candidature est recevable, que le candidat ne produit pas de références portant sur des marchés analogues*»).

⁵² Art. 62, comma II, lett. c), *Décret n. 2016-360*: tra i criteri adottabili dall'amministrazione aggiudicatrice, figura anche «*l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public*».

⁵³ Art. 48, comma I, *Ordonnance n. 2015-899*: «*I. – Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public: 1° Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur*». Analoga indicazione si ritrova anche fra i motivi di esclusione previsti dall'art. 80, d.lgs. n. 50/2016, con la "sola" differenza che il comma 5 qualifica le carenze nell'esecuzione di un contratto pubblico come motivo di esclusione necessario («*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione ...*») e non facoltativo.

Tale esplicita previsione non fa altro che confermare quanto ritenuto già implicitamente disposto, dalla giurisprudenza, nell'art. 52, comma I, del vecchio *Code des marchés publics*, in relazione alla verifica delle capacità professionali degli offerenti. Dopo aver affermato per la prima volta questa facoltà⁵⁴, i giudici amministrativi e le amministrazioni francesi l'hanno più volte specificata e limitata. L'esclusione, infatti, non può fondarsi solamente sulle carenze nell'esecuzione di contratti antecedenti, dovendo l'amministrazione appaltante dimostrare che le mancanze siano tali da mettere in dubbio la reale capacità del candidato di eseguire in maniera soddisfacente il contratto oggetto della procedura. In poche parole, l'amministrazione non può aprioristicamente escludere il candidato, ma deve comunque analizzarne l'offerta, così da verificare che non vi siano stati cambiamenti (investimenti, riorganizzazioni, assunzione di nuovo personale) o, in ogni caso, non vi siano altri elementi idonei a compensare le precedenti carenze⁵⁵.

L'aver normativamente riconosciuto, con le riforme del 2015, tale possibilità di esclusione non ha comunque comportato il venir meno dei limiti appena esposti, considerato come l'art. 48, comma II, *Ordonnance n. 2015-899* ribadisce altrettanto espressamente che il concorrente non possa essere escluso senza che gli sia data la possibilità di dimostrare le sue attuali e piene professionalità e affidabilità⁵⁶.

b) Infine, analoghe considerazioni possono essere mosse anche riguardo al modello britannico.

The Public Contracts Regulations 2015, n. 102, infatti, si sono limitate a riprodurre pedissequamente i contenuti della direttiva 2014/24/UE.

Pertanto, l'art. 58 delle *Regulations* prevede a sua volta che, in relazione alla qualificazione tecnico-professionale dei candidati, le amministrazioni possano richiedere l'indicazione dei contratti precedentemente eseguiti, a riprova del sufficiente livello di esperienza del privato⁵⁷.

Allo stesso modo, nei criteri di aggiudicazione si fa solo riferimento all'esperienza del personale⁵⁸, mentre carenze gravi o persistenti nell'esecuzione

⁵⁴ Conseil d'Etat, 27 febbraio 1987, n. 61402.

⁵⁵ In tal senso Ministère de l'Intérieur, *Réponse ministérielle*, 26 marzo 2013, n. 16045. In giurisprudenza, Conseil d'Etat, 10 giugno 2009, n. 334153; Cour administrative d'appel de Nantes, 4 dicembre 2009, n. 09NT00400; Conseil d'Etat, 1 marzo 2012, n. 354159; Cour administrative d'appel de Versailles, 10 ottobre 2013, n. 12VE00585.

⁵⁶ Art. 48, comma II, *Ordonnance n. 2015-899*: «Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement».

⁵⁷ Art. 58, comma 16, *The Public Contracts Regulations 2015*, n. 102: «Contracting authorities may require, in particular, that economic operators have a sufficient level of experience demonstrated by suitable references from contracts performed in the past». Quanto ai mezzi di prova della *past performance*, l'art. 60 delle *Regulations* richiama sempre la già menzionata lista dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni, accompagnata dai certificati di corretta esecuzione per i lavori più importanti, analogamente a quanto previsto nell'allegato XII, parte II, direttiva 2014/24/UE e nell'art. 3, comma I, n. 1, *Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics*, ma non dal d.lgs. n. 50/2016, dove il riferimento ai singoli contratti è sostituito dall'unico indice del rating d'impresa.

⁵⁸ Art. 67, comma 3, lett. b), *The Public Contracts Regulations 2015*, n. 102: «... organisation, qualification and experience of staff assigned to performing the contract, where the quality of the staff assigned can have a significant impact on the level of performance of the contract».

di un contratto pubblico o di una concessione costituiscono una causa di esclusione facoltativa⁵⁹.

Di maggiore interesse è la *Procurement Policy Note 25 March 2015, n. 4* del *Cabinet office* e del *Crown Commercial Service*, volta a dare concretizzazione alle previsioni in materia di valutazione della *past performance*⁶⁰. Con essa si disciplinano i criteri di valutazione delle esperienze professionali ai fini della qualificazione degli offerenti (*Part A*), nonché gli obblighi di rilascio di certificati e di raccolta di informazioni delle singole amministrazioni, rispettivamente in relazione all'esecuzione dei contratti pubblici o allo svolgimento di procedure concorsuali volte alla loro aggiudicazione (*Part B*).

L'ambito soggettivo della *Procurement Policy Note 25 March 2015, n. 4* è circoscritto a tutti i *Central Government Departments*, alle loro *Executive Agencies* e ai *Non Departmental Public Bodies*, mentre quello oggettivo agli appalti di beni o di servizi di valore pari o superiore ai £ 20 milioni.

Come anticipato, la *Part A* concerne la *past performance* quale criterio di selezione degli offerenti, volta a individuare quelli che appaiono idonei a una corretta esecuzione del contratto, permettendo solo ad essi la partecipazione alla gara. Ai sensi della *Part A*, le amministrazioni devono ritenere "soddisfacenti" – così da consentire la prosecuzione nelle successive fasi della procedura – le esperienze di un'impresa privata che attesti la corretta esecuzione dei propri principali contratti pubblici negli ultimi tre anni, oppure, in caso di riscontrate carenze, dimostri che tali mancanze non si potranno ripresentare in relazione al contratto oggetto della gara. Naturalmente, viene fatta salva la possibilità delle amministrazioni di verificare le informazioni fornite dai privati.

La *Part B*, invece, riguarda prima di tutto la valutazione delle prestazioni degli appaltatori in sede di esecuzione dei contratti pubblici. Le amministrazioni, infatti, sono chiamate a rilasciare appositi *certificates* – di cui l'*Annex F* alla *Policy Note* fornisce un modello – sulla qualità delle prestazioni, per i quali è previsto uno specifico obbligo di motivazione qualora l'esecuzione sia ritenuta non soddisfacente (per ritardi, mancata consegna dei beni o esecuzione dei servizi, mancato raggiungimento dei livelli qualitativi richiesti, ecc.).

Da ultimo, la *Policy Note* prevede l'obbligo in capo alle amministrazioni appaltanti di trasmettere al *Crown Commercial Service* tutti i *certificates* e le altre informazioni raccolte in sede di gara ai fini della valutazione delle *past performance* dei concorrenti, così da permettere la creazione di un apposito database centrale, volto a facilitare la ricerca dei dati per gli appalti futuri.

3.3. L'originalità del modello italiano: la logica del sistema

A seguito della sintetica esposizione appena svolta è possibile evidenziare come il modello d'ispirazione del rating d'impresa sia sicuramente statuniten-

⁵⁹ Art. 57, comma 8, *The Public Contracts Regulations 2015, n. 102*: «*Contracting authorities may exclude from participation in a procurement procedure any economic operator in any of the following situations: ... (g) where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract, a prior contract with a contracting entity, or a prior concession contract, which led to early termination of that prior contract, damages or other comparable sanctions*».

⁶⁰ Questa *Policy Note* riprende e sostituisce la *Procurement Policy Note 8 November 2012, n. 9*. Già in base alla disciplina previgente (artt. 25 e 26, *The Public Contracts Regulations 2006, n. 5*) si riteneva, infatti, che le amministrazioni potessero chiedere l'indicazione dei precedenti contratti pubblici e della relativa qualità di esecuzione ai fini della qualificazione degli offerenti.

se. Tuttavia il d.lgs. n. 50/2016 si emancipa dal modello d'origine per disegnarne uno autonomo, il quale intende porsi come vero e proprio "sistema", per utilizzare il linguaggio codicistico.

Nel modello statunitense sono le singole amministrazioni a rilasciare e condividere con le altre amministrazioni i certificati relativi alle *performances* degli aggiudicatari dei vari contratti, di modo che possano essere valutati (con la dovuta rilevanza anche in considerazione della distanza temporale rispetto al momento di svolgimento della gara e anche a fronte delle osservazioni formulate a riguardo dai privati) nell'ambito di nuove procedure concorsuali, in conformità con i criteri fissati nel bando. Di contro il nostro codice dei contratti prevede un indice unico riassuntivo della "qualità" delle esperienze professionali passate, che è regolato e gestito dall'Autorità di settore⁶¹.

Inoltre, come si avrà modo di sottolineare in seguito, il nostro sistema di rating d'impresa è determinato sulla base di fattori ulteriori rispetto alle sole *performances* lavorative. Vengono in rilievo infatti il previo possesso del rating di legalità (ora però soppresso dal correttivo), le pregresse vicende giurisdizionali e l'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive. S'obbedisce così a un'ispirazione in parte diversa da quella nordamericana; in particolare l'intera nuova disciplina dei contratti pubblici è pervasa dalla logica della lotta alla corruzione.

Infine, nell'ordinamento statunitense la reputazione incide non solo nella fase di valutazione delle offerte, ma anche nella precedente fase di accertamento dei requisiti delle imprese. Era in parte diversa la costruzione della disciplina italiana. Infatti, originariamente per il codice dei contratti il rating d'impresa era un possibile elemento di valutazione solo ai fini della selezione dei candidati, mentre attualmente il rating è divenuto anche un criterio di aggiudicazione dell'appalto. Pertanto sotto questo profilo, che sarà compiutamente ripreso nel corso della trattazione, il correttivo al codice ha avvicinato il ruolo della *past performance* nel nostro ordinamento a quello dalla stessa giocato nell'ordinamento statunitense.

Per quanto riguarda poi le differenze tra disciplina francese e britannica, da un lato, e disciplina italiana, dall'altro, Francia e Gran Bretagna si sono limitate a trasporre nel proprio ordinamento un testo sostanzialmente identico a quello della direttiva, aggiungendo solamente un limite temporale al periodo entro il quale sono raccolte le informazioni sui comportamenti dell'impresa che chiede di partecipare alla gara. Quindi in questi due Stati membri le *past performances* rilevano solo in relazione alla valutazione dei candidati, per la loro qualificazione o esclusione, senza che possano assumere un valore premiale o penalizzante nell'ambito della considerazione delle offerte.

In secondo luogo, in questi Paesi manca un vero e proprio sistema di rating, ossia un indice unico della reputazione professionale delle imprese. L'aver introdotto nel modello italiano, anziché singole valutazioni rilasciate da ogni amministrazione, un indice unico, è coerente con il sistema complessivo in materia di contratti di lavori pubblici, dal momento che in Italia⁶² vige, almeno negli appalti di lavori di valore superiore ai 150 mila euro, la qualificazione

⁶¹ Secondo l'Anac l'istituto del rating d'impresa costituisce "una svolta epocale per la contrattualistica pubblica idonea a porre l'Italia nella condizione potenziale di sviluppare una *best practice*, cui potrebbero ispirarsi i sistemi di acquisto di altri paesi europei" (segnalazione, n. 2/2017, p. 4).

⁶² Come del resto anche in Spagna, ove però la direttiva europea non è stata ancora recepita.

preventiva a carattere obbligatorio, che si contrappone al sistema di qualificazione gara per gara, in uso appunto nel Regno Unito e in Francia.

Invero in occasione del recepimento delle nuove direttive in materia di contratti pubblici si era discusso anche in Italia se sostituire al sistema di qualificazione preventiva obbligatoria un sistema di qualificazione “gara per gara” delle imprese. Era stato infatti osservato che un sistema automatico di qualificazione favorisce controlli formali, incrementa il contenzioso e rischia di creare barriere di accesso al mercato, mentre un sistema di qualificazione “gara per gara” consente un esame sostanziale dei requisiti delle imprese, presupponendo però specifiche competenze e responsabilità in capo alle stazioni appaltanti⁶³. Tuttavia, come è noto, il nuovo codice ha continuato ad adottare un sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, che però è stato revisionato dall’art. 84, in attuazione di quanto disposto dalla legge delega (lett. nn).

4. Rating solo premiale oppure anche penalizzante?

Il modello di rating reputazionale introdotto in Italia dal codice dei contratti si fonda su due distinti articoli della legge delega, concepiti però per segmenti di disciplina molto diversi tra loro e rispondenti a logiche differenti.

Da un lato, la legge delega prevede, nell’ambito di un più generale processo di revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici, l’introduzione di “misure di premialità”, regolate da un’apposita disciplina generale fissata dall’Anac, e «*connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili*» e «*su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi*», «nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità» (art. 1, comma 1, lett. uu), legge 28 gennaio 2016, n. 11).

Dall’altro lato, la legge delega prefigura un «*sistema amministrativo ... di penalità e premialità*», sotto la direzione dell’Anac, «*per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici*», con «*uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia e individuando le norme codicistiche la cui violazione determina la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell’Anac*» (art. 1, comma 1, lett. q), n. 5, legge n. 11/2016).

Quindi la legge delega in un articolo fa esclusivamente menzione a “misure di premialità” connesse a criteri reputazionali nel contesto di un processo modificativo del sistema di qualificazione delle imprese, nell’altro articolo invece parla di un vero e proprio “sistema” di penalità e di premialità, in un’ottica di lotta alla corruzione e di garanzia della trasparenza nel settore.

Il codice assembla tutto insieme e disegna un unico istituto all’art. 83, comma 10⁶⁴, prevedendo l’istituzione presso l’Anac, del «*sistema del rating di*

⁶³ Cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Congresso di Studi di Scienza dell’Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 29 ss., spec. p. 43-44.

⁶⁴ Il codice attua la delega inserendo l’istituto del rating all’interno dell’art. 83, norma rubricata come Criteri di selezione e soccorso istruttorio. Questa scelta è stata criticata dal Consiglio di Stato, che ha osservato come «*la previsione del comma 10, relativa al sistema di premialità e penalità, non risulta correttamente inserita nell’ambito dell’art. 83*», suggerendo, inascoltato, la

impresa e delle relative penalità e premialità», «connesso a requisiti reputazionali», definiti mediante linee guida Anac, applicabile «ai soli fini della qualificazione delle imprese», «per il quale l’Autorità rilascia apposita certificazione». Il legislatore inserisce un elemento avulso dalla logica di un rating reputazionale, stabilendo poi che «rientra nell’ambito dell’attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici».

Al rating vengono dunque assegnati scopi eccedenti quelli tipici dei meccanismi reputazionali, in quanto è concepito non solo per assicurare l’affidabilità dell’operatore economico e la qualità della prestazione finale, ma anche per contrastare la corruzione nel settore degli appalti. Non solo dunque a garanzia della qualità, ma anche a garanzia della legalità, in un contesto in cui sono crescenti le richieste di garanzie di legalità ai destinatari di risorse pubbliche (dal rating di legalità ai protocolli di legalità).

La duplice funzione originariamente assegnata al rating spiega anche perché allo stesso vengano collegate sia premialità, sia penalità: si premiano le imprese offerenti maggiori garanzie di affidabilità e si puniscono coloro che non lottano contro la corruzione, non avendo denunciato o avendo tardivamente denunciato richieste estorsive e corruttive.

Tuttavia ora l’art. 52 del correttivo al codice ha modificato profondamente il rating d’impresa trasformandolo da premiale e penalizzante ad esclusivamente premiale. In questa maniera esso assume una sua più precisa individualità, venendo affiancato da un secondo, nuovo, non ben definito, strumento misto premiale/penalizzante di lotta alla corruzione.

Più precisamente, il rating diviene solo premiale in quanto il correttivo prevede a sopprimere il riferimento originario alle penalità. Siffatta soppressione è motivata espressamente, come emerge dal Dossier di accompagnamento al correttivo, con l’intento di conformarsi alla legge delega, che aveva previsto il rating di impresa come misura non penalizzante ma di premialità, connessa a criteri reputazionali. Il legislatore delegato del correttivo fonda dunque il sistema del rating solo ed esclusivamente su uno dei due criteri di delega, con una scelta di campo chiarificatrice che pone rimedio all’ambiguità pregressa e che sopprime ogni possibile aspetto sanzionatorio e punitivo⁶⁵.

Che al rating sia ora attribuita una connotazione esclusivamente premiale risulta, oltre che dal nuovo testo dell’art. 83, anche da altre due modifiche introdotte dal correttivo, che contemporaneamente hanno ampliato l’ambito della rilevanza del meccanismo reputazionale: l’art. 93, comma 7, stabilisce, nei contratti di servizi e forniture, che l’importo della garanzia per la partecipazione alle procedure di gara sia ridotto del 30% per gli operatori economici in possesso del rating d’impresa; inoltre il nuovo art. 95, relativo ai criteri di aggiudicazione dell’appalto, dispone che anche il rating d’impresa costituisca criterio premiale per la valutazione dell’Oepv⁶⁶.

collocazione dell’istituto in un separato articolo; in questo senso Cons. Stato, Commissione speciale, parere n. 855/2016, p. 109.

⁶⁵ Anche se, come si avrà modo di constatare al paragrafo finale, permangono nel rating d’impresa germi della pregressa impostazione, dovuti probabilmente a una tecnica redazionale del correttivo non particolarmente limpida.

⁶⁶ Per un’analisi di queste due disposizioni, così come modificate dal correttivo, in virtù delle quali il rating non serve più solo ai fini della qualificazione delle imprese, ma viene inserito tra gli elementi di valutazione dell’offerta qualitativa, cfr. *infra*, par. 5.

A chiusura di queste complessive modifiche che hanno trasformato il rating d'impresa in uno strumento meramente premiale, il già menzionato art. 52 del correttivo, non potendo non dare attuazione alla legge delega, affianca al rating d'impresa un non altrimenti determinato «*sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici*». L'istituzione di questo sistema di premialità e penalità è demandata alle stesse linee guida Anac intese a disciplinare il rating d'impresa, le quali dovranno altresì prevedere «*uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia*».

Questo ulteriore sistema di lotta alla corruzione, che è tutto da costruire, mal s'innesta nel complessivo contesto di disciplina.

Infatti l'omessa e la tardiva denuncia rilevano già ai fini di valutazione della moralità delle imprese e costituiscono una possibile causa di esclusione per grave illecito professionale, così come stabilito dall'art. 80, comma 5, lett. I), del codice. In secondo luogo il legislatore attribuisce all'Anac un potere non rispondente al principio di legalità, in quanto il codice non interviene a circoscrivere il potere dell'Anac in ordine alla tipologia delle sanzioni e i relativi limiti edittali, nonostante la legge delega avesse imposto al legislatore delegato di individuare le norme codicistiche la cui violazione avrebbe determinato la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell'Anac. In terzo luogo, anche il rating d'impresa, così come ridisegnato dal correttivo, si fonda su requisiti reputazionali che tengono conto, tra l'altro, «*dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento ... all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive*»; esiste dunque il rischio di introdurre, in maniera non sufficientemente meditata, un duplicato oneroso e complicato di strumenti. Inoltre il nuovo "sistema amministrativo" anticorruzione necessita pure di essere coordinato con altro rating avente finalità di lotta alla corruzione e cioè con il rating di legalità, sul quale qualche parola dovrà essere detta in seguito.

Da ultimo, il correttivo provvede a trasformare il rating d'impresa da obbligatorio a facoltativo. Esso infatti ha base volontaria, in quanto viene rilasciato «*su richiesta*» (nuovo testo dell'art. 83, comma 10).

Sotto questo profilo il testo originario del codice era elusivo, con conseguenti problemi di certezza del diritto, anche se l'art. 84, comma 4, lett. d), faceva propendere nel senso della obbligatorietà del rating con lo stabilire che le SOA «*attestano ... il possesso di certificazione del rating d'impresa*».

Le due modifiche d'impostazione apportate dal correttivo sono tra loro collegate, nel senso che l'aver reso il rating solo premiale comporta anche la sua facoltatività.

Infatti, come evidenziato dalla segnalazione Anac, un sistema di *past performance* basato esclusivamente su misure di premialità «*dovrebbe essere per tale ragione su base volontaria*», mentre un sistema che contempla penalità è necessariamente obbligatorio perché nessuno chiederebbe una valutazione che potrebbe penalizzarlo⁶⁷.

⁶⁷ Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 4. Sulle ragioni per cui la «*reputazione è ... spesso preferita alla soluzione delle penali, che vengono raramente applicate perché creano tensioni in quel matrimonio tra fornitore e stazione appaltante*» cfr. G. PIGA, *La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell'economista*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 75 ss., spec. p. 82.

5. Rating rilevante solo nella fase di qualificazione delle imprese oppure anche nella fase di valutazione delle offerte?

Per quanto riguarda l'ambito operativo del rating d'impresa, esso nasce espressamente «*a fini di qualificazione delle imprese*» (art. 83, comma 10). Dunque inizialmente il rating serve solo per l'ammissione degli operatori economici alla partecipazione a singole gare attraverso il rilascio di una certificazione ad opera dell'Anac.

Con il sistema di rating viene attribuita rilevanza a requisiti non più solo formali, ma anche sostanziali, posseduti dalle imprese: la qualità della *performance* contrattuale è il quarto elemento da valutare ai fini dell'accesso alla gara, a fianco dei requisiti di moralità previsti all'art. 80, alla capacità tecnico-professionale ed economico-organizzativa di cui all'art. 83 e alla certificazione di qualità contemplata dall'art. 84, comma 4⁶⁸.

Questo specifico elemento è espressamente previsto solo per i lavori pubblici di importo pari o superiore ai 150 mila euro, in cui la qualificazione delle imprese è affidata alle SOA (Società Organismo di Attestazione). Infatti l'art. 84, comma 4, lett. d), stabilisce che i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro dimostrano il possesso dei requisiti di qualificazione mediante attestazione da parte delle SOA. Tale attestazione comprova, oltre all'assenza di motivi di esclusione, al possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecniche e professionali, di certificazioni di sistemi di qualità, anche «*il possesso di certificazione del rating di impresa, rilasciata dall'ANAC*»⁶⁹.

Nulla invece dispone il codice per i lavori pubblici di importo inferiore a 150.000 euro e per i servizi e forniture, in cui la qualificazione delle imprese è affidata alle stazioni appaltanti. Così l'Anac, nel suo atto di segnalazione, ha suggerito di introdurre nel codice una norma speculare all'appena menzionato art. 84 pure per quanto riguarda i servizi e le forniture, «*al fine di tener conto del rating di impresa anche nella qualificazione in gara ... prevista in tali due settori del public procurement*»⁷⁰. Tale proposta però non ha trovato accoglimento espresso in sede di correttivo al codice.

È stata invece recepita un'altra proposta proveniente dall'Anac, che aveva

⁶⁸ Sui requisiti speciali di qualificazione cfr. S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 82 ss.

⁶⁹ Si ricordi poi che l'Anac è anche chiamata a vigilare, tramite poteri ispettivi e sanzionatori, sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti di lavori pubblici (art. 213, comma 3, lett. f).

⁷⁰ Così Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 4, per la quale il collegamento dell'istituto del rating di impresa all'accesso alla gara soltanto per la qualificazione dei lavori costituisce «*una limitazione irragionevole*», in considerazione delle «*dimensioni dei mercati dei servizi e delle forniture*» e delle «*numerose criticità riscontrate nel tempo proprio in ordine alla qualità esecutiva dei relativi affidamenti*». Sempre l'Anac nel suo documento di consultazione, in www.anticorruzione.it, p. 1-2, ha sottolineato che il sistema del rating deve valere in ogni caso, «*prevedendosi un diverso impatto sul rating in base all'oggetto del contratto (lavori, servizi e forniture), al fine di non violare il principio di parità di trattamento*». Precisa il documento che, nell'ipotesi in cui la valutazione sia effettuata dalla SOA, il rating dovrebbe funzionare analogamente al già citato incremento convenzionale premiante previsto dal D.P.R. n. 207/2010, in vigore fino alla riforma del sistema di qualificazione di lavori; nel caso invece in cui la qualificazione in gara avvenga da parte della stazione appaltante, quest'ultima potrebbe prevedere un sistema di compensazione attraverso il rating, «*superiore ad una certa soglia, in ordine alla carenza di requisiti tecnico organizzativi ed economico finanziari stabiliti nel bando per l'accesso alla gara*» (p. 11).

criticato l'impiego del rating solo ai fini di qualificazione delle imprese. A detta dell'Autorità, il rating, se limitato quanto a campo di applicazione, si riduce in un "aggravio burocratico" per gli operatori economici, per le stazioni appaltanti e per l'Anac stessa, tenuta alla gestione e alla comunicazione di una serie di dati, con «*limitati effetti incentivanti al miglioramento della performance*», perché «*al meccanismo dell'incremento convenzionale premiante ... non può riconoscersi una forza propulsiva sufficiente a far evolvere il sistema*». Così l'Anac ha suggerito che il rating, su base volontaria, se «*riferito espressamente ai tre settori (lavori, servizi e forniture)*», venga utilizzato anche «*in sede di offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo*»⁷¹.

Accogliendo questa sollecitazione, il correttivo al codice, come già accennato, ha modificato il testo dell'art. 95, comma 13, sui criteri di aggiudicazione dell'appalto, per cui ora anche il rating d'impresa, come già il rating di legalità, costituisce criterio premiale per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁷². Si stabilisce quindi che, «*compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità*», le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, «*i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità e di impresa*».

In secondo luogo, il correttivo ha riformulato anche l'art. 93, comma 7, per cui nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia per la partecipazione alla procedura e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento per gli operatori economici in possesso del rating d'impresa (e non solo più di quello di legalità, come invece prevedeva il testo originario del codice)⁷³.

Attualmente quindi il rating d'impresa consente di premiare le imprese maggiormente affidabili per il committente pubblico non solo nella fase dell'ingresso, ma anche in termini di entità della cauzione richiesta al momento della partecipazione alla gara e in sede di valutazione dell'offerta. Tuttavia le due modifiche ampliative apportate dal correttivo rischiano di configurare un

⁷¹ Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 5 ss.; sulle ragioni della prevalenza nel codice del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sul criterio del prezzo più basso cfr. R. DE NICOTIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e ap.*, 2016, p. 503 ss.

⁷² Nel caso di cumulo delle riduzioni, il correttivo stabilisce che «*la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente*». La più volte menzionata segnalazione n. 2/2017 dell'Anac aveva proposto di sostituire il rating di legalità con quello d'impresa, dal momento che il primo «*non solo non può ritenersi proprio pertinente con il mercato degli appalti pubblici – in cui, peraltro, l'affidabilità morale è già ampiamente garantita dalle previsioni dell'art. 80 del codice dei contratti – ma rischia di creare problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione in tema di appalti, se si considera che l'unica apertura che la direttiva ammette in ordine all'inserimento di requisiti soggettivi dell'offerente in seno agli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta riguarda organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto (art. 67, par 2, lett. b), direttiva 2014/24/UE*». Avuto riguardo alla novella normativa introdotta dalla direttiva sul punto, appare molto più coerente, sotto il profilo dell'esperienza, dare rilievo al rating di impresa e non a quello di legalità in sede di offerta economicamente più vantaggiosa» (segnalazione, n. 2/2017, p. 5). Parimenti il parere del Cons. Stato n. 855/2016, p. 122, aveva criticato l'inserimento del rating di legalità fra gli elementi volti a comporre il criterio dell'Oepv, perché «*si tratta di un elemento che attiene alla sfera soggettiva dell'impresa (la cui valenza è limitata all'ammissione alla gara), sicché non sembra che lo stesso possa essere utilizzato anche ai fini valutativi*», mentre il successivo parere del Consiglio di Stato sul correttivo al codice, n. 782/2017, p. 79, aveva formulato il suggerimento, poi accolto dal legislatore, di considerare entrambi i tipi di rating, disciplinando l'eventuale cumulo di benefici.

⁷³ Anche in questa ipotesi il correttivo specifica che in caso di cumulo delle riduzioni la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo risultante dalla riduzione precedente.

eccesso di delega, dal momento che la legge delega ha espressamente previsto il rating d'impresa solo ai fini di qualificazione degli operatori economici, come più volte qui sottolineato⁷⁴.

Vi è così il rischio che la disposizione normativa attualmente disciplinante il rating possa essere dichiarata illegittima per violazione dell'art. 76 Cost., con ricadute pesanti in termini di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento degli operatori economici.

6. I requisiti reputazionali tra indici soggettivi e indici oggettivi: reputazione come giudizio soggettivo e diffuso oppure come semplice certificazione di dati oggettivamente verificabili?

L'efficacia del rating d'impresa si fonda su una corretta individuazione degli requisiti reputazionali.

Anzitutto gli indici fondanti il rating non dovrebbero essere già utilizzati ad altri fini, ad esempio costituendo specifiche cause di esclusione, né tantomeno riguardare elementi ultronei rispetto alle *performances* lavorative, quali, ad esempio, i profili più propriamente "etici" dell'impresa. Inoltre, l'utilizzo di indicatori di natura soggettiva potrebbe scontrarsi con l'obiettivo di fondo del codice di garantire la più ampia partecipazione alle piccole e medie imprese, violando così i principi di parità tra le imprese e di non discriminazione con particolare riguardo ai nuovi entranti, alle imprese straniere e alle piccole e medie imprese (come si è visto accadere nell'ordinamento statunitense).

La scelta compiuta dal nostro legislatore è di attribuire il potere di determinazione dei requisiti e dei relativi criteri di valutazione e delle modalità di rilascio della certificazione all'Anac, che esercita siffatto potere tramite apposite linee guida da emanare entro tre mesi dall'entrata in vigore del correttivo al codice. Tuttavia sia la legge delega sia il decreto legislativo sono intervenuti nel porre alcuni vincoli all'attività normativa dell'Autorità, per evitare che gli spazi di discrezionalità alla medesima demandati non sconfinino nell'arbitrio.

La legge delega ha previsto che gli indicatori costitutivi del rating debbano essere oggettivi, facilmente misurabili ed effettivamente espressivi della *past performance* dell'impresa.

L'art. 1, comma 1, lett. *uu*), parla di misure di premialità «*connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili*» e «*su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi*». Da parte sua, l'art. 83, comma 10, del codice dispone che i requisiti reputazionali debbano essere valutati sulla base di «*indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili*» e di «*accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa*».

Il codice si spinge a dettare una disciplina maggiormente di dettaglio, precisando (alcuni de)gli elementi da tenere presenti quali requisiti reputazionali. Sul punto si registra un'evoluzione, dal momento che il correttivo al codice è intervenuto in senso profondamente modificativo rispetto al testo originario.

Attualmente i requisiti reputazionali su cui si fonda il rating non sono più riferiti anche a caratteristiche soggettive dell'impresa quale, ad esempio, la capacità strutturale. Infatti quest'ultima, se declinata come capacità tecnica e

⁷⁴ In tal senso cfr. Cons. Stato, Commissione speciale, parere n. 782/2017.

professionale ed efficiente struttura organizzativa, è già considerata vuoi ai fini della qualificazione SOA, vuoi tra i requisiti speciali per la partecipazione alle gare nei servizi e forniture.

L'attribuzione di rilevanza alle sole *past performances* propriamente intese spiega anche la scomparsa del riferimento al rating di legalità, che è inteso a valutare la moralità degli operatori economici⁷⁵.

Sia il Consiglio di Stato, nel suo parere alla bozza del codice, sia l'Anac, nella sua segnalazione, avevano mosso critiche all'inserimento del rating di legalità tra gli indici reputazionali. Più precisamente si era osservato che: nel settore degli appalti pubblici l'affidabilità morale è già garantita dall'art. 80 del codice, relativo ai motivi di esclusione; il rating di legalità applicato in materia di contratti pubblici crea problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione europea, che, come detto, è restio a valorizzare l'inserimento di requisiti soggettivi dell'offerente all'interno degli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta; si profila un problema di rispetto del principio nazionale di uguaglianza e del principio europeo di non discriminazione, dal momento che la normativa circoscrive il novero dei soggetti che possono ottenere il rating di legalità⁷⁶; il conseguimento del massimo punteggio dipende da alcune condizioni precluse a determinati operatori per cause esogene e non connesse con l'eticità della condotta⁷⁷.

Espunto il riferimento al rating di legalità, allo stato però sussiste un mancato coordinamento tra disposizioni di legge, perché è rimasto invariato il testo dell'art. 213, comma 7, del codice, secondo cui «*il rating di legalità concorre anche alla determinazione del rating di impresa*», disposizione che quindi dovrebbe parimenti essere soppressa. Resta poi del tutto inattuata la previsione dell'art. 1, comma 1, lett. *uu*) della legge delega, che richiede l'assicurazione di opportuni raccordi tra il sistema del rating d'impresa e la normativa in tema di rating di legalità. Non si dimentichi poi che il sistema del rating d'impresa, nella sua nuova configurazione dovuta al correttivo, è affiancato da altro sistema amministrativo anticorruzione, i cui connotati sono ancora tutti da definire, e che rischia di sovrapporsi al rating di legalità.

Tornando agli indici reputazionali attualmente riconosciuti, essi devono tenere conto unicamente «*dei precedenti comportamenti*» dell'impresa. Vari aspetti delle precedenti condotte sono idonei ad assumere rilevanza, su indicazione del legislatore delegato. Anzitutto dovrà essere considerato il «*rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti*», ad esempio, concedendo premialità per la consegna anticipata dei lavori o senza iscrizione di riserve⁷⁸.

⁷⁵ Il rating di legalità, introdotto art. 5-ter, d.l. n. 1/2012, è rating etico e non prestazionale e il compito di elaborarlo e attribuirlo alle imprese su istanza di parte è affidato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (cfr. Delibera Agcm 14 novembre 2012, n. 24075, recante Regolamento attuativo in materia di rating di legalità). Esso è di tipo premiale per imprese che adeguano la propria organizzazione allo scopo di prevenire gli illeciti ed eventualmente si autoimpongono standard di condotta più virtuosi da quelli normativamente fissati e assume rilevanza essenzialmente in sede di concessione di finanziamenti pubblici da parte delle amministrazioni e in sede di accesso al credito bancario.

⁷⁶ L'impresa deve avere la propria sede operativa nel territorio nazionale, avere raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'ultimo esercizio chiuso nell'anno precedente alla richiesta di rating e, alla data della richiesta di rating, deve risultare iscritta nel registro delle imprese da almeno due anni (cfr. Delibera Agcm n. 24075/2012).

⁷⁷ Si pensi all'avere denunciato determinati reati commessi a danno dell'imprenditore, condizione che può essere soddisfatta solo da imprese vittime di reato.

⁷⁸ Di contro, poiché il rating attualmente possiede solo una funzione premiante, nessuna attribuzione di penalità sarà dovuta per i ritardi imputabili all'esecutore.

Il correttivo inoltre modifica in parte i precedenti comportamenti dell'impresa da considerare come un indizio della virtuosità dell'impresa e dunque come un elemento valutabile ai fini del rating di impresa. Tra le pregresse condotte valutabili sono ora inclusi anche il mancato ricorso alla procedura di soccorso istruttorio⁷⁹, l'applicazione delle disposizioni (purtroppo non specificamente indicate) sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive⁸⁰, mentre è stato soppresso l'originario riferimento alla valutazione della regolarità contributiva, in quanto già autonoma causa di esclusione.

Altro indice reputazionale, molto controverso, su cui è intervenuto il correttivo riguarda non una condotta virtuosa, bensì una mancanza di condotta non virtuosa, ossia l'elemento della litigiosità giudiziaria dell'impresa.

Questo indice ha già conosciuto una pluralità di riscritture, a testimonianza della sua delicatezza e della sua problematicità. La legge delega parlava genericamente di «*gestione dei contenziosi*», mentre la bozza originaria del codice degli contratti si esprimeva nei termini di «*assenza di contenzioso*» sia con riferimento alla fase di gara che a quella di esecuzione del contratto (art. 84, comma 4, lett. d) del testo). Tuttavia il parere del Consiglio di Stato al codice aveva evidenziato il rischio di violazione del «*diritto costituzionale di azione in giudizio (art. 24 Cost.)*», ferma restando la «*giusta esigenza di requisiti reputazionali*». Infatti la disciplina del rating non può essere punitiva degli operatori che esercitano in modo legittimo e non emulativo o pretestuoso il diritto di difesa in giudizio⁸¹.

La versione definitiva del codice ha recepito, sia pure in parte, il suggerimento e ha fatto riferimento non più all'assenza di contenzioso, bensì alla «*incidenza*» del contenzioso stesso «*sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto*». Il termine impiegato non è stato ancora ritenuto sufficientemente adeguato ed è stato ora sostituito dal correttivo: oltre alla «*incidenza*» dovranno essere valutati gli «*esiti*» del contenzioso.

Tuttavia, nonostante la nuova formulazione, il criterio non risulta ancora rispettoso dell'art. 24 Cost., in quanto parimenti troppo generico e vago. Sarebbe meglio specificare che l'indice va a colpire liti emulative e condotte processuali dilatorie, considerando solo il contenzioso con esito negativo per inammissibilità per carenza di legittimazione ad agire o per carenza d'interesse, o per abuso del processo accertato con condanna alle spese per lite temeraria. In ogni caso l'indice di litigiosità è eccentrico rispetto alle performance lavorative e quindi non dovrebbe rientrare tra gli elementi da valutare all'interno del rating.

⁷⁹ Mostrando così di recepire sul punto il parere al correttivo del Cons. Stato, n. 782/2017, p. 65, che aveva suggerito di «*considerare la non necessità di ricorso alla procedura di soccorso istruttorio un indizio della virtuosità dell'impresa, e dunque un elemento valutabile ai fini del rating di impresa*».

⁸⁰ Con il che pare riemergere, in maniera non sufficientemente meditata, l'originaria ambigua natura del rating d'impresa, strumento a garanzia non solo dell'affidabilità, ma anche della legalità. Infatti, da un lato, il correttivo stabilisce che l'Anac dovrà affiancare al rating d'impresa «*un sistema amministrativo ... di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici*» e quindi, come sopra evidenziato, restituisce al rating d'impresa la sua vera anima di valutazione delle sole *past performances*; dall'altro, però lo stesso correttivo prevede che «*i requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento ... all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive*». La pur giusta preoccupazione per la lotta alla corruzione nel settore dei contratti pubblici ha dunque portato a una superfetazione indebita e foriera di complicazioni.

⁸¹ Cons. Stato, Commissione speciale, n. 855/2016, p. 111. In tema cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 503 ss.

Il correttivo stabilisce poi l'arco temporale di riferimento per la valutazione dei requisiti reputazionali. La normativa originaria taceva sul punto e l'Anac aveva suggerito che la misurazione della performance dovesse avvenire con riferimento ai contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del codice, «*in quanto non si potrebbe differenziare il trattamento degli operatori economici sulla base di elementi che il quadro normativo vigente al momento dell'esecuzione o non prendeva in considerazione o stimava ad altri fini*»⁸². Anche questo suggerimento è stato recepito e così il correttivo precisa che il calcolo del rating tiene conto della condotta delle imprese nelle procedure d'affidamento avviate dopo l'entrata in vigore del correttivo stesso (art. 83, comma 10). Tuttavia, dal momento che i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi devono essere individuati puntualmente da linee guida Anac (limitandosi il legislatore a fornire indicazioni di massima, come sopra sottolineato), sarebbe stato opportuno ritenere che il periodo di riferimento per la rilevazione dei dati significativi ai fini del rating d'impresa fosse decorso dalla data di adozione delle relative linee guida.

È poi stato previsto un meccanismo che consente di considerare l'esperienza passata degli operatori economici già presenti sul mercato, la quale quindi non viene considerata del tutto irrilevante e azzerata. Più precisamente, per le condotte anteriori all'entrata in vigore del correttivo conformi a quanto previsto per il rilascio del rating il correttivo attribuisce con un'ampia delega all'Anac (anche qui dietro suggerimento dell'Anac stessa⁸³) il potere di attribuire «*elementi premiali*» alle imprese (sempre art. 83, comma 10).

Infine viene in rilievo un aspetto più volte evidenziato nel corso della trattazione, visto che si tratta di un aspetto nevralgico: i meccanismi reputazionali pongono il delicato problema del trattamento da riservare alle imprese c.d. nuove entranti. Si deve evitare che esse, non avendo ancora potuto accumulare premialità, non siano svantaggiate indebitamente. Del resto, è contrario ai principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici porre barriere all'entrata, specie per gli operatori più giovani, piccoli o innovativi, che spesso non possono vantare esperienze significative in termini di contratti già eseguiti. Così, facendo tesoro delle già rodate esperienze straniere sopra illustrate, le imprese nuove entranti dovrebbero essere valutate in ragione del loro livello di innovatività, oppure si dovrebbero introdurre meccanismi *ad hoc* nei loro confronti⁸⁴.

Per quanto riguarda poi il rispetto del principio di non discriminazione delle imprese estere, il rating d'impresa potrebbe essere autocertificato per tali imprese, sottoponendo a verifica in collaborazione con le rappresentanze diplomatiche dei Stati di appartenenza i requisiti necessari e autocertificati dalle imprese⁸⁵.

A conclusione del quadro tracciato, è indubbio che buona parte della disci-

⁸² Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 6.

⁸³ Anac, segnalazione n. 2/2017, pp. 6-7.

⁸⁴ «*We find that a well calibrated reputational mechanism, in which new entrants with no history of past performance are awarded a moderate or high reputation score – as is often the case in the private sector or, e.g., with point systems for drivers' licenses – actually fosters entry and, at the same time, delivers a substantial increase in high quality goods provisions*» (J. BUTLER-E. CARBONE-P. CONZO-G. SPAGNOLO, *Reputation and entry in procurement*, in www.cepr.org/pubs/dps/DP9651.php).

⁸⁵ In tal senso si vedano le osservazioni riportate nel documento di consultazione Anac, in www.anticorruzione.it, p. 2 ss.

plina sia ancora tutta da scrivere mediante le linee Guida Anac, secondo un'opzione di politica normativa caratterizzante l'attuale materia dei contratti pubblici e che pone problemi dal punto di vista della sistematica tradizionale delle fonti del diritto, della certezza del diritto e della tutela giurisdizionale⁸⁶.

Il legislatore tace su alcuni aspetti essenziali della disciplina, specie, come visto, in materia di denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive. Ma la disciplina non risulta sufficientemente rispettosa del principio di legalità anche sotto altri profili nevralgici.

Ad esempio, il codice pare attribuire all'Anac una delega in bianco in ordine alle modalità di rilascio della certificazione del rating e dei soggetti competenti a rilasciarla. Non è chiaro così se verranno a tal fine utilizzate le SOA che già qualificano gli esecutori di lavori pubblici oppure il potere venga riconosciuto ad altri diversi soggetti. Parimenti è demandata all'Anac la determinazione delle ipotesi in cui debba essere richiesto il rating di impresa da parte delle stazioni appaltanti e i criteri con i quali queste ultime attribuiranno rilevanza al certificato e ai valori ivi riportati. Trattasi di segmento della disciplina molto delicato, come emerge dallo sguardo comparatistico, il quale ha anche evidenziato come giudizi non positivi in materia di *past performance* debbano necessariamente portare con sé la possibilità da parte delle imprese di fornire chiarimenti ed eventualmente di adire le vie para-giurisdizionali e giurisdizionali a tutela della loro reputazione.

Alla luce di tutto ciò è sicuramente opportuno che il sistema del rating d'impresa vada incontro a una fase di sperimentazione limitata e ad ulteriori correttivi. Infatti, come evidenziato da alcuni *stakeholders* nelle consultazioni promosse dall'Anac, il sistema «*non può non prevedere un naturale margine di errore o inaccuratezza dei singoli dati*»: esso dovrà essere «*compensato non solo attraverso l'utilizzo di dati, alla base del modello, corretti e derivanti da eventi oggettivi e dimostrati oltre ogni ragionevole margine di dubbio, quanto anche attraverso una base statistica sufficientemente ampia, accumulabile solo nel tempo, e un algoritmo di calcolo testato e solido*»⁸⁷.

Altrimenti si rischia di introdurre uno strumento che, se non correttamente utilizzato, può produrre distorsioni nell'accesso e nell'aggiudicazione delle gare e che diminuisce, anziché aumentare, il tasso di efficienza del mercato dei contratti pubblici, imponendo ulteriori oneri burocratici e ampliando il già significativo contenzioso in materia.

Infine, non si può fare a meno di rilevare una certa ambiguità di fondo nell'utilizzo normativo del termine "reputazione". Reputazione può essere intesa come un giudizio soggettivo e diffuso, sulla base di esperienze ripetute nel tempo, oppure come semplice certificazione di dati oggettivamente verificabili.

Il termine "reputazione" è impiegato dal legislatore non solo nel settore dei contratti pubblici, ma anche (e da tempo) in altri ambiti. Si pensi al giudizio di rating nei mercati finanziari, che possiede le caratteristiche di un'opinione soggettiva qualificata in ordine alla capacità di un emittente di ripagare il suo debito. Le società di rating non certificano le condizioni finanziarie dei soggetti

⁸⁶ Cfr., in generale su questa tematica, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, n. 2, p. 72 ss.; sui tanti poteri attribuiti all'Anac in materia di contratti pubblici cfr. E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, p. 504 ss.

⁸⁷ Documento di consultazione Anac, in www.anticorruzione.it, p. 2 ss.

interessati, né offrono garanzie in relazione ai crediti sottoscritti dagli obbligazionisti sulla base dei giudizi formulati. Esse esprimono una *opinion* eminentemente soggettiva, che per lungo tempo non è stata neppure ritenuta sindacabile o fonte di responsabilità verso i terzi che vi avessero fatto riferimento. Tant'è che negli Stati Uniti il rating è stato addirittura considerato manifestazione della libertà di espressione garantita dal Primo Emendamento della Costituzione, anche se quest'inquadramento è ormai ampiamente in discussione⁸⁸. Da segnalare poi che nei mercati finanziari il ruolo del rating ha subito un'evoluzione: da opinione idonea ad indirizzare le scelte degli investitori è divenuto strumento di regolazione (*regulating by rating*), dal momento che i *rating investment grade* forniti dalle agenzie consentono di adeguarsi ai requisiti legali richiesti dai regolatori, acquisendo un valore definito come "*force of law*"⁸⁹.

Nel settore dei contratti pubblici solo con l'introduzione del rating d'impresa è stata attribuita rilevanza giuridica alla "reputazione", ma già da tempo la "fiducia" ha assunto un ruolo fondamentale nelle dinamiche dell'evidenza pubblica; ciò sotto il particolare profilo delle cause di esclusione, come si è ricordato nei paragrafi iniziali. A tal riguardo le Sezioni Unite della Cassazione, nella nota sentenza n. 2312/2012, hanno fornito importanti precisazioni sui caratteri del "deficit di fiducia" nel rapporto committente-appaltatore che sia tratto da dati esterni al rapporto contrattuale (mala fede, colpa grave, serie carenze di professionalità) e che giustifica una causa di esclusione. In tal caso, venendo in linea di conto un «*elemento a carattere squisitamente soggettivo, quello della affidabilità*», e stante gli «*scarni parametri offerti dal legislatore a riguardo*»⁹⁰, è chiara «*la scelta di riconoscere in capo all'appaltante un ampio spazio di apprezzamento circa la permanenza del requisito della affidabilità*», o, in altri termini, «*la scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*»⁹¹.

Siffatto riconoscimento di una riserva amministrativa in ordine alla valutazione della affidabilità dell'impresa, sia pure con riferimento ai soli motivi di esclusione, dovrà ora armonizzarsi in un quadro coerente con l'analizzata disciplina in materia di rating d'impresa. A tal proposito gli *stakeholders* consultati in vista della formazione delle linee guida hanno evidenziato l'opportunità

⁸⁸ Cfr. sul punto A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 183 ss.; L. AMMANNATI, *Il valore del "rating" nelle regolazioni pubbliche. Regolare il mercato del rating o superare il rating?*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, p. 23 ss., nonché, per i riflessi in tema di responsabilità civile delle agenzie di rating nei confronti degli investitori, P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 413 ss.

⁸⁹ L.J. WHITE, *The Credit Rating Agencies*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 24, 2010, p. 213 ss.; L. AMMANNATI, *Il valore del "rating"*, cit.

⁹⁰ La decisione fa riferimento al previgente art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, ma le considerazioni sono ben estensibili all'attuale disciplina dei motivi di esclusione, contemplati all'art. 80 del codice vigente.

⁹¹ Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1583 ss., con note di B. SASSANI e M. ALLENA; in particolare, la sentenza ha precisato che «*in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'Impresa – esemplificativamente indicate in ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emerse dal passato aziendale – il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto debba prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*».

di specificare i casi in cui debba essere richiesto il rating d'impresa da parte delle stazioni appaltanti e i criteri con cui queste ultime debbano attribuire rilevanza al certificato e ai valori ivi riportati, allo specifico scopo di ridurre il rischio di "eccesso di discrezionalità" da parte delle stazioni stesse⁹².

Il tema della reputazione dei potenziali contraenti mostra dunque come sia in realtà troppo generalizzante l'affermazione ricorrente secondo cui la nuova disciplina dei contratti pubblici ha effettivamente spinto in direzione di un'aumentata autonomia delle stazioni appaltanti: il legislatore nazionale non ha introdotto un «*univoco e predeterminato bilanciamento*» tra esigenze di flessibilità e di semplificazione, da un lato, ed esigenze d'imparzialità, di trasparenza e di lotta alla corruzione, dall'altro, ma ha adottato soluzioni diverse a seconda del segmento di disciplina in rilievo, ciascuna espressione di uno specifico equilibrio in concreto⁹³.

⁹² Così le osservazioni di Consip al documento di consultazione Anac, in *www.anti corruzione.it*, p. 7.

⁹³ Per questa osservazione cfr. P. CLARIZIA-K. PECI, *Il mercato dei contratti pubblici*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 191 ss.; sulla differenza di approccio tra il diritto europeo e il diritto nazionale, che, a sua volta, è una conseguenza del diverso grado di fiducia riposta nell'operato delle stazioni appaltanti e delle imprese da parte del legislatore europeo e di quello nazionale, cfr. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *www.giustamm.it*; M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC¹

di Sara Valaguzza

This paper deepens the analogy between libertarian paternalism and flexible regulation, in order to assess if and to what extent the actual regulatory activity implemented by the National Anti-Bribery Authority meets the mentioned model. The conclusions of the work highlight that the Authority is the engine of a new juridical lexicon characterized by the principles of simplification, clarity and transparency, but without yet being the protagonist of the spread of an actual “flexible” or soft law. If it is confirmed that ANAC’s flexible regulation is a regulation different from the traditional one, since it is not formed by norms containing imperative orders formulated according to the assertive language of the typical sources of law, and carries out the principles of transparency and clarity of the regulation, however it does not appear to be as an external and indirect regulation, leading but not mandatory, which makes room to the administrative discretion. Often, indeed, the administrative action, in the field taken into consideration especially by the guidelines, is meticulously reconstructed, by including in it specific obligation burdening on the contracting authorities also in light of interpretations of the general principles of the sector that are the result of an autonomous assessment made by the Authority that, in this manner, are imposed on the regulation’s preceptors. While waiting for the hoped reconfiguration of the logical and methodological premises, at the basis of the regulation of the public contracts’ market, the paper explores some of the techniques that could already be used to improve the ability of the regulation to promote quality and efficiency of the contracting authorities’ activities.

SOMMARIO: 1. Nella regolazione flessibile di ANAC uno spunto per uno studio sulle tecniche linguistiche del nuovo diritto dei contratti pubblici. – 1.1. Una precisazione preliminare: la differenza tra *soft regulation* e *nudge*. – 2. Il cambiamento di prospettiva nell’uso della parola nel moderno diritto delle amministrazioni pubbliche. – 3. Analisi linguistica delle linee guida di ANAC. – 3.1. I verbi modali e gli avverbi. – 3.2. L’impiego dei verbi performativi. – 4. Il passo che resta ancora da fare: l’inversione del circolo dell’abitudine dei funzionari pubblici. – 4.1. Gratificazione *versus* stigmatizzazione. – 4.2. La dimostrazione sintetica dei pro e dei contro. – 5. Conclusioni. Lo spostamento del baricentro di un modello efficiente di regolazione flessibile: dai comandi agli obiettivi.

1. Nella regolazione flessibile di ANAC uno spunto per uno studio sulle tecniche linguistiche del nuovo diritto dei contratti pubblici

Le conclusioni raggiunte in un precedente lavoro, dedicato a studiare le attribuzioni dell’Autorità Nazionale Anticorruzione e le caratteristiche del potere

¹ Ringrazio gli anonimi referees per i commenti ricevuti.

regolatorio che essa esercita², ci hanno indotto ad approfondire ulteriormente l'argomento, con l'obiettivo di mettere in evidenza il legame tra le logiche sottese al nuovo modello regolatorio e gli strumenti in concreto utilizzati, indagandone prospettive e potenzialità per ulteriori sviluppi³.

Questo scritto espone i risultati di una ricerca in parte empirica, concentrata sulle tecniche linguistiche impiegate nelle prime sette linee guida adottate dall'Autorità Anticorruzione, e in parte speculativa, rivolta alle teorie che indagano la relazione tra il linguaggio e la capacità di quest'ultimo di guidare il destinatario di un certo messaggio nel raggiungere le finalità sottese agli atti regolatori.

Il nostro punto di partenza consiste nell'aver preso atto del fatto che la previsione contenuta nell'art. 213 comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo Codice dei contratti pubblici), che attribuisce il potere di adottare linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo e «*altri strumenti di regolazioni flessibile comunque denominati*» all'Autorità Nazionale Anticorruzione, la erge a protagonista di un nuovo ciclo regolatorio⁴, caratterizzato (o, che dovrebbe caratterizzarsi, stando al concetto di regolazione flessibile, evidentemente differente dalla regolazione imperativa articolata in comandi e divieti⁵) in negativo, dalla tendenza a non introdurre precetti rigidi ed assoluti e, in positivo, dall'essere ampiamente dialogico, nel senso di permeabile alle esigenze dei soggetti regolati, tanto che questi ultimi vengono consultati, in via preventiva, al fine di precisare e rendere più efficienti le azioni promosse ed adottate nel contesto della *strategic regulation*⁶ del mercato dei contratti pubblici.

Nell'adempiere alla propria missione, l'Autorità Anticorruzione agisce con atti diversificati, per *nomen iuris*, contenuto ed effetti, ascritti dalla dottrina italiana alla amplissima categoria della *soft regulation*⁷ e, come abbiamo cercato di mostrare in altra sede⁸, utilizza delle metodologie che appaiono ispirate,

² Si tratta del contributo pubblicato in questa *Rivista*, 2016, p. 9 ss., dal titolo *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*.

³ I contenuti della ricerca sono stati oggetto di discussione con Ida Nicotra, Nicoletta Parisi, Elena Quadri e Giuseppe Di Guida, che ringrazio per il confronto preliminare e per i suggerimenti ricevuti, nel corso dell'incontro di presentazione del volume AA.VV., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I. NICOTRA, Giappichelli, Torino, 2016, organizzato il 20 aprile 2017, presso il Politecnico di Milano.

⁴ Si tratta del primo ciclo regolatorio affidato ad una Autorità Indipendente come soggetto regolatore del mercato dei contratti pubblici. Precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, infatti, la regolazione del mercato preso in esame era affidata, principalmente, alla disciplina legislativa tradizionale (ossia al Codice dei contratti pubblici e al relativo regolamento attuativo).

⁵ L'inciso si spiega con il fatto che, talvolta, come metteremo in evidenza in seguito, la regolazione dell'Autorità Anticorruzione appare fare un passo indietro, tornando al modello tradizionale – che il legislatore del Codice ha invece voluto superare – delle norme dettagliate, impositive e inderogabili, basate su prescrizioni puntuali anziché su obiettivi generali.

⁶ Sul concetto di *strategic regulation*, si rimanda, se si vuole, a: S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, Milano, 2016. Per tutti, sulle specificità del mercato dei contratti pubblici, si rinvia all'importante scritto di L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, p. 72 ss.

⁷ La nozione di *soft regulation* è stata di recente oggetto di importanti studi in Italia, sollecitati proprio dall'attività di carattere regolamentare e, *lato sensu*, normativa delle Autorità Indipendenti. Cfr., tra tutti, i contributi di M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in questa *Rivista*, 2016, p. 53 ss. che definisce la *soft regulation* come «cripto-hard», ponendo in evidenza i vincoli stringenti che da essa derivano; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit., p. 72 ss.; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, *ivi*, p. 32 ss.

⁸ Ci si riferisce al contributo citato in nota 1.

sebbene con alcune importanti differenze che verranno evidenziate nel prosieguo, alle teorie del paternalismo libertario o *nudge*⁹⁻¹⁰.

⁹ Si è deciso di utilizzare l'espressione "*nudge*", come sostantivo, tutte le volte che essa viene opposta, in astratto, al concetto di *soft regulation* e di utilizzarla nella sua forma verbale "*nudging*" quando descrive, invece, l'uso di tecniche che possono influenzare il comportamento dei destinatari della regolazione.

¹⁰ La teoria del *nudge* è stata proposta nei primi anni duemila da due professori di Chicago, Thaler – un economista – e Sunstein – un giurista – mossi dalla insoddisfazione per le teorie istituzionali, basate sul presupposto che gli esseri umani (studiati nel loro essere destinatari della regolazione) abbiano solo condotte razionali. V.R. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2009, e C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge*, Feltrinelli, Milano, 2015 (già R. THALER-C. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, New Haven, 2008). Gli Autori, utilizzando alcune ricerche condotte nel campo delle scienze sociali (in particolare, psicologia e scienze comportamentali) hanno applicato le teorie sulla "predittività" dei comportamenti umani all'azione regolatoria delle istituzioni e all'economia, proponendo un modello di regolazione (appunto) flessibile. La teorizzazione di Thaler e Sunstein venne riportata in un interessante e fecondo volume, pubblicato per la prima volta nell'aprile del 2008, il cui titolo originario era «*Libertarian paternalism*» e che, come Sunstein ricorda nel corso di un suo *speech* all'Università di Harvard del 12 novembre 2008, fu poi corretto, su suggerimento degli editori, sostituendo ai termini *libertarian paternalism*, troppo legati a concetti già discussi, l'espressione *nudge*. Il discorso è visibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=Rewo7dPIRyU>. Il punto nodale della teoria dei due studiosi è, tuttavia, ben evidente nella originaria intitolazione: la loro proposta per migliorare l'azione delle istituzioni perché agiscano al «meglio» consiste nell'unire due concetti rivali, il paternalismo – ossia la tendenza delle istituzioni a imporre le proprie scelte – e la libertà di scelta degli individui (dovremmo dire il «libertarismo» se traducessimo letteralmente).

Fra i più recenti contributi dell'Autore americano in tema di *nudge* si segnalano C. SUNSTEIN, *Nudges vs. shoves*, in *Harvard Law Review Forum*, 2014, p. 210 ss.; ID., *Do people like nudges?*, in *Administrative Law Review*, 2015, p. 1 ss.; ID., *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; C. SUNSTEIN, *Regulation as delegation*, in *Journal of Legal Analysis*, 2015, p. 1 ss.; ID., *Nudges That Fail*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2017, p. 4 ss.; C. SUNSTEIN-L.A. REISCH, *The Economics of Nudge*, London-New York, 2017; C. SUNSTEIN, *Is Cost-Benefit Analysis a Foreign Language?*, in *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, in corso di pubblicazione. L'impostazione proposta da SUNSTEIN e THALER ha acceso un vivace dibattito nella dottrina statunitense. In particolare, è stata criticata la teorizzazione di un Governo che agisca come «architetto delle scelte» degli individui, sostituendosi alle loro libere scelte, da R. SUDGEN, *Do People Really Want to Be Nudged Towards Healthy Lifestyles?* in *International Review of Economics*, 2017, p. 113 ss. Lo scritto ha suscitato la reazione del teorizzatore del *paternalism* libertario, che, in C. SUNSTEIN, *Better off, as judged by themselves': a comment on evaluating nudges* in *International Review of Economics*, 2017, p. 1 ss., ha specificato che il *nudge* può essere declinato in diversi gradi di incisività. Si veda sul punto, l'ulteriore replica di R. SUDGEN, *'Better off, as judged by themselves': a reply to Cass Sunstein*, *ivi*, p. 1 ss.

Il ragionamento sul paternalismo libertario è stato sviluppato dalla dottrina statunitense in una prospettiva sia di scienza del diritto sia di etica delle relazioni giuridiche fra Governo e cittadini. Si vedano, in particolare, i numerosi contributi del *Symposium: The Ethics of Nudging – Evaluating Libertarian Paternalism* pubblicati in *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 2016, p. 645 ss. e, in particolare, J. HASNAS, *Some nudging about nudging: four questions about libertarian paternalism* *ivi*, p. 645 ss.; J. LICHTENBERG, *For your own good: informing, nudging, coercing*, *ivi*, p. 663 ss.; D. HUSAK, *The Folly of Categorization: Why Nudges Are Even More Defensible than Their Advocates Suppose*, *ivi*, p. 703 ss. Ancora, risulta particolarmente interessante l'analisi condotta da R.G. WRIGHT, *Legal paternalism and the eclipse of principle* in *Miami Law Review*, 2016, p. 194 ss., ove viene sottolineato come il paternalismo normativo provochi un distacco dai principi, verso l'analisi di specifiche e circostanziate questioni pratiche. Assumono una prospettiva ampiamente critica R. CALO, *Code, Nudge, or Notice?*, in *Iowa Law Review*, 2014, p. 773 ss.; P.G. HANSEN-A.M. JESPERSEN, *Nudge and Manipulation of choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*, in *The European Journal of Risk Regulation*, 2013, p. 3 ss.; K. YEUNG, *Nudge as fudge*, in *The Modern Law Review*, 2012, p. 122 ss.

Una prospettiva economica nell'analisi sul *nudge* è seguita, invece, da D.G. GOLDSTEIN-E.J. JOHNSON-A. HERRMANN-M. HEITMANN, *Nudge your customers towards better choices*, in *Harvard*

Abbiamo già avuto occasione di rilevare che, a nostro avviso, l'approccio alla regolazione proposto da Thaler e Sunstein, ideatori del *nudge*, offre un interessante parametro di confronto e riflessione, se rapportato al nuovo archetipo di regolazione flessibile promosso dal citato art. 213 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

La teorizzazione degli studiosi statunitensi, difatti, dimostra che esistono tecniche regolatorie, basate sull'analisi delle condotte dei percettori della regolazione, che risultano efficaci per il fatto di indurre certi comportamenti, invece che imporli con la forza della coercizione diretta¹¹.

Ebbene, la "flessibilità" della regolazione affidata all'Autorità Anticorruzione evoca una idea simile. Essa è orientata ad un risultato specifico, indicato nel comma 2 dell'art. 213 del Codice, ossia garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, facilitando lo scambio di informazioni, l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche. Per fare ciò, la regolazione delegata all'Autorità, secondo la volontà del legislatore, si svincola dalla tradizionale «rigidità» delle discipline astratte ed imperative, rinchiuse nelle tipiche fonti normative di rango primario;

Business Review, 2008, p. 99 ss.; E.J. JOHNSON *et al.*, *Beyond nudges: Tools of a choice architecture*, in *Marketing Letters*, 2012, p. 487 ss.

Le idee proposte dalla dottrina statunitense sono state di recente oggetto di commento anche da parte della dottrina amministrativistica italiana. Si vedano, in particolare, G. NAPOLITANO, *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 293 ss.; N. RANGONE, *Regolazione e scienze cognitive dopo l'"executive order" di Obama*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 16 ss.

¹¹ Le teorie del paternalismo libertario sono state applicate, per esempio, nell'*Executive Order* n. 13707 del 15 settembre 2015 *Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People* emanato dall'amministrazione Obama, diretto alle agenzie federali, consultabile all'indirizzo <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>. Appare interessante la dichiarazione del Presidente Obama con riferimento all'atto adottato, che evidenzia l'importanza della strategia politica sottesa alla teoria in discussione: «Adopting the insights of behavioral science will help bring our government into the 21st century in a wide range of ways – from delivering services more efficiently and effectively; to accelerating the transition to a clean energy economy; to helping workers find better jobs, gain access to educational opportunity, and lead longer, healthier lives.».

L'analisi del testo dell'*Order* è particolarmente utile per intendere quanto la tecnica proposta da Sunstein e Thaler sia efficace in chiave politica e regolatoria. La capacità di persuasione della teoria è dipesa dai risultati pratici che dalla stessa sono conseguiti, come si può leggere dall'esordio dell'atto: «A growing body of evidence demonstrates that behavioral science insights – research findings from fields such as behavioral economics and psychology about how people make decisions and act on them – can be used to design government policies to better serve the American people. Where Federal policies have been designed to reflect behavioral science insights, they have substantially improved outcomes for the individuals, families, communities, and businesses those policies serve. For example, automatic enrollment and automatic escalation in retirement savings plans have made it easier to save for the future, and have helped Americans accumulate billions of dollars in additional retirement savings. Similarly, streamlining the application process for Federal financial aid has made college more financially accessible for millions of students. By improving the effectiveness and efficiency of Government, behavioral science insights can support a range of national priorities, including helping workers to find better jobs; enabling Americans to lead longer, healthier lives; improving access to educational opportunities and support for success in school; and accelerating the transition to a low-carbon economy.».

Adottando il provvedimento in questione, il Presidente Obama ha dato mandato alle *agencies* di sviluppare politiche che promuovano, nell'ambito della propria attività regolatoria ed amministrativa, analisi e studi sulla reazione dei comportamenti sociali a fronte di determinate azioni pubbliche, in maniera che queste ultime siano rese più efficienti. L'*Order* ha anche stabilito che il *Social and Behavioral Sciences Team*, sotto la guida del *National Science and Technology Council*, fornisca adeguato supporto alle agenzie per l'implementazione delle politiche indicate e rediga un rapporto annuale con la sintesi dei programmi avviati.

l'azione affidata all'Autorità appare, al contempo, *paternalistica*, in quanto diretta a raggiungere le finalità enunciate nella legge delegante, e *libertaria*, perché adattabile ed elastica, rispondendo, in tal modo, alle mutevoli esigenze del settore.

A partire, quindi, dall'analogia tra il paternalismo libertario e la regolazione flessibile, è interessante verificare se ed in che termini la concreta attività regolatoria posta in essere dall'Autorità risponda al modello concettuale più prossimo, sperimentato da decenni negli Stati Uniti e dotato di un supporto teorico molto accurato, e quali terreni restino eventualmente ancora inesplorati; con questa prospettiva, come si è anticipato poco sopra, analizzeremo le tecniche redazionali ed alcuni contenuti delle linee guida già adottate dall'Autorità Anticorruzione, intesi come espressione emblematica della nuova stagione di regolazione a cui stiamo assistendo, e li confronteremo con le fonti legislative tradizionali¹².

Nei paragrafi che seguono, dopo aver introdotto un'importante precisazione che ci permetterà di distinguere, in maniera più scrupolosa, tra *soft regulation* e *nudge*, fatto cenno al contesto che caratterizza oggi il nuovo diritto delle amministrazioni pubbliche, ci dedicheremo, nella prima parte, ad un esame del testo delle linee guida¹³, mettendo in relazione il linguaggio della regolazione flessibile dell'Autorità con le finalità ad essa sottese; nella seconda, invece, tenteremo di cogliere dalle teorie vagliate alcuni spunti di riflessione, utili per migliorare la capacità della regolazione in oggetto di favorire uno spontaneo e virtuoso adeguamento dei soggetti regolati.

Sorprendentemente, l'analisi condotta porterà ad evidenziare che l'Autorità si fa sì organo propulsore di un nuovo lessico giuridico improntato ai principi di semplificazione, chiarezza e trasparenza¹⁴, ma senza ancora essere protagonista della diffusione di un diritto realmente "flessibile" o *soft*. Il che deluderebbe le aspettative di chi ritenesse già in atto l'annunciato ripensamento complessivo nell'approccio regolatorio alla disciplina dei contratti pubblici che ha ispirato il nuovo Codice.

1.1. Una precisazione preliminare: la differenza tra *soft regulation* e *nudge*

La dottrina nazionale ha avviato una riflessione sulla regolazione flessibile dell'Autorità Anticorruzione qualificandola come *soft regulation*. Con la termi-

¹² Più precisamente, sono stati presi in esame, per il confronto, alcuni articoli del nuovo Codice dei contratti pubblici, in maniera da mantenere una certa coerenza di contenuti.

¹³ La scelta di concentrarci sulle linee guida è motivata dal fatto che esse appaiono come la fonte di normatività più innovativa e meglio in grado di caratterizzare il nuovo ciclo dell'attività di regolazione del mercato dei contratti pubblici.

¹⁴ Non vi è dubbio che l'ANAC intenda comunicare in maniera atecnica, al fine di farsi intendere non solo dalle imprese del settore, nazionali ed estere (si noti che, per la comprensione da parte degli operatori stranieri, è necessario mettere in atto una mediazione linguistica tra tecnicismi e linguaggio comune, al fine di evitare che i sofismi della lingua straniera siano per loro il primo simbolo della discriminazione in favore delle imprese nazionali) e dai destinatari principali dell'attività regolatoria (*id est* le amministrazioni pubbliche), ma anche, in generale, dalla comunità. Del resto, la gran parte degli interessi protetti tramite la regolazione di competenza dell'Autorità ha rilevanza sociale, nel senso che riguarda aspetti fondamentali per un sereno svolgersi della vita comune: al fondo, il corretto utilizzo del denaro pubblico, essenziale per il corretto funzionamento del mercato dei contratti pubblici, giova alla collettività, in favore della quale esso dovrebbe essere speso.

nologia in questione ci si riferisce a fenomeni diversi tra di loro, tutti espressione di normatività, sia pure con connotati differenti rispetto alle fonti tipiche del diritto.

Si precisa, in dottrina, che «*si tratta di una normatività che oltrepassa i confini del diritto tradizionale (le droit est plus grand que la règle de droit) e che si manifesta in modi, forme e con forza nuovi rispetto a quelli cristallizzati in una certa rappresentazione (forse ormai solo ideale) del sistema delle fonti*»¹⁵. Quando ci si confronta con gli studi della dottrina giuridica e politica americana, la *soft regulation* viene poi facilmente sovrapposta al paternalismo libertario o *nudge*¹⁶, ossia alla tecnica, a cui si accennava, del regolare non tramite obblighi che eliminano in toto l'autonomia decisionale individuale, ma "pungolando"¹⁷.

Ora, per riferirci con correttezza alle categorie concettuali menzionate, occorre introdurre alcune precisazioni, che si rileveranno utili nel prosieguo, volte a chiarire in che termini riteniamo che gli atti di regolazione dell'Autorità Anticorruzione, per inserirsi proficuamente nel contesto attuale della regolazione del mercato dei contratti pubblici, dovrebbero essere espressione non solo di *soft regulation*, ma, più propriamente, di *nudge* e, precisamente, di *educative nudge*.

Come si diceva, il *nudge* è inteso come una strategia di regolazione particolarmente feconda quanto agli effetti, perché permette a chi eserciti il potere regolatorio di indurre, con una certa facilità, determinati comportamenti senza utilizzare, necessariamente, la forza impositiva della coercizione diretta¹⁸ che

¹⁵ In questi termini. B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, cit., p. 32 ss.

¹⁶ Gli Studiosi dei contratti pubblici potrebbero, in verità, approfondire anche differenti percorsi di lavoro, dedicandosi a nuovi e complementari profili di ricerca, interrogandosi sulle strategie della regolazione del mercato in funzione dei risultati da raggiungere (*self-regulation, meta-regulation, regulatory network*) oppure indagando le tecniche che possono essere adottate (*responsive regulation, risk-based regulation, principle-based regulation*), programmando, di conseguenza, risultati specifici e percorsi per ottenerli (*cost benefit analysis, regulatory impact assesment, accountability, fairness*, ecc.). Per esempio, sarebbe interessante riflettere, nel caso che ci occupa, di un possibile impiego dei canoni della *responsive regulation* per migliorare il dialogo tra regolatore e soggetti regolati. In argomento, J. BRAITHWAITE-I. AYRES, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford Socio-Legal Studies, Oxford University Press, 1992 (rist. 1995). Questa l'idea di partenza: «We argue that by working more creatively with the interplay between private and public regulation, government and citizens can design better policy solutions. (...) Responsive regulation is distinguished (from other strategies of market governance) both in what triggers a regulatory response and what the regulatory response will be. We suggest that regulation be responsive to industry structure in that different structures will be conducive to different degrees and forms of regulation. Government should also be attuned to the differing motivations of regulated actors. Efficacious regulation should speak to the diverse objectives of regulated firms, industry associations, and individuals within them. (...) Responsive regulation is not a clearly defined program or a set of prescriptions concerning the best way to regulate. On the contrary, the best strategy is shown to depend on context, regulatory culture, and history. Responsiveness is rather an attitude that enables the blossoming of a wide variety of regulatory approaches, only some of which are canvased here.», p. 3-4.

¹⁷ Va tenuto presente che gli ideatori della teoria del *nudging* (Sunstein e Taler) sostengono, come si è scritto più sopra nel testo e come risulta dal dibattito riportato in nota 10, che il *nudge* non limiti l'autonomia individuale, ma anzi la rispetti e la valorizzi, aumentando le informazioni a disposizione della comunità, basandosi sugli studi delle preferenze individuali e limitandosi a favorire la correzione degli errori nei comportamenti umani che danneggiano la felicità delle persone, o intervenendo per il caso di fallimenti del mercato. Gli oppositori, invece, enfatizzano la presenza dell'elemento paternalistico del *nudge*, ritenendolo limitante rispetto all'autonomia decisionale individuale. Il dibattito in argomento si può ricostruire attraverso i contributi già citati nella precedente nota 9.

¹⁸ Non è escluso che talune forme di *nudge* convivano con la coercizione per alcuni (*coerced*) e non per altri (*nudged*). Sulle varie tipologie di *nudge* è esaustiva la spiegazione fornita da C. SUNSTEIN, *The Ethics of Nudging*, in *Yale Journal on Regulation*, 2015, p. 414 ss., spec. p. 424 ss. Esistono diverse forme di *nudge*: oltre alle regole di *default*, che stabiliscono una regola

ricalcherebbe lo schema classico dei comandi inderogabili: voglio X → comando X.

Invece, per quanto qui interessa, il *nudge* si articola, principalmente¹⁹, secondo le due possibili sequenze che seguono: *i) end paternalism*: voglio X → studio i comportamenti dei destinatari delle regole → introduco la regola Y (per esempio, stabilisco una c.d. *default rule* in base alla quale tutti i cittadini sono donatori di organi, salvo che esprimano una volontà diversa) → induco il comportamento X (la maggior parte delle persone accetterà di essere donatore di organi, preferendo la *default rule* alla modifica dello *status quo*); oppure, *ii) means paternalism*: voglio X → studio i comportamenti dei destinatari delle regole → suggerisco X, con motivazioni convincenti e persuasive per il destinatario della regolazione → induco X per effetto del *nudging* (c.d. *educative nudging*)²⁰.

Entrambe le forme di *nudge* dinanzi ricordate presuppongono la chiarezza del messaggio, la semplificazione, la dimostrazione di vantaggi e svantaggi, l'individuazione di benefici, ecc.

Secondo la teorizzazione del *nudge*, un "architetto delle scelte" – cioè il soggetto dotato del potere di regolare una determinata materia – che voglia massimizzare il raggiungimento degli scopi che si prefigge (per esempio, aumentare la trasparenza e la chiarezza della motivazione dei provvedimenti amministrativi) – è incaricato di utilizzare diversi accorgimenti per favorire il traguardo atteso, applicando le tecniche di persuasione messe a punto dagli studi di scienza comportamentale²¹, condotti con riferimento ai destinatari di una certa regolazione.

di massima, che vale se il soggetto destinatario non si oppone alla sua validità, il *nudge* può consistere, per esempio, in: semplificazione, divulgazione di informazioni (per esempio la tabella della calorie su cibi e bevande); avvertimenti, grafici o altro (per esempio, i messaggi sui pacchetti di sigarette); promemoria o solleciti per certe azioni (per esempio, *alert* per evitare la morosità nei pagamenti); ricompensa non monetaria (come il riconoscimento pubblico); strategie preliminari, ecc.

¹⁹ Il nostro ragionamento necessita di alcune semplificazioni, non volendoci noi occupare di criticare, in questa sede, la teoria del paternalismo libertario, ma avendo invece l'obiettivo, più modesto, di cogliere gli elementi utili per concentrarci sulle caratteristiche e sulle prospettive di miglioramento della regolazione affidata oggi all'Autorità Anticorruzione.

²⁰ Durante una conferenza tenutasi ad Harvard nel 2012, Sunstein ha tentato di esemplificare il metodo proposto, illustrando come sarebbe possibile aumentare il numero di donatori di organi negli Stati Uniti ricorrendo al *nudging*: basterebbe utilizzare l'approccio libertario del consenso presunto (viceversa, imporre la donazione di organi non sarebbe paternalismo libertario ma regolazione coercitiva tradizionale, dunque l'Autore deve scartare questa eventuale ipotesi), introducendo una regola che rende tutti i cittadini donatori di organi, salvo che esprimano il loro intento contrario. In tal modo, sfruttando la tendenza degli esseri umani a mantenere lo *status quo* e la loro attitudine a non distinguersi dal gruppo (nel nostro esempio, essere donatori di organi sarebbe la condizione «normale» di tutti), si avrebbe certamente, secondo lo Studioso, un aumento esponenziale dei donatori, perché il non esserlo obbligherebbe ad una valutazione critica, meno probabile rispetto all'adesione automatica alla condotta generalizzata. V. appunto R. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, op. cit., p. 7 ss. A questo stesso proposito, è interessante un esperimento condotto da Johnson e Goldstein nel 2003 (v. E. JOHNSON-D. GOLDSTEIN, *Do defaults save our lives?*, in *Science*, vol. 302/5649, 2003, pp. 1338-1339), che hanno sottoposto ad un campione di popolazione un questionario *online* con tre opzioni: le prime due di *default* (essere donatore e scegliere di non donare; non essere donatore e scegliere di donare) e la terza neutra (indicare se si vuole essere un donatore di organi o no). I risultati hanno dimostrato che, effettivamente, gli individui preferiscono lo *status quo*, mantenendo il comportamento indicato nell'opzione di *default* senza modificarlo.

²¹ Interessanti considerazioni sull'applicazione delle scienze cognitive al campo della regolazione sono svolte da F. DI PORTO-N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, in A. ALEMANNO (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective (Mo-*

Ragionando sull'argomento, va tenuto presente – e questo a noi sembra un elemento positivo in sé – che lo studio dei comportamenti sociali da parte del regolatore, allo scopo di prevedere la risposta dei precettori, aumenta lo sforzo razionale sotteso alle scelte regolatorie. Affinché una condotta, pur senza essere imposta, sia generalizzata, con la finalità di renderla l'opzione preferita dal regolatore e preferibile dalla comunità, oppure sia solamente suggerita, in ragione della sua vantaggiosità, le decisioni regolatorie devono necessariamente essere il frutto di meditate valutazioni e di complesse istruttorie, i cui risultati migliorano l'efficacia dell'intervento regolatorio.

Nel sistema statunitense, l'impiego del *nudging* ha già prodotto risultati interessanti in termini di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività degli organismi pubblici. L'amministrazione Obama, sollecitando le *agencies* ad utilizzare le tecniche di *nudging*, ha avviato progetti che hanno prodotto cambiamenti positivi, in termini di benefici complessivi per la comunità, nei settori della promozione delle politiche di accantonamento delle retribuzioni ai fini pensionistici, dei supporti economici e finanziari ai soggetti in difficoltà (per esempio, in materia di buoni pasto per le scuole o di micro prestiti alle imprese agricole), dell'accesso al credito studentesco, delle politiche della riduzione delle emissioni, della riforma della giustizia penale con riferimento alla reintegrazione sociale di coloro che abbiano scontato una pena detentiva, dell'assistenza per trovare un impiego, della raccolta e diffusione di informazioni sulle professionalità più richieste nel mondo del lavoro, della promozione di logiche assicurative che favoriscano l'accessibilità delle cure mediche, dell'attivazione di corsi e della sperimentazione di tecniche per rafforzare la managerialità pubblica²².

Entrambi i percorsi del *nudging* (*end paternalism* o *means paternalism*) appaiono, a livello teorico, modalità regolatorie particolarmente adatte a costruire un rapporto di fiducia e di proficua interazione tra regolatore e soggetti regolati, quando i destinatari della regolazione siano soggetti pubblici, perché consentono la permanenza del potere decisionale in capo alle amministrazioni agenti. Nel caso del paternalismo dei fini, stabilendo una regola di massima che può essere derogata, la discrezionalità amministrativa può esprimersi nel motivare una decisione difforme da quella standardizzata; in quello dei mezzi, i suggerimenti del regolatore vengono valutati nell'esercizio del potere discre-

derm Studies in European Law), Bloomsbury Publishing, p. 29 ss., che, analizzando gli approcci alla regolazione che definiscono *cognitive-based*, riflettono sulle *unresponsive behaviours*, ossia sui comportamenti individuali diversi da quelli attesi dal regolatore. Più in generale, le *Studies* descrivono due strategie regolatorie, il *nudging* e l'*empowerment*: «By showing how people actually make choices, cognitive sciences enable the formulation of rules that may better address the public interest that they intend to pursue. Therefore, cognitive sciences may contribute to rulemaking by reducing the risk of regulatory failure induced by a lack of consideration of behavioural limitations. (...) Moreover, cognitive insights should be taken into account when designing a regulatory response in a particular context. This may require revisiting traditional regulatory tools (to make rulemakers more aware of possible unresponsive behaviours), as well as creating new strategies, that are therefore named 'cognitive-based'. The latter include two typologies: 'nudging' and 'empowerment'. Although both are based on similar cognitive insights, we contend that while 'nudging' is meant to 'exploit' individual emotional responses, 'empowerment' is aimed at enhancing people's capacity to manage and overcome their emotional responses, in order to adopt deliberately conscious decisions.», p. 29; cfr. anche N. RANGONE, *Errori cognitive e scelte di regolazione*, in *Analisi giur. econ.*, 2012, p. 1 ss., dove si chiariscono le tecniche di base e i percorsi a disposizione del regolatore.

²² I risultati sono documentati in *Social and Behavioral Sciences Team, 2016 Annual Report, Executive Office of the President, National Science and Technology Council*, September 2016, visionabile alla pagina: <https://sbst.gov/download/2016%20SBST%20Annual%20Report.pdf>.

zionale e, dunque, essi sono o meno seguiti a seconda della loro capacità di convincere l'ente percettore.

Nudge e *soft regulation* hanno una radice comune, che consiste nella lontananza dai criteri formali di legittimazione del diritto, basati sul carattere tipico e verticale delle fonti²³, ma anche elementi rispettivamente peculiari.

La *soft regulation* si riferisce ad un modello teorico nato nel diritto internazionale per differenziare gli atti, pur dotati di effetti giuridici ma incapaci di generare veri e propri obblighi, dai provvedimenti o accordi dotati di efficacia vincolante diretta e contenuti precettivi. In quella dimensione, l'aggettivo *soft*, che si affianca al termine *regulation*, qualifica talune disposizioni che si impongono solo con il consenso del destinatario, per effetto di innovative e sperimentali tipologie di regolazione, spesso provenienti da soggetti non inseriti nel circuito democratico-parlamentare, ma espressione di "poteri" riconosciuti come tali nella dinamica, a volte informale, delle relazioni giuridiche nella società moderna (si pensi, ad esempio, ai codici di comportamento che determinate associazioni propongono ai propri associati). Il *nudge* è totalmente concentrato sull'esito della regolazione, in una logica che noi chiameremmo "effettuale", orientata cioè a rendere gli atti regolatori il più possibile capaci di produrre un fenomeno di conformazione spontanea agli obiettivi che la regolazione si pone.

L'intenzione della regolazione, dunque, nella teoria del *nudging*, è tutt'altro che *soft*²⁴, mirando ad ottenere il massimo possibile di conformazione agli obiettivi che il regolatore deve attuare; per ciò il regolatore viene denominato "*architetto delle scelte*"²⁵. Di contro, lo strumento della comunicazione, cioè il linguaggio impiegato, è spesso *soft*, perché il paternalismo libertario, come si è detto, mette in atto anche strategie diverse da quelle della coercizione diretta ed imperativa.

Così enucleate le caratteristiche principali di *nudge* e *soft regulation*, vedremo di seguito in che maniera il linguaggio impiegato dall'Autorità Anticorru-

²³ Cfr., M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, spec. pp. 45-46.

²⁴ Infatti, l'espressione *nudge* – spesso tradotta per assonanza di significato con il termine "pungolare" (o con una traduzione *ad sensum*: spinta gentile) – riunisce le teorie che si basano sulla convinzione che sia opportuno e necessario guidare le scelte della comunità amministrata o dei soggetti regolati, non aderendo invece all'approccio liberista di Milton Friedam o di John Stuart Mill, che minimizzano l'incidenza del Governo sulle decisioni individuali. La regolazione gentile sfrutta diverse tecniche per condizionare al meglio (secondo le scelte o, meglio, gli obiettivi, del regolatore) le decisioni dei destinatari, non intendendo lasciarli liberi di autodeterminarsi. È *soft*, dunque, la tecnica, non l'intenzione del regolatore.

²⁵ Tanto che le principali critiche mosse al *nudging*, specialmente quando non sia sviluppato nei termini del c.d. *educative nudging*, cioè con l'obiettivo di informare i destinatari delle regole perché siano questi ultimi a scegliere per il meglio (cfr., per esempio, R. REBONATO, *Taking Liberties: A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, MacMillan, Palgrave, 2012; S. DARWALL, *The Value of Autonomy and the Autonomy of the Will in Ethics*, 2006, p. 263 ss., spec. p. 268) riguardano la sua fortissima capacità manipolativa. Risponde all'interrogativo se l'utilizzo del *nudge* sia etico o meno, C. SUNSTEIN, *The Ethics of Nudging*, cit., p. 414 ss., mettendo in evidenza che ogni attività amministrativa e di governo suppone la predeterminazione di scelte e obiettivi e, di conseguenza, il *nudge* e l'architetto delle scelte sono entrambi protagonisti inevitabili della società moderna che necessita di essere governata. Allora, la questione non è, secondo lo Studioso, se il *nudge* sia o meno etico oppure se sia contestabile o meno in termini astratti, ma, piuttosto, come esso, nel concreto, venga impiegato e per quali finalità. Per esempio, sarebbe criticabile, in termini etici, una decisione regolatoria di una nazione con la quale si stabilisse che, in assenza di una indicazione in senso contrario, i beni di proprietà privata accedano al patrimonio pubblico alla morte di un cittadino. Inoltre, secondo Sunstein, rendere trasparente l'obiettivo e la motivazione di una certa regolazione ne riduce l'effetto "manipolativo".

zione nelle linee guida segua le caratteristiche proprie del *nudging* e dove se ne discosti.

Ciò detto, procediamo con ordine, dedicandoci anzitutto ad intendere quali siano i tratti del cambiamento che abbiamo anticipato e, dunque, quali caratteristiche tradizionali del linguaggio giuridico siano ora messe in discussione, ed anzi superate, nel campo della regolazione del mercato dei contratti pubblici.

2. Il cambiamento di prospettiva nell'uso della parola nel moderno diritto delle amministrazioni pubbliche

La parola, scritta o decantata, è frutto dell'esperienza di un pensiero. Talvolta di una precisa intenzione, talaltra dell'istinto di un momento. Può essere tagliente, emozionante, determinante, offensiva, gratificante, oltraggiosa. Quale che sia il suo contenuto, la parola è essenziale perché la comunicazione, scritta o orale, avvenga. Senza di essa non si avrebbe narrazione, né il racconto o il fraseggio dell'argomentazione. Sono molte le scienze che, attraverso l'analisi del linguaggio²⁶, studiano la parola: la linguistica e le sue discipline (semantica, pragmatica, morfologia, sintassi, fonetica, fonologia e lessicologia), la neurolinguistica e la linguistica computazionale²⁷. I termini impiegati costituiscono il lessico, a sua volta composto da oggetti linguistici che danno voce ai discorsi.

La parola è anche lo strumento della legge, il segno della sua manifestazione. I testi normativi, le decisioni del giudice, le raccomandazioni degli organi sovranazionali, le requisitorie di un pubblico ministero, le relazioni di una consulenza tecnica sono fatti di parole, e così via. In questi ultimi contesti, il lessico²⁸ comune, cioè quello utilizzato nelle conversazioni atecniche, è affiancato, per esigenze di precisione e di chiarezza dei contenuti esposti, da lessici specialistici, ossia composti da un vocabolario specifico.

²⁶ Su tale tema v. innanzitutto G. GRAFFI-S. SCALISE, *Le lingue e il linguaggio. Introduzione alla linguistica*, Il Mulino, Bologna, 2013; G. BASILE-F. CASADEI-L. LORENZETTI-G. SCHIRRU-A.M. THORTON, *Linguistica generale*, Carocci, Roma, 2010; R.H. ROBINS, *La linguistica moderna*, Il Mulino, Bologna, 2005. Si avverte che i riferimenti bibliografici a pubblicazioni o ricerche scientifiche nel campo della linguistica sono il frutto di una precisa scelta dell'Autore e, dato il fine della presente ricerca, non hanno alcuna pretesa di esaustività.

²⁷ La linguistica computazionale è «lo studio di sistemi informatici per la comprensione e la produzione del linguaggio naturale», R. GRISHMAN, *Computational linguistics – An introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986. Partendo dall'analisi del funzionamento della lingua naturale, la linguistica computazionale si occupa dell'elaborazione di modelli linguistici che simulino il linguaggio umano e che siano eseguibili da un computer con un duplice scopo: da un lato, assistere gli individui attraverso programmi informatici di traduzione, correzione ed analisi testuale e, dall'altro, sviluppare *software* in grado di interpretare ed adoperare il linguaggio per interagire con l'uomo, estrarre informazioni da diversi *media* linguistici (testi scritti e orali) e acquisire costantemente nuovi termini.

Sul tema v. anche R.C. SCHANK-K.M. COLBY, *Computer Models of Thought and Language*, W.H. Freeman & Co, San Francisco, 1973, e M. FLEISCHMAN, D. ROY, *Intentional context in situated language learning*, in *9th Conference on Computational Natural Language Learning (CoNLL-2005)* Ann Arbor, June 29-30, Stroudsburg, Association for Computational Linguistics (ACL), 2005.

²⁸ Per lessico si intende l'insieme delle parole di una lingua. Più in generale sull'argomento v. G. ADANI-V. DELLA VALLE, *Le parole del lessico Italiano*, Carocci, Roma, 2008, e E. JEZEK, *Lessico. Classi di parole, strutture e combinazioni*, Il Mulino, Bologna, 2011.

Il lessico giuridico²⁹ è certamente un lessico specialistico e, nel diritto amministrativo, spesso rischia di trasformarsi nell'oscuro "burocratese"³⁰.

Appartiene all'esperienza comune la percezione della complessità e della tecnicità del linguaggio giuridico, tanto che il principale compito dell'interprete qualificato spesso consiste nel decifrarlo per applicarlo al caso concreto³¹. L'elevato livello di ideazione e di concettualizzazione dei termini legali ne complica, fisiologicamente, la comprensione; la conoscenza delle implicazioni di un certo dettato normativo o la esatta percezione del suo significato possono richiedere diversi approfondimenti, non sempre alla portata di qualunque percettore.

La prima difficoltà, nel comprendere il linguaggio del diritto, dipende dal significato fatto proprio dalle parole, che, se inserite nella normativa o nel discorso giuridico, possono acquistare un contenuto concettuale diverso da quello legato al loro uso quotidiano. Per esempio, si pensi ad un termine come

²⁹ Il lessico giuridico è un sottoinsieme del lessico italiano ed è composto da voci tecniche non presenti nella lingua comune, voci risemantizzate che assumono un significato diverso da quello comune diventando a loro volta tecnicismi, parole del lessico comune italiano, latinismi e parole provenienti da francese e tedesco. Interessante a questo proposito l'analisi condotta da Mantovani e Pellecchi in D. MANTOVANI-L. PELLECCHI, *Il piano del lessico*, in *La lingua del diritto: formazione, uso e comunicazione*, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli studi di Pavia, A.A. 2013-2014. Gli Studiosi hanno evidenziato che, nonostante l'indice Gulpease (indice di complessità delle parole) sia elevato per un lettore con un livello di istruzione medio, il 94% delle parole impiegate nel diritto è riconducibile al vocabolario italiano di base, mentre solo 0,5% sono tecnicismi. La ricerca citata ha messo in evidenza che il motivo per cui un articolo di legge è «intellegibile a pochi specialisti ed ermetico per i profani» è dovuto non alla prevalenza di tecnicismi rispetto alla lingua comunemente utilizzata, bensì alla presenza di alcune parole chiave che assumono un significato diverso rispetto a quello proprio della lingua comune, complicando così l'interpretazione del testo. Sul tema v. anche D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in G. GARZONE-F. SANTULLI (a cura di), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 17 ss.

Sull'uso della parola nel diritto cfr. anche F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2010, concentrato sull'applicazione delle metafore nel diritto, con moltissimi esempi tratti dal campo della giurisprudenza civile; la personalità giuridica, per esempio, è indicata come «una metafora ascesa alla ribalta dello stesso linguaggio legislativo», F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., p. 21 ss.; R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, concentrato prevalentemente sul discorso giuridico nelle sue implicazioni tecniche, e, suggestivamente con riferimento principalmente alle parole che esprimono principi, M. ANIS, *Le parole della Costituzione*, Lezioni Magistrali, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

³⁰ Ha di recente riflettuto sull'argomento, in uno scritto particolarmente interessante in cui ci si sofferma anche sul linguaggio del diritto amministrativo, sospettato di essere una «lingua disonesta», M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 187 ss.

³¹ I testi giuridici sono spesso influenzati negativamente, per quanto riguarda il loro livello di comprensibilità, dalla presenza di arcaismi, latinismi, ma soprattutto dalle parole appartenenti al linguaggio comune che, però, nel discorso giuridico, devono essere risemantizzate, in quanto assumono un significato specifico, diverso da quello ordinario, quando sono utilizzate in un testo tecnico, complicando il processo interpretativo di un lettore non specializzato nella materia. Si pensi, per esempio, alla differenza di significati di alcuni termini utilizzati sia nel linguaggio comune sia in quello giuridico: accertamento, giudicato, affiliazione, adozione, interesse legittimo, creditore, obbligazione, obbligo, residenza, domicilio, dimostra, pubblicità, trasparenza, e così via. Al riguardo v., tra gli altri, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, concentrato principalmente sulle problematiche giuridiche inerenti alla interpretazione delle norme, anche nella prospettiva della certezza del diritto; D. ANTELMINI, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico*, in G. GARZONE-F. SANTULLI (a cura di), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, cit., p. 89 ss.; A. BELVEDERE, *Scritti giuridici. Linguaggio e metodo giuridico*, Cedam, Padova, 2016, vol. 1., che raccoglie gli scritti dello Studioso su diversi aspetti, considerando tutto l'arco della sua produzione scientifica, tutti legali all'analisi del linguaggio del legislatore e del giurista, spec. Capp. VII, XIV, XV, XVI.

giudicato: sia esso utilizzato come aggettivo, sostantivo o verbo, *giudicato* ha il significato di intendere tutto ciò che abbia a che fare con qualcosa che sia stato deciso; ma lo stesso «giudicato», nel linguaggio giuridico, identifica una speciale qualità della sentenza pronunciata dall'organo giurisdizionale, coincidente con il momento in cui il provvedimento del giudice non sia più contestabile con i mezzi ordinari di impugnazione³². Inoltre, alla complessità lessicale (cioè delle parole), si aggiunge il fatto che i sintagmi utilizzati nel discorso giuridico non seguono sempre le regole della grammatica e il loro incedere è spesso differente da quello del comunicare comune³³.

Ebbene, la presenza di tecnicismi che rendano le “cose giuridiche”³⁴ difficili da interpretare³⁵ contraddice, a bene vedere, uno degli obiettivi principali del sistema, ossia che quanto statuito, dalla legge o dalle volontà delle parti, sia correttamente inteso e, per conseguenza, osservato.

Questo è il motivo per cui, nel moderno diritto delle amministrazioni pubbliche e, in particolare, nell'attività regolatoria che assume su di sé una missione educativa e propulsiva rispetto alla diffusione di buone pratiche, si invocano gli obiettivi della chiarezza, comprensibilità e sistematicità del dato giuridico, oltre che le tecniche della c.d. *better regulation*³⁶. È essenziale, in quei casi, che quanto prescritto sia ben compreso.

Si capisce così la straordinaria rilevanza della selezione del linguaggio ap-

³² Nel passaggio dal linguaggio comune al linguaggio giuridico, sussiste la necessità di procedere con quella che i linguisti chiamano la desemantizzazione delle parole, ossia l'operazione logica nella quale esse vengono prima colte nel loro significato più generale e poi risemantizzate, nell'ambito del contesto giuridico. Termini come obbligazione, obbligo, residenza, dimora, domicilio, trasparenza e così via, o intere locuzioni, come procedura di evidenza pubblica, vengono adattate al contesto specialistico, nel quale acquistano significati propri.

³³ Per esempio, nel disposto dell'art. 38 del d.lgs. n. 50/2016 – «Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentite l'ANAC e la Conferenza Unificata, sono definiti i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione all'elenco di cui al comma 1, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale. Il decreto definisce, inoltre, le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e di eventuale aggiornamento e revoca, nonché la data a decorrere dalla quale entra in vigore il nuovo sistema di qualificazione» – si possono cogliere alcuni elementi tipici del linguaggio tecnico giuridico: dal punto di vista sintattico, sono presenti periodi lunghi e tortuosi con una predominanza dell'ipotassi che richiedono al lettore di prestare particolare attenzione al tipo di relazione che intercorre tra le frasi per poter comprendere, di conseguenza, il significato veicolato dall'enunciato, è altresì rilevabile una dislocazione a sinistra del verbo (“*sono definiti i requisiti*”) che altera lo schema soggetto-verbo-complemento oggetto (co-siddetto SVO) tipico dell'italiano. È possibile, inoltre, identificare un “articolo zero” ovvero un'omissione dell'articolo determinativo che generalmente modifica il nome al quale si accompagna (“*con (il) decreto*”). Dal punto di vista morfologico, invece, sono rilevabili verbi non finiti con enclisi del – si (“*adottarsi*”) che contribuiscono a rendere l'enunciato impersonale e forme passive (“*sono definiti*”). Da segnalare la citazione anaforica di un comma menzionato in precedenza (“*di cui al comma 1*”) che potrebbe rendere complessa la comprensione per lettori non esperti in questo campo specializzato.

³⁴ L'espressione è volutamente generica perché intende ricomprendere tutto ciò che è attratto dal linguaggio giuridico: dalle fonti del diritto, alle decisioni giurisdizionali, al contratto, agli atti unilaterali, ecc.

³⁵ A questo proposito v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1971.

³⁶ Sulla definizione di *better regulation* si veda E. PARISI, *The legal transplant of cost-benefit analysis in the European Union in Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 475 ss.; cfr. AA.VV., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, op. cit., «In una parola si declina nel campo della regolazione il principio della trasparenza.», p. 35.

proprio per raggiungere gli obiettivi che l'Autorità Nazionale Anticorruzione si propone nel suo incidere: un linguaggio oscuro o poco comprensibile impedirebbe ai destinatari di procedere in conformità con quanto richiesto o auspicato dal soggetto regolatore del mercato.

Così, nella attivazione di un circuito di fiducia e di comunicazione trasparente, tra regolatore e destinatario della regolazione, assistiamo ad un importante cambiamento di prospettiva nell'uso delle parole nel diritto delle amministrazioni pubbliche, verso la semplificazione degli enunciati verbali e verso la chiarezza dei significati³⁷. E, del resto, tanto più il diritto è comprensibile tanto più è logico invocarne il rispetto e la rigorosa applicazione. Va comunque tenuto presente, d'altra parte, che sarebbe fallace pensare alla semplificazione del linguaggio giuridico come un veicolo di certezza nell'interpretazione di una norma o di un precetto, perché una dose di vaghezza è inevitabilmente connessa alla cultura, alla sensibilità e alla percezione sistematica della regola da parte del lettore, qualificato o meno che sia³⁸.

Più in generale, se poi si riflette sul fatto che il diritto amministrativo detta la disciplina dei rapporti tra la società, il suo governo e le attività umane, si giunge immediatamente ad intendere quanto sia cruciale che i relativi precetti siano comprensibili da chiunque (anche non esperti), in maniera da favorire uno sviluppo ordinato e non conflittuale dei rapporti sociali³⁹.

Del resto, gli occhi dei maestri⁴⁰ per primi hanno notato che è in corso un cambio di paradigma nello sviluppo dei canoni tradizionali della giuridicità, discorrendo delle tendenze attuali: *i*) a considerare dotati di effettività, in termini di vincoli giuridici, anche atti non appartenenti alla tramandata congerie delle fonti del diritto, sulla spinta del fenomeno che la dottrina identifica con l'espressione «diritto sconfinato»⁴¹; *ii*) a favorire modelli di legittimazione basati sulla autorevolezza di chi introduce determinate regole o sulla rispondenza di

³⁷ Per esempio, nella linea guida n. 2 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, del settembre 2016 sull'offerta economicamente più vantaggiosa è citato, in parte, l'art. 95, comma 4, lett. b) del Codice dei contratti pubblici (sottolineature nostre): «b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato», ma la citazione è poi seguita da un breve paragrafo in cui sono fornite le definizioni di *caratteristiche standardizzate* e di *condizioni definite dal mercato* in modo tale che il lettore sia quasi accompagnato nella lettura e comprensione del testo attraverso la messa in pratica dei principi di semplificazione e comprensibilità auspicati, rimediando così alla mancanza di definizioni dei tecnicismi.

³⁸ Interessante, a riguardo, il lavoro monografico di C. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, cit., spec. pp. 201 ss. e 241 ss., che approfondisce una propria tesi sulla fisiologica vaghezza delle norme, in antitesi alla concezione illuministica della certezza del diritto intesa come inevitabile portato della fonte legislativa.

³⁹ Resta invece, a nostro avviso, il dubbio sulla correttezza dell'assunto in base al quale ogni regola del mercato dei contratti pubblici debba essere scritta immaginando che possa essere intesa non solo dagli operatori del mercato e dalle amministrazioni, ma anche dai cittadini comuni, in ragione di un generico interesse alla verifica della correttezza dell'azione amministrativa.

⁴⁰ A cominciare da P. GROSSI, *La vita nel diritto. Lezioni magistrali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁴¹ Il concetto del diritto sconfinato è stato ricordato anche dal Presidente Pajno nella cerimonia di apertura dell'anno giudiziario 2017 del Consiglio di Stato, svoltasi a Roma il 31 gennaio 2017, in https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Notiziasingola/index.html?p=NSIGA_4269449; in argomento, 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*, Einaudi, Torino, 2001; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014; S. SASSEN, *The State and Globalization: Denationalized Participation*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, 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.

queste ultime al circuito dei valori cui la società stessa attribuisce⁴², in un certo momento, il carattere della essenzialità⁴³ piuttosto che sul formalismo delle strutture giuridiche; *iii*) a riconoscere spazio ad una normatività di carattere puramente fattuale⁴⁴, con conseguente perdita dell'ancoraggio alla certezza del diritto, garantita dalla forma e messa a rischio, secondo i più, dalla prevalenza, su quest'ultima, della cosiddetta "sostanza".

Ebbene, gli orientamenti attuali del rapporto tra diritto e società, che abbiamo appena ricordato, spingono tutti verso la direzione della semplificazione, della concretezza e della comprensibilità del diritto, come elemento trasparente e facilmente intellegibile dai consociati. Segue questa medesima linea anche la regolazione flessibile dell'Autorità Anticorruzione, che è espressione coerente con le caratteristiche del moderno diritto delle amministrazioni pubbliche appena descritte.

In sintesi, il risultato della nostra ricerca è che, attualmente, il diritto si sta deformalizzando, a fronte della necessità di farsi capire.

Transitando dal piano speculativo a quello empirico, procederemo nel prosieguo con l'analisi delle linee guida dell'Autorità, domandandoci se ed in che termini si sia effettivamente data risposta a quell'esigenze di chiarezza e comprensione cui si è fatto cenno e se vi sia coerenza tra il linguaggio utilizzato e gli obiettivi della regolazione, che consistono nella promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti. Inoltre, alla luce di quanto esposto in premessa, sarà anche interessante verificare le modalità con cui, in concreto, il regolatore del mercato dei contratti pubblici impiega la tecnica del *nudging*.

3. Analisi linguistica delle linee guida di ANAC

Dal lessico al fraseggio impiegato, analizzando le prime sette linee guida adottate dall'Autorità Anticorruzione dal settembre 2016 al febbraio 2017, ci si trova di fronte ad una manifestazione giuridica con tratti simili a quelli del linguaggio comune (più che a quelli del linguaggio specialistico), contraddistinta, da un lato, dalla continua riconduzione agli obiettivi che giustificano l'azione dell'Autorità di regolazione e, dall'altro, dall'intenzione di uniformare, semplificandolo, il modo di comunicare dell'Autorità con quello dei soggetti interessati dalla e alla regolazione nel campo dei contratti pubblici. Il *nuovo* linguaggio è l'inevitabile corollario di una regolazione dotata di *nuove* caratteristiche, influenzata dalla ricerca di una interazione proficua tra politica, economia e so-

⁴² In chiave fortemente critica, Natalino Irti ha coniato l'espressione «intuizionismo dei valori», mettendo in evidenza in maniera chiarissima, il rischio sotteso alle attuali tendenze che abbandonano la razionalità della sussunzione delle singole fattispecie nelle norme, per sostituirla con la «decisione per valori», che si allontana dalla pura applicazione della legge al caso concreto, aprendo la strada ad un diritto che perde completamente il carattere della calcolabilità, cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. IX e *passim* ss.

⁴³ Si pensi, per esempio, all'importanza sociale che la comunità attribuisce, ai giorni nostri, alla lotta alla corruzione, che legittima un potere sempre più esteso dell'Autorità Anticorruzione, investita di compiti e poteri in ragione dell'importanza della lotta che combatte, più che come conseguenza di una organizzazione di governo.

⁴⁴ Per riferirsi alla capacità del diritto di conformare la società anche senza passare attraverso le tradizionali fonti scritte, ha utilizzato l'espressione "diritto muto" R. SACCO, nel suo recente saggio intitolato *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2015.

cietà, con lo sguardo rivolto all'impatto che certe scelte regolatorie hanno, a breve termine, o avranno, a medio e a lungo termine, sul mercato di riferimento. Questo richiede, inevitabilmente, un dialogo continuo tra regolatore e regolati, perciò la comprensibilità (potremmo dire la "fruibilità") del lessico giuridico diviene qualità caratterizzante ed irrinunciabile.

In effetti, anche quando i canoni linguistici utilizzati dalle linee guida sono quelli tipici dei testi giuridici settoriali⁴⁵, l'organizzazione del testo avviene in maniera differente rispetto alla legislazione "dura". Sintatticamente, il testo delle linee guida ha uno stile chiaro ed un incedere lineare, diverso da quello basato sulla condensazione sintattica delle frasi incassate, dei numerosi incisi, delle apposizioni nominali, della preferenza per la sequenza modificatore-testa (stravolgimento dell'ordine: soggetto, verbo, complemento oggetto), usato di frequente nel linguaggio legislativo per rimarcare i concetti⁴⁶.

Confrontando il fraseggio delle linee guida con la formulazione tradizionale di alcuni testi normativi – e pur sempre restando nel campo dei contratti pubblici – la diversità sintattica è evidente.

Prendiamo, per esempio, un paragrafo delle linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa (sottolineature nostre): *«Il primo problema che la stazione appaltante si deve porre nella predisposizione degli atti di gara è, dunque, la definizione degli obiettivi che intende perseguire e l'importanza che intende attribuire a ciascuno di essi. Ciò si traduce nell'individuazione degli elementi (o criteri) che si intende valutare e del relativo peso o fattore di ponderazione. I criteri di valutazione possono comprendere il prezzo o il costo del ciclo di vita del prodotto, le caratteristiche tecniche, l'impatto sociale e sull'ambiente, ecc. Ognuno di questi obiettivi per poter essere tenuto in considerazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere misurabile. La definizione degli obiettivi o dei criteri di valutazione differisce in ciascun affidamento e non può, quindi, essere trattata in dettaglio in linee guida a carattere generale».*

Ora, raffrontiamo l'incedere del paragrafo appena riportato con due previsioni contenute nel Codice dei contratti pubblici (dunque, parimenti espressione della nuova strategia di regolazione del mercato preso come riferimento):

i) l'art. 3 comma 1, lettera d) (i.e. definizione di organismo di diritto pubblico)⁴⁷ *«organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:*

- 1) *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- 2) *dotato di personalità giuridica;*
- 3) *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.».*

⁴⁵ Con tecnicismi, stile impersonale, enclisi della particella – si che rende la costruzione verbale impersonale, sovra-estensione dell'infinito, abbondanza di participi presenti, uso dell'aggettivo necessario.

⁴⁶ V. al riguardo, D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca tra sociolinguistica e pragmatica*, cit., p. 17 ss. e B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Einaudi, Torino, 2001.

⁴⁷ Anche in questo caso le sottolineature sono nostre.

ii) l'art. Art. 95 comma 14, lett. b)⁴⁸ (in materia di criteri di aggiudicazione):
«Per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, nei casi di adozione del miglior rapporto qualità prezzo, si applicano altresì le seguenti disposizioni: (Omissis) b) le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti; (Omissis)».

Dal confronto emerge che il linguaggio delle linee guida, contrariamente a quello complesso⁴⁹ e talvolta finanche poco comprensibile delle norme del nuovo Codice appena citate, si avvantaggia della regolazione flessibile di cui tali atti sono espressione, che permette al testo di essere discorsivo, motivato, inserito in un contesto in cui l'atto atipico tenta di dare risposta alle problematiche che affronta, favorendo l'immedesimazione della prospettiva del destinatario con quella del regolatore.

Il livello di complessità dell'andamento sintattico e della terminologia impiegata dal regolatore, avendo riguardo alle linee guida, oppure dal legislatore, nel caso delle previsioni del Codice, influisce direttamente sulla comprensibilità degli enunciati e, come si è detto, se il significato di un precetto non appare chiaro, la conformazione ad esso è resa più difficoltosa.

Nel testo delle linee guida dell'Autorità preso come esempio, viene utilizzata la tecnica di condurre i destinatari della regolazione a riconoscere la razionalità della regola che si va introducendo, prospettandola secondo la seguente consequenzialità logica: problema esposto → soluzione proposta. Dal che segue la necessità di adeguamento alla regola inserita nelle linee guida in quanto riscontro razionale di un bisogno concreto, in vista di un obiettivo certamente condiviso, ossia l'efficienza dell'attività delle stazioni appaltanti.

Dal punto di vista lessicale, nelle linee guida non sono presenti arcaismi e latinismi, che renderebbero il linguaggio più lontano da quello quotidiano, in quanto, come si è rilevato in dottrina, il regolatore, intendendo farsi subito capire, va alla ricerca di espressioni comuni e facilmente intelleggibili.

⁴⁸ In questo caso, l'oscurità di significato non è però dovuta alla presenza di inversioni soggetto-verbo, omissioni di articoli o verbi non finiti, quanto alla densità sintattica e alla presenza di alcuni tecnicismi. In particolare, il punto più critico del paragrafo è rappresentato dall'ultimo segmento di questa lunghissima proposizione, che è costituito da un periodo ipotetico in cui è correttamente presente una protasi introdotta dalla particella *se*, la quale non è però seguita da un'apodosi che dovrebbe esprimerne le conseguenze: la frase sembra quindi rimanere sospesa. A questi elementi prettamente linguistici si aggiunge un concetto di difficile interpretazione, espresso dalla frase «in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante». L'interpretazione più probabile del periodo citato è quella di ammettere un'alternativa, per le amministrazioni, nel senso che esse possono prevedere o meno, nella documentazione di gara, che le varianti debbano essere presentate separatamente dall'offerta principale, in maniera che sia possibile distinguere un'offerta senza varianti, e un'offerta con varianti, privilegiando la prima ove la stazione appaltante non ritenga di valorizzare la proposta di variante dell'offerente. L'ipotesi prospettata non può essere considerata assodata, data l'oscurità della formulazione letterale della norma in commento.

⁴⁹ Si discute in dottrina e si dibatte in giurisprudenza, per esempio, sul significato dell'espressione «aventi carattere non industriale o commerciale», essenziale per circoscrivere la nozione di organismo di diritto pubblico.

Per completare la preparazione all'analisi empirica che segue, dobbiamo pure considerare che l'esame linguistico, per non essere astratto dal contesto, deve comprendere l'angolo di osservazione della pragmatica. La pragmatica⁵⁰ osserva la forma del linguaggio per capire come esso possa incidere sui comportamenti, all'interno di un determinato contesto. Nel nostro caso, il contesto – *id est* il mercato dei contratti pubblici – presenta, in effetti, alcuni profili di immediata peculiarità, sui quali abbiamo avuto occasione di discorrere in precedenza, che occorre tenere presente nello svolgere queste nostre riflessioni. Due aspetti, in particolare, appaiono rilevanti:

a) dal punto di vista soggettivo: la regolazione delle linee guida promana da un soggetto istituzionale che ha pure il compito di prevenire la diffusione di fenomeni corruttivi all'interno del mercato;

b) dal punto di vista oggettivo: la regolazione cui si procede tramite le linee guida è differente dalla regolazione tradizionale, in quanto non è diretta (solo o principalmente) a regolare la condotta degli operatori economici, ma si rivolge alle amministrazioni pubbliche, che condividono la medesima natura sostanziale (pubblica) del soggetto regolatore, in quanto incaricate, esse stesse, di una missione istituzionale e, per ciò, dotate del potere di interpretare e rappresentare gli interessi della comunità amministrata; pertanto, nel nostro campo, la dialettica *autorità* (del regolatore) / *libertà* (dei soggetti regolati), basata sulla interazione di obblighi e diritti, è più coerentemente sostituita da quella *autorevolezza* (del regolatore) / *discrezionalità* (delle stazioni appaltanti)⁵¹.

Ora, tentando di ricongiungere gli studi svolti sul *nudging* con la regolazione flessibile che il d.lgs. n. 50/2016 affida all'Autorità Anticorruzione, per portare a compimento il cambio di paradigma a cui si è accennato (da regolazione «dura» a «regolazione flessibile»), il regolatore delegato (cioè l'ANAC) dovrebbe impiegare una tecnica che non sia quella basata sul binomio obbligo-sanzione, cimentandosi, invece, in una guida ragionata delle esigenze del caso concreto, dei principi che sottendono le decisioni proposte, degli obiettivi prefissati; approfittando degli strumenti offerti dalle scienze cognitive e comportamentali, si potrebbero ottenere interessanti risultati, senza scavalcare la discrezionalità e l'autonomia di valutazione degli enti pubblici regolati, attraverso il già citato *educative nudging*⁵² o attraverso l'*empowerment* cognitivo⁵³.

L'esame dettagliato dei dati linguistici dimostra, come andremo ad illustrare nei paragrafi seguenti, che è effettivamente in atto un procedimento simile a quello promosso dalle teorie del *nudging*; tuttavia, spesso la regolazione flessibile affidata all'Autorità Anticorruzione, attraverso i suoi atti più simbolici, ossia le linee guida, pone in essere una regolazione più «dura» di quella che sa-

⁵⁰ La pragmatica è un ramo della semiotica che si occupa della relazione tra utente e segni linguistici e quindi del come il contesto in cui avviene la comunicazione determina il significato delle parole che usiamo.

⁵¹ Da questa considerazione prende spunto il titolo del saggio: «*nudging* pubblico vs pubblico».

⁵² Con il termine indicato ci si riferisce a quella forma di *nudging*, che «attempt to inform people, so that they can make better choices for themselves», C. SUNSTEIN, *The Ethics of Nudging*, cit., p. 427.

⁵³ Ove si ritenga opportuno distinguere dal *nudging*, come parte della dottrina fa, quelle strategie regolatorie in cui si cerchi di migliorare la capacità del percettore di agire in maniera conveniente e razionale, attraverso proprie consapevoli determinazioni, cfr., F. DI PORTO-N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, cit., p. 39 ss.

rebbe coerente con la teoria del paternalismo libertario, in un duplice senso. Anzitutto, perché è una regolazione “*diretta*”, non sempre basata sul meccanismo: suggerimento → induzione di un certo comportamento o su quello: introduzione di una regola generale derogabile → sfruttamento della tendenza a restare nello *status quo*⁵⁴; nel senso che, di frequente, gli atti dell’Autorità, utilizzando verbi all’indicativo descrittivi di una condotta attesa da parte dei percettori della regolazione, pur senza imporla secondo i crismi dei comandi imperativi (si tratta, nei fatti, di un comando implicito), non si limitano a porre in essere le condizioni perché le cose accadano (prevedendo i comportamenti degli enti pubblici a fronte di determinate scelte regolatorie), ma enunciano, di fatto, dei veri e propri obblighi, pur attraverso un linguaggio diverso da quello tipicamente normativo⁵⁵. In secondo luogo, perché sono numerosi i casi in cui le linee guida affermano che una certa azione deve essere messa in atto e, dunque, richiedono un preciso adempimento al soggetto regolato⁵⁶.

Dunque, le linee guida analizzate, sia pure impiegando una sintassi semplice e un lessico facilmente comprensibile, si limitano a prescrivere spesso, in maniera implicita o esplicita, determinate azioni, ritenendole necessarie, non sfruttando l’analisi preventiva della reazione dei percettori delle regole (ossia le amministrazioni pubbliche) per utilizzare una strategia regolatoria cognitiva che, altrove, si è rivelata particolarmente efficace. A ciò consegue che l’Autorità finisce, quindi, per ridurre l’ambito delle valutazioni discrezionali delle amministrazioni pubbliche, senza ottenere risultati importanti rispetto al raggiungimento degli obiettivi ad essa affidati dal legislatore.

Più precisamente, la ricerca condotta porta a mettere in evidenza, a nostro avviso, tre elementi linguistici costanti nella produzione delle linee guida dell’Autorità:

- l’utilizzo di verbi cosiddetti performativi;
- l’impiego di verbi modali espliciti, con prevalenza del modale «duro» dovere, su quello “morbido” potere;
- l’uso rafforzativo degli avverbi.

Come si accennava, questi tre fattori qualificanti conducono la ricerca ad un approdo inaspettato: se viene confermato che la regolazione flessibile è certamente una regolazione differente da quella tradizionale, non costruita tramite precetti contenenti comandi imperativi e formulati secondo il linguaggio assertivo proprio delle fonti tipiche del diritto, ed attua i principi di trasparenza e chiarezza nella regolazione, tuttavia essa non appare affatto come una regolazione esterna e indiretta, suggestiva ma non precettiva, che lasci spazio alla discrezionalità amministrativa. Spesso, infatti, l’azione amministrativa, nei campi considerati dalle linee guida, è minuziosamente ricostruita, includendo in essa dettagliati obblighi incombenti sulle stazioni appaltanti anche alla luce di interpretazioni dei principi generali del settore frutto di valutazioni autonome dell’Autorità che, in tal modo, vengono imposte ai percettori della regolazione.

Ne segue che se è flessibile la regolazione, quanto alla fonte, atipica, degli

⁵⁴ Metodo, quest’ultimo, utilizzato nell’esempio di scuole della teoria del paternalismo libertario citato al paragrafo 1.1, immaginando una ipotetica regolazione volta a favorire la donazione degli organi.

⁵⁵ È il caso dell’utilizzo dei verbi performativi. Cfr. par. 3.2 che segue.

⁵⁶ Questo è il caso dell’utilizzo del verbo modale dovere e degli avverbi a scopo rafforzativo della importanza dell’azione richiesta, cfr. par. 3.1 che segue.

atti «*comunque denominati*», a cui l’Autorità può ricorrere ai sensi dell’art. 213 del d.lgs. n. 50/2016, essa resta invece ancora incagliata alla logica tradizionale: come il regolamento attuativo del d.lgs. n. 163/2006 conteneva le regole di procedura a cui le amministrazioni dovevano attenersi per rispettare la disciplina dei contratti pubblici così, ora, le linee guida, in tema di affidamento dei contratti di servizi di architettura e ingegneria, di offerta economicamente più vantaggiosa, sul responsabile unico del procedimento, sui contratti di importo inferiore alla soglia, sulla scelta dei commissari di gara, sulle società *in house*, etc., sono costruite nella medesima maniera.

La differenza tra il sistema precedente e quello attuale riguarda allora, per il momento, il valore giuridico degli atti che contengono le regole introdotte: non vi era dubbio che il regolamento attuativo del precedente Codice avesse il valore degli atti aventi forza di legge; di contro, sulla portata vincolante degli atti dell’Autorità molto si dibatte. Il che insinua un importante profilo di incertezza: se le linee guida, pur introducendo condotte indicate come doverose, non fossero ritenute obbligatorie, il contenuto che enunciano perderebbe, di conseguenza, ogni vincolatività, perché non supportata dal valore legale della fonte da cui promana.

Il problema appena evidenziato non vi sarebbe, invece, se l’Autorità cogliesse per intero l’opportunità di utilizzare le tecniche del *nudging* o dell’*empowerment* cognitivo, perché in quel caso, non sarebbe necessario riconoscere alle linee guida il carattere vincolante degli atti fonte, perché le amministrazioni, nel rispetto della discrezionalità di cui sono dotate, ottempererebbero non in quanto tenute a farlo, ma in quanto convinte dalla evidenza razionale delle ricostruzioni fornite negli atti della regolazione flessibile o indotte da regole che ne studiano e prevedono le reazioni.

Anticipate le nostre conclusioni, rappresentiamo, nel prosieguo, i risultati dello studio empirico condotto, al fine di inserire le nostre riflessioni nella realtà concreta della esperienza regolatoria delle prime sette linee guida adottate dall’Autorità.

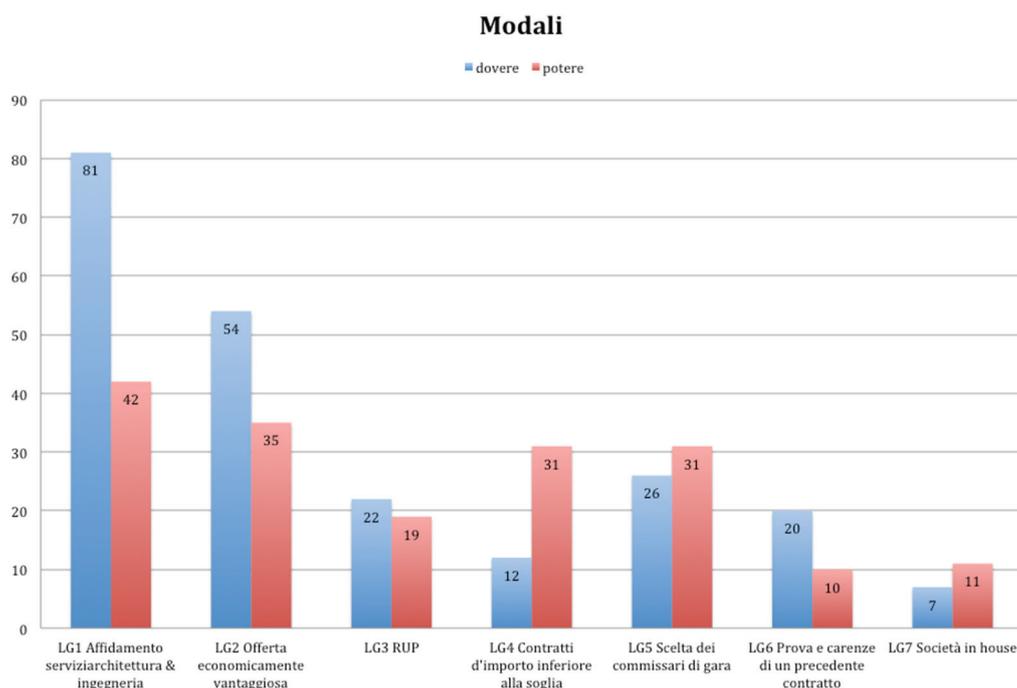
3.1. I verbi modali e gli avverbi

La tabella che segue, elaborata ai fini della presente ricerca, include il numero totale dei verbi modali⁵⁷ utilizzati nelle prime sette linee guida dell’Autorità, suddivisi per ciascun atto (linea guida 1, 2, 3, ecc.)⁵⁸, distinguendo “dovere” da “potere”.

⁵⁷ Per un’illustrazione delle caratteristiche dei verbi modali v. B. MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, p. 57 ss.

⁵⁸ Nella Figura 1, LG1 sta per linea guida n. 1, LG2 sta per linea guida n. 2 e così via.

Figura 1⁵⁹



Come si rileva facilmente esaminando il grafico sopra riportato, l'analisi linguistica delle linee guida fa trasparire una notevole prevalenza dell'utilizzo del verbo modale duro "dovere", normalmente associato ad un comando, sul più morbido "potere".

Gli esiti della ricerca sotto questo profilo ci portano a constatare, come si anticipava, che l'Autorità non rinuncia, pur a fronte della atipicità dei suoi atti, ad indicare le azioni a cui i soggetti regolati debbono attenersi. Dunque, sia pure abbandonando, in favore di una maggiore chiarezza e semplicità, il linguaggio classico e burocratico, le linee guida sono costellate di precetti vincolanti e di comandi impliciti ed espliciti. Spesso, all'interno di esse, anche il verbo modale «potere» è utilizzato in maniera da imporre un comportamento, con locuzioni dirette ad introdurre una regola ben precisa. Cioè accade, ad esempio, in queste ipotesi (sottolineature nostre):

- linea guida n. 5, relativa alla Commissione di gara: *«possono iscriversi a ciascuna sottosezione i seguenti soggetti (n.d.r., il che significa che sono legittimati all'iscrizione solo determinati soggetti):*
 - a. *professionisti la cui attività è assoggettata all'obbligo di iscrizione in ordini o collegi;*
 - b. *professionisti la cui attività non è assoggettata all'obbligo di iscrizione in ordini o collegi;*
 - c. *dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, secondo la definizione di cui all'art. 3, comma 1 lett. a) del Codice;*
 - d. *professori ordinari, professori associati, ricercatori delle Università italiane e posizioni assimilate».*

⁵⁹ Tabella elaborata nel corso della presente ricerca, frutto di analisi e sintesi dell'autore del saggio.

- sempre nella linea guida n. 5: «*Alla commissione non possono essere attribuiti compiti di amministrazione attiva, che competono alla stazione appaltante» (n.d.r., il che significa che la Commissione deve restare estranea ai compiti di amministrazione attiva);*
- linea guida n. 6, sulle prove e carenza di un determinato contratto: «*In caso di sussistenza di una delle cause ostative previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) del codice il periodo di esclusione dalle gare non può superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti penali di condanna non definitivi, dalla data del provvedimento» (n.d.r., il che equivale a vietare la previsione di un periodo più lungo);*
- nella linea guida n. 6: «*Possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:*
 - *l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;*
 - *l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;*
 - *la rinnovazione degli organi societari;*
 - *l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;*
 - *la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo» (n.d.r., il che significa non ammettere mezzi diversi da quelli appena menzionati), e così via.*

Ci pare corretto dedurre allora che, in assenza della fonte tipica tradizionale, nella regolazione flessibile dell'Autorità Anticorruzione sono i verbi modali ad assumere il ruolo di portatori della cogenza delle regole.

È apparso interessante anche l'uso degli avverbi; quelli maggiormente utilizzati sono: necessariamente, adeguatamente, espressamente, assolutamente, tempestivamente, immediatamente, esclusivamente. Per esempio, affermare che (sottolineature nostre) «*Gli esperti dovranno necessariamente essere iscritti all'albo, anche se appartenenti alla stazione appaltante che indice la gara*» (linea guida n. 5) non muta o rafforza l'obbligo, enunciato a prescindere dall'avverbio, ma induce a prestare particolare attenzione all'importanza del comando. O ancora, affermare che «*Al fine di permettere ai concorrenti di presentare una proposta consapevole e alla commissione di gara di esprimere una valutazione delle offerte coerente con gli obiettivi della stazione appaltante (si ricorda che la commissione di gara è di regola composta da soggetti esterni all'amministrazione) è assolutamente necessario che vengano indicati – già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento – i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte*» (linea guida n. 2) non inverte un obbligo differente da quello introdotto ritenendo necessaria l'indicazione dei criteri, eppure le parole impiegate danno il senso di quanto tale adempimento sia considerato importante dall'Autorità di regolazione. Negli esempi richiamati, dunque, anche gli avverbi irrigidiscono la regolazione *flessibile*.

3.2. L'impiego dei verbi performativi

In maniera più *soft*, *rectius* meno diretta ed implicita, l'analisi pragmatica ha mostrato un ampio utilizzo, nell'ambito delle linee guida, dei verbi performativi. Per verbi performativi, in linguistica, si intendono quelli che hanno la stessa forma dei verbi dichiarativi ma, quando pronunciati in una determinata (e appropriata) circostanza, non descrivono semplicemente un'azione bensì coincidono con l'azione stessa (= la preformano)⁶⁰.

Le linee guida sono costellate di verbi performativi, in due diverse costruzioni: presente indicativo semplice (terza persona singolare o prima persona plurale) e costruzione impersonale *si+verbo* al presente. Anche i verbi performativi sono inseriti nelle linee guida per introdurre dei veri e propri obblighi, pur senza sanzioni per l' inosservanza⁶¹.

Nel caso delle linee guida dell'Autorità Anticorruzione, il valore pragmatico di questi verbi, che comportano un'azione, è aumentato dall'autorevolezza del soggetto regolatore, dal quale proviene il suggerimento o la ricostruzione reputata coerente con il quadro delle fonti primarie.

Così, per esempio, la linea guida n. 4, sull'affidamento dei lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, prevede che (sottolineature nostre) «*In ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva adeguatamente (n.d.r. deve motivare) in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione*»; per questa via si introduce, come si accennava, un comando implicito, nel senso che l'Autorità richiede (si aspetta) che la stazione appaltante motivi in conformità a quanto stabilito nella linea guida.

Se si esamina, poi, l'ambito di applicazione dei verbi performativi osservandolo con la prospettiva che avrebbe un linguista, si nota, considerando le cinque categorie in cui gli studiosi hanno suddiviso questi verbi⁶², la prevalenza

⁶⁰ Sul tema v. J. SEARLE, *How performatives work in Linguistics and Philosophy*, 1989, p. 535 ss. e J. SEARLE, *A classification of illocutionary acts in Language in Society*, 1976, p. 1 ss. e S. CHAPMAN, *Pragmatics*, Palgrave, Londra, 2011 e M. SBISA, *Teoria degli atti linguistici*, Università degli Studi di Trieste, Trieste, 2005.

⁶¹ Ancora si discute, in dottrina ed in giurisprudenza, sulle conseguenze del mancato rispetto di quanto stabilito nelle linee guida di ANAC. Sull'argomento, per evitare di ripetersi, si rinvia al tentativo di ricostruzione già svolto in S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., spec. p. 40 ss.. Sulla natura delle linee guida molto ricco il contributo di G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 273 ss. e ID., *Degli effetti giuridici della soft law*, in questa *Rivista*, 2/2016, p. 1 ss.

⁶² I verbi performativi possono essere suddivisi in 5 categorie (Austin) basate sullo scopo illocutivo di ciascun atto linguistico (l'atto illocutivo corrisponde a come – in quale modo – viene pronunciato un enunciato). V. al riguardo M. SBISA, *op. cit.* Possono quindi essere veridittivi quando esprimono credenze/giudizi (suggerire, sostenere), esercitivi quando esprimono volontà/decisioni (ordinare, comandare, vietare), commissivi quando esprimono intenzioni (organizzare, prevedere) comportativi quando corrispondono alle espressioni/reazioni del soggetto (scusarsi, ringraziare) ed espositivi quando spiegano, argomentano o chiariscono un enunciato (rispondere, segnalare, ricordare). Per un approfondimento sul tema v. J. SEARLE, *op. cit.*; utile alla comprensione la sintesi in premessa a G. GARZONE, *Gli enunciati performativi nel testo giuridico*

delle forme verbali denominate “esercitive” – che esprimono, più o meno marcatamente, un comando, tipiche del lessico giuridico⁶³ – e di quelle “espositive” – che hanno la funzione di spiegare, chiarire ed argomentare un enunciato.

Figura 2 ⁶⁴

	VERDITTIVI	ESERCITIVI	COMMISSIVI	ESPOSITIVI	COMPORATIVI
LG1 Affidamento servizi architettura e ingegneria	7	10	6	12	0
LG2 Offerta economicamente più vantaggiosa	3	13	5	5	0
LG3 RUP	3	10	3	2	0
LG4 Affidamento contratti inferiori alla soglia comunitaria	1	7	3	3	0
LG5 Scelta dei commissari di gara	0	6	0	1	0
LG6 Mezzi di prova e carenze di un precedente contratto	0	5	1	4	0
LG7 Amministrazioni ed enti che operano mediante società in <i>house</i>	3	5	4	2	0
TOTALE	26	56	22	38	0

Un ulteriore dato di interesse è rappresentato, a nostro avviso, dalla numerosità dei verbi espositivi, ossia degli enunciati volti a fornire spiegazioni. I verbi espositivi rappresentano due eventualità: il caso che, all’interno delle linee guida, occorra motivare le scelte del regolatore, e quello nel quale si richieda una spiegazione ai soggetti regolatori, affinché evidenzino le ragioni delle proprie azioni. In entrambe le ipotesi, la presenza della categoria verbale in questione testimonia la tendenza a connotare la regolazione in senso didascalico e argomentativo, in un contesto che potrebbe accogliere importanti suggerimenti dall’*educative nudging*.

4. Il passo che resta ancora da fare: l’inversione del circolo dell’abitudine dei funzionari pubblici

La sintetica esposizione dei risultati dell’analisi linguistica condotta ci consente di fornire una prima risposta agli interrogativi con i quali abbiamo deciso di confrontarci. L’esigenza di chiarezza è, per il momento, uno dei traguardi raggiunti dalla regolazione flessibile (forse il più significativo, a confronto con il metodo tradizionale), impegnata nell’obiettivo di facilitare la comprensione del testo e delle valutazioni che sono sottese agli interventi regolatori.

inglese: la prospettiva linguistica, in G. GARZONE-F. SANTULLI (a cura di) *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, cit., p. 57 ss.

⁶³ V. al riguardo D.R. KLINCK, *Word of the law: approaches to legal discourse*, Carleton University Press, Ottawa, 1992.

⁶⁴ La figura 2, che rappresenta il numero di verbi performativi suddivisi per categoria (ogni riga orizzontale della tabella è il risultato dell’analisi svolta con riferimento a ciascuna delle linee guida studiate) è stata elaborata nel corso della presente ricerca ed è frutto di analisi e sintesi dell’autore del saggio.

La dominanza del verbo modale dovere, invece, e l'utilizzo degli avverbi in senso rafforzativo di obblighi, oltre che l'impiego degli enunciati performativi di tipo esercitativo indicano una regolazione dura, che non induce ma comanda, orientata diversamente rispetto ai modelli del *nudging* o dell'*empowerment* cognitivo⁶⁵ a cui si è fatto riferimento.

L'analisi linguistica condotta ha messo in risalto, infatti, che l'Autorità Anticorruzione, perlopiù, non si limita a suggerire un'azione, ma la indica come necessaria. Il regolatore, quindi, non ha ancora completamente abbandonato la tecnica di introdurre precetti, obblighi e divieti, per abbracciare quella che guardi prevalentemente agli obiettivi, lasciando i destinatari della regolazione liberi di scegliere autonomamente la strada ritenuta migliore.

Per il momento, non ravvisiamo ancora un modello di regolazione costruito sulle tecniche a cui si è fatto riferimento nei paragrafi introduttivi della nostra ricerca, più moderne ed efficienti, quanto ai risultati attesi, rispetto a quelle attualmente in uso.

La conseguenza dell'ostinato ancoraggio alla regolazione tradizionale è che la complessità del mercato dei contratti pubblici non riesce, con ciò, a diminuire e la discrezionalità delle amministrazioni ne risulta penalizzata.

Del resto, promuovere la qualità e l'efficienza delle stazioni appaltanti, come richiesto all'Autorità Anticorruzione dalla legge che le affida il potere di regolazione flessibile⁶⁶, richiederebbe, in via preliminare, uno studio empirico basato sui comportamenti delle amministrazioni e sulle logiche che li supportano (come insegnano le teorie del *nudging*) e, solo successivamente, l'elaborazione di una strategia regolatoria – che non potrebbe comunque essere basata esclusivamente su strumenti di carattere linguistico.

Tuttavia, a nostro avviso, il mercato in questione è talmente complesso, eterogeneo, conflittuale e diversificato, sia sul lato della domanda (pubblica) sia su quello dell'offerta (privata), che l'insistenza per uniformarlo, attraverso regole di applicazione generale, finisce per ostacolare proprio quelle esigenze di flessibilità che hanno indotto a richiedere una nuova regolazione del settore.

In particolare, l'attuale metodo di regolazione del mercato dei contratti pubblici, imbrigliato in logiche antiche, presenta un profilo particolarmente critico, in merito al quale tentiamo di sollecitare un ripensamento. Esso, come si diceva, finisce con l'aumentare l'invasione del legislatore nella sfera delle decisioni discrezionali, con l'effetto, inevitabile sia pure (probabilmente) non voluto, di deresponsabilizzare i pubblici ufficiali nella ricerca della soluzione più adatta per il caso concreto singolarmente considerato, concentrandone l'energia principalmente sul rispetto delle procedure e non sulla buona riuscita dell'operazione di cui la procedura è preludio e strumento, dato che la normativa di legge e la regolazione flessibile sono concentrate a disciplinare minuziosamente i mezzi ma non i fini. Si rischia, così, di cadere nel «tranello», che, a nostro avviso, ha causato le maggiori inefficienze nel settore dei contratti pubblici fino ad oggi; ossia l'oscuramento della sostanza, immolata, quest'ultima, sull'altare di formalità di cui, talvolta, sfugge il significato. Come se il rispetto della forma fosse un fine in sé.

È utile allora riflettere, a questo punto, sulle opportunità che la regolazione flessibile dell'Autorità potrebbe cogliere, per migliorare il dialogo con i percettori delle regole ed innescare un percorso virtuoso di spontaneo adeguamento

⁶⁵ Sull'*empowerment* cognitivo si rimanda alle note 21 e 52.

⁶⁶ Cfr., art. 213 del d.lgs. n. 50/2016.

dei soggetti regolati agli obiettivi del legislatore delegante, avvicinandosi, effettivamente ed in maniera più decisa, al modello regolatorio più adatto e che si è già rivelato, altrove, particolarmente più efficace, cioè il *nudging*.

In attesa della auspicata riconfigurazione dei presupposti, logici e metodologici, alla base della regolazione del mercato dei contratti pubblici, non ci resta che esplorare alcune delle tecniche che sarebbero già in grado di migliorare la capacità della regolazione di promuovere qualità ed efficienza dell'attività delle stazioni appaltanti.

4.1. Gratificazione versus stigmatizzazione

La prima tecnica che appare efficace esaminando il rapporto tra la comunicazione di un messaggio, la sua ricezione da parte del destinatario e la messa in opera del contenuto trasmesso, consiste nel sistema retroazionale dei *feedback*⁶⁷.

Non intendendo qui generalizzare, ma limitandoci a suggerire al regolatore di sottoporre questa ipotesi al *test* di efficacia della regolazione, la c.d. teoria dei *feedback*⁶⁸ si è rivelata spesso utile per ottimizzare le *performance* di un gruppo (nel nostro caso, il gruppo sarebbe costituito dalle stazioni appaltanti) e raggiungere determinati scopi⁶⁹.

In via di prima approssimazione, attraverso la tecnica dei *feedback* vengono rinforzati i comportamenti positivi⁷⁰, incoraggiando il soggetto a metterli in pratica nuovamente, e corretti quelli negativi.

Perché un *feedback* sia efficace deve descrivere un comportamento, analizzarlo, e metterlo in relazione con gli obiettivi raggiunti; il *feedback* deve essere specifico e illustrare sia i punti positivi dell'operato di un certo soggetto sia quelli che possono essere ancora migliorati; deve essere appropriato e tener conto sia delle necessità di chi fornisce il *feedback* (nel nostro caso il re-

⁶⁷ Per avere una idea del funzionamento del modello si può consultare: C. DUHIGG, *Il potere delle abitudini*, TEA, Milano, 2012.

⁶⁸ La teoria si basa sul presupposto che qualsiasi situazione di interazione umana che utilizzi la logica del *feedback* può, nel medio periodo, eliminare i comportamenti negativi e consentire, nell'immediato, di monitorare le *performances* guidandole al meglio, con soddisfazione di regolatore e regolati.

⁶⁹ Tra le altre, in particolare, la psicologia comportamentale e la psicologia cognitiva hanno sviluppato delle interessanti teorie sull'apprendimento che si basano sull'utilizzo dei *feedback*. Per i comportamentisti, per esempio, il *feedback*, nell'educazione scolastica, è fondamentale affinché l'insegnante guidi gli studenti attraverso tutto il loro processo di formazione, fornendo dei *feedback* continui sulle loro *performance* e, di conseguenza, gli studenti riescano a raggiungere i risultati di apprendimento prestabiliti. Per i cognitivisti, invece, l'accento è posto sulla capacità umana di processare informazioni: gli insegnanti guidano gli studenti nel processo dell'apprendimento, ma questi ultimi sono chiamati a decodificare e usare attivamente tutte le informazioni in loro possesso, imparando in questo modo a mettere gli oggetti in relazione tra di loro. In questa prospettiva, il processo di apprendimento si sviluppa a partire da un *feedback* iniziale, che viene esaminato dal soggetto, determinando così il risultato. Sul tema v. M. THURLINGS-M. VERMEULEN-T. BASTIAENS-S. STIJNEN, *Understanding Feedback: A learning theory perspective*, in *Educational Research Review*, 2013, p. 2 ss.

⁷⁰ Importante in questa prospettiva il contributo dello psicologo comportamentista Skinner secondo il quale un comportamento che viene rinforzato (per esempio, attraverso un commento positivo) tende ad essere ripetuto, mentre un comportamento che non viene rinforzato si indebolisce e con il tempo si estingue. Lo studioso coniò il concetto di *condizionamento operante*, cioè la possibilità di cambiare il comportamento di un individuo attraverso un rafforzamento (positivo o negativo), in particolare v. B.F. SKINNER *Science and human behaviour*, Collier-MacMillan Limited, Londra, 1953.

golatore) sia di chi lo riceve (il soggetto regolato) e, infine, deve dare indicazioni che possano essere utilizzate in modo che il destinatario possa mettere in pratica i suggerimenti ricevuti, giovandosi dell'analisi della sua condotta.

Il processo che impiega i *feedback*, se applicato alla regolazione, non sempre dà esiti positivi. Proviamo dunque ad ipotizzare che cosa succederebbe se applicassimo il meccanismo accennato al settore di nostro diretto interesse.

La stigmatizzazione di un comportamento negativo ad opera dell'Autorità Anticorruzione, preso ad esempio come condotta che esprima un disvalore, con conseguenti interessamenti dei mezzi di comunicazione di massa che, per ragioni politiche spesso frammiste alle decisioni amministrative, potrebbero anche diffondere notizie approssimative a scopo scandalistico, comporterebbe facilmente ripercussioni non volute. Il responsabile della condotta che, per ipotesi, venga stigmatizzata dall'Autorità o da altri soggetti, sarebbe certamente colpito da una sensazione di umiliazione e di frustrazione, anche ove egli abbia tentato di fornire, in buona fede, una interpretazione corretta del frammentato quadro normativo applicabile, fronteggiando i contrasti giurisprudenziali e le complessità che caratterizzano il mercato dei contratti pubblici; negli altri percettori della reprimenda si accenderebbe, invece, un segnale di potenziale pericolo, che renderebbe più problematica l'assunzione di responsabilità, rischiando di inibire l'esercizio di valutazioni discrezionali adeguatamente circostanziate ai diversi casi concreti che le amministrazioni debbano affrontare: se l'applicazione della regola generale, anche ove poco adatta alle esigenze peculiari del caso concreto, pone al riparo da critiche, responsabilità e contestazioni pubbliche, la scelta meno coraggiosa, ma più probabile, per un pubblico funzionario medio sarà quella di attestarsi sul livello minore del rischio per la propria posizione personale⁷¹.

Nel nostro ambito di interesse, un sistema basato sulla stigmatizzazione potrebbe facilmente attivare un circuito negativo: per evitare di cadere in errore ed essere poi oggetto di critiche da parte della comunità, il percettore del messaggio sarebbe mosso principalmente dal timore di sbagliare e dall'intenzione di mantenere intatta la propria reputazione, e non, invece, come dovrebbe essere, dall'interesse di raggiungere al meglio gli obiettivi di efficienza e di qualità, che richiederebbero inevitabilmente l'attenta considerazione delle circostanze del caso concreto e la ricerca di soluzioni anche innovative o "fuori dal coro".

Immaginiamo ora che cosa potrebbe succedere se il regolatore, nell'ambito della regolazione flessibile, trovasse spazi per enfatizzare e diffondere le azioni di quelle stazioni appaltanti che abbiano agito suscitando l'approva-

⁷¹ In questo senso, per esempio, uno studio interessante, a cui si può rimandare anche per gli ampi riferimenti alla letteratura in tema, è di C.A. DUNLOP-C.M. RADAELLI, *Overcoming Illusion of Control: How to nudge and Teach Regulatory Humility*, in A. ALEMANNI (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective (Modern Studies in European Law)*, cit., p. 139 ss.; ivi, a partire da una riflessione sulla importanza di superare, attraverso il *nudging*, il *bias* dei *policy makers* circa la c.d. opzione zero (cioè nessuna regolazione), si rileva la difficoltà di modificare la tendenza dei funzionari pubblici a restare nel solco delle proprie abitudini, secondo la logica, più cautelativa rispetto a quella di andare alla ricerca di soluzioni innovative, del «ho sempre fatto così ed è andato tutto bene»: «... trade-off analysis requires policymakers to address the possibility of four countervailing risks being created by taking policy action: 1. Has the same risk transferred to new population? 2. Has the old problem been substituted by a new one affecting the same population? 3. Has the risk been transformed creating an entirely new problem for a new group of people? 4. Has the risk been offset to create a similar one for the same group? Inviting practitioners to explore these questions in relation to their own experiences of policy-making offers one way to stimulate reflection and heighten awareness of bias.», p. 154.

zione dell’Autorità. Il motivo della gratificazione non dovrebbe essere la corrispondenza di una certa condotta con la legge, perché ciò è un dovere inderogabile delle stazioni appaltanti; al contempo, nel contesto di una strategia volta da ottenere il massimo possibile in termini di miglioramento complessivo del sistema dalla regolazione, la gratificazione potrebbe avere un effetto incoraggiante, per esempio, riconoscendo espressamente come positive quelle azioni amministrative che abbiano introdotto soluzioni innovative e parimenti rispettose dei principi del settore. Questo modo di procedere si presterebbe, nel nostro campo, a favorire azioni pubbliche che si facciano promotrici di ricerca e innovazione (oltre alla puntuale e precisa applicazione delle regole del mercato), per ottenere approvazione e riconoscimento pubblico⁷².

Se si condividesse la nostra interpretazione, ove, dopo averne verificato in concreto l’utilità in relazione al *target* rappresentato dai soggetti destinatari della regolazione (i.e. le stazioni appaltanti), la teoria del *feedback* – declinata per le ragioni che abbiamo appena illustrato applicando prevalentemente il linguaggio dell’ottimismo e, dunque, concentrandosi sui *feedback* che riscontrino comportamenti positivi e virtuosi – fosse messa in atto dall’Autorità Anticorruzione, le amministrazioni⁷³ potrebbero giovare di una regolazione concreta, dialogica e calata sulle esigenze reali dei singoli casi concreti. In tale percorso, anche le linee guida potrebbero presentarsi come lo strumento nel quale raccogliere esempi positivi da mettere in comune, per incoraggiare azioni corrette e innovative, e correggere, evitando reprimende che generino paralisi sul sistema, pratiche ritenute non opportune o non coerenti con le finalità a cui la regolazione tende. In questa maniera, parallelamente, il regolatore, enfatizzando la bontà di una determinata azione rispetto ad un’altra, guiderebbe l’esercizio della discrezionalità amministrativa verso i principi che ritenga, strategicamente, di promuovere. L’esempio virtuoso, descritto nei suoi elementi principali, diverrebbe un importante riferimento di confronto per i pubblici ufficiali che si trovino a trattare problematiche simili, ispirati dall’azione amministrativa approvata dall’Autorità di regolazione del settore.

Tra l’altro, una tale logica parrebbe spinta dalla *ratio* sottesa ai recenti interventi legislativi volti ad introdurre un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, basato sulla capacità degli enti aggiudicatori in relazione a programmazione e progettazione, affidamento e verifica dell’esecuzione del contratto e della procedura di gara: l’art. 38 del Codice introduce dei “requisiti premiali”⁷⁴ nel procedimento di qualificazione delle stazioni appaltanti, con riferimento all’attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità, a sistemi e procedure di gara certificati o alle disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione delle gare (per esempio utilizzo di sistemi di modellazione digitale), al livello di soccombenza nel contenzioso

⁷² Interessante a questo proposito lo studio condotto da Andersen, Boye e Laursen in L.B. ANDERSEN-S. BOYE-R. LAURSEN, *Building support? The importance of verbal rewards for employee perceptions of governance initiatives* in *International Public Management Journal*, 2017, p. 1 ss., nel quale gli Studiosi hanno analizzato la relazione tra l’utilizzo di feedback da parte dei dirigenti pubblici e la percezione delle ricompense da parte dei dipendenti, mettendo in luce il potenziale rapporto tra feedback positivo e aumento della motivazione.

⁷³ Si potrebbe anche immaginare un sistema nel quale le amministrazioni si offrano volontariamente per essere esaminate e inserite in un programma di scrutinio e successivo *feedback* da parte dell’Autorità.

⁷⁴ La terminologia tra virgolette è quella impiegata dal comma 4, lett. b) dell’art. 38 del d.lgs. n. 50/2016.

e all'applicazione dei criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e nell'affidamento di contratti pubblici.

Dunque, l'utilizzo del metodo del *feedback* da parte dell'Autorità sarebbe una tecnica innovativa ma inserita nel solco di un sentiero già, in parte, tracciato.

4.2. La dimostrazione sintetica dei pro e dei contro

Si è detto che la tecnica del *nudging*, alla luce di una determinata visione strategica, considera efficiente che le regole sollecitino, in maniera più o meno diretta e più o meno forte, una certa azione opzionata autonomamente da parte dei soggetti regolati.

Abbiamo poi verificato che l'Autorità anticorruzione, per il momento, non sembra mettere in pratica fino in fondo la teoria del *nudging*, limitandosi ad abbandonare la forma, ma non la sostanza, del tradizionale archetipo regolatorio basato sui comandi e sui divieti.

In ogni caso, anche restando incagliata nella logica consueta dell'introdurre doveri e inibire certi comportamenti, l'Autorità, per definire quale sia l'opzione che ritiene migliore, tra le diverse compatibili con il dato di legge, svolge, preliminarmente, una propria istruttoria, nell'ambito di un procedimento di consultazione che, pure nel caso di adozione delle linee guida, permette a tutti i soggetti interessati (oltre che ad organi dotati di funzioni consultive⁷⁵) di entrare in dialogo con il regolatore.

L'oggetto della consultazione, però, rischia di essere, ancora una volta formale, nel senso che vengono posti in consultazione i testi degli atti in corso di approvazione, ma l'Autorità non si è ancora soffermata adeguatamente, per il momento, in indagini preliminari di tipo cognitivo sul comportamento delle stazioni appaltanti per suffragare, poi, l'impiego di determinate scelte regolatorie. Vengono svolte, cioè, istruttorie che non riguardano la strategia della regolazione, ma i soli contenuti dettagliati delle linee guida.

In un tale contesto, le tecniche cui si è fatto riferimento in questo studio potrebbero arricchire l'attività di analisi preliminare della regolazione.

Da subito, nel percorso di studio e avvicinamento all'implementazione delle tecniche di *nudging* nel rapporto tra Autorità Anticorruzione e (soggetti pubblici) destinatari della regolazione, si potrebbe, per esempio, aumentare il livello di trasparenza delle valutazioni svolte nell'esame dei dati del settore, nella prefigurazione degli effetti di una certa condotta sul mercato di riferimento, e così via. Più i dati acquisiti ed elaborati vengono resi noti, eventualmente in forma sintetica e tabellare negli atti di regolazione, maggiormente i percettori della regolazione sono in condizione di apprendere l'esame del rapporto causa-effetto che giustifica le puntuali regole introdotte. Il che ne faciliterebbe l'accettabilità e la condivisione da parte dei protagonisti del settore. Così sarebbe indotta anche la comprensione del motivo di atti di regolazione che au-

⁷⁵ Non solo è aperto un dialogo tra l'Autorità e i soggetti interessati come percettori della regolazione nella fase di consultazione delle linee guida, ma si è rivelata particolarmente utile anche l'interazione dell'Autorità con il Consiglio di Stato, al quale vengono richiesti pareri sulle linee guida, pur in assenza del parere obbligatorio ex art. 17 della legge n. 400/1988, sotto forma di quesiti, in ragione della generalità delle questioni e del rilevante impatto delle determinazioni assunte dall'ANAC; cfr., sul punto, Parere Cons. St., Comm. Spec., 1 aprile 2016, n. 855 sullo Schema del d.lgs. recante Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, punto II.g)5., p. 29.

mentino gli adempimenti e i vincoli previsti dalla legge in capo alle stazioni appaltanti, come è accaduto, per esempio, per le linee guida sugli affidamenti sotto soglia.

Offre spunti interessanti, per la regolazione dell'Autorità Anticorruzione, la tecnica dell'enunciazione dei pro e dei contro, tramite la quale si visualizzano immediatamente le conseguenze, positive e negative, di certe determinazioni, offrendo alle pubbliche amministrazioni una prospettiva più completa degli effetti delle proprie azioni. Essa potrebbe essere utilmente impiegata sia per argomentare l'opzione suggerita dall'Autorità nel suo atto di regolazione, sia per illustrare l'ambito nel quale l'atto di regolazione andrà a produrre i suoi effetti.

Per esempio, una regolazione attenta a promuovere forme di pubblicità anche oltre quanto imposto per legge apparirebbe tanto più razionale quanto più si evidenziassero, da un lato, gli elementi negativi di un sistema di difficile accesso alle informazioni per gli interessati e, dall'altro, gli aspetti virtuosi della circolazione delle medesime.

Non va trascurato, del resto, che non sempre e non tutte le amministrazioni sono in grado di rappresentarsi gli scenari di efficientamento di certe decisioni regolatorie né, parimenti, le implicazioni distorsive o semplicemente negative di proprie "abitudini". Per ciò è essenziale che la regolazione, come hanno suggerito gli studi sull'*empowerment* cognitivo⁷⁶, si occupi di essere correttamente e dettagliatamente intesa.

La rappresentazione dei pro e dei contro sarebbe utile, infine, anche al regolatore, in quanto obbligherebbe l'Autorità a ricondurre ogni propria determinazione al sistema nel suo complesso. Difficilmente, se questa pratica si affermasse, avremmo suggerimenti del regolatore che generano appesantimenti ingiustificati della macchina amministrativa o indicazioni regolatorie che producano un blocco sull'azione delle stazioni appaltanti. Bisogna a riguardo tener presente che, tra l'altro, i pro e i contro facilmente emergono già *in nuce* nella fase di consultazione delle linee guida, nella quale gli operatori del settore sono chiamati, nell'ambito della propria responsabilità, a interloquire mettendo in evidenza incoerenze, prospettive di miglioramento o errori della strategia contenuta negli atti posti di prossima adozione.

5. Conclusioni. Lo spostamento del baricentro di un modello efficiente di regolazione flessibile: dai comandi agli obiettivi

È indubbio che il nuovo quadro regolatorio attribuisca all'Autorità anticorruzione un ruolo decisivo nella strategia di raggiungimento delle finalità che il legislatore ha inteso promuovere, ossia il miglioramento dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti nel settore dei contratti pubblici.

La ricerca ha messo in evidenza, però, che l'Autorità, pur nell'esercizio di quella che la legge (che ha delegato il potere di regolazione al nuovo organismo) ha definito come regolazione "flessibile" (art. 231 del d.lgs. n. 50/2016), non ha ancora abbandonato la logica tradizionale di imporre obblighi e divieti ai destinatari della regolazione e, dunque, non può dirsi compiuto il processo di maturazione degli strumenti di regolazione verso i più sofisticati ed efficienti

⁷⁶ Emblematico al riguardo e ricco di interessanti riflessioni, il lavoro di F. DI PORTO-N. RANIGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, cit., p. 29 ss.

metodi regolatori sperimentati in altri campi e in altri Paesi. Del resto, attualmente, lo studio sull'applicazione di tecniche di *nudging* tra amministrazioni è solo agli inizi.

La regolazione rigida, dettagliata e formalista, basata sull'indicazione puntuale di precetti che disciplinino nel dettaglio ogni passaggio della fase di gara e dell'esecuzione dei contratti pubblici, induce negli enti aggiudicatori la tendenza a considerare essenziale il rispetto di precetti formali, essendo l'adempimento a questi ultimi la modalità con cui garantirsi l'approvazione del regolatore.

Il rischio dell'impostazione attuale è, in altri termini, di innescare un circuito vizioso nel quale i pubblici ufficiali ottemperino, passivamente, alle prescrizioni dettate nelle linee guida dell'Autorità, rinunciando a valutarne gli effetti riguardo alle specificità dei casi concreti. Una applicazione formalista dei parametri della regolazione, nel mercato dei contratti pubblici – che si presenta come altamente complesso e diversificato, ma, al medesimo tempo, connotato da esigenze di flessibilità derivanti dalle molteplici situazioni cui occorre fare fronte per organizzare gli approvvigionamenti delle amministrazioni e le attività di interesse pubblico – potrebbe comportare una negativa astrazione delle determinazioni amministrative dall'ambito nel quale gli effetti di queste ultime ricadono.

In altri termini, ove le decisioni amministrative, non basate su precedenti avallati dall'Autorità o volte a favorire ricostruzioni innovative a partire dai dati di legge, pur motivate ed espressione di potere discrezionale, fossero censurate dall'Autorità, nell'attività di vigilanza, o utilizzate come esempi negativi in quella di regolazione, è presumibile che i funzionari pubblici adotterebbero decisioni ripetitive di prassi consolidate o orientate alla acritica applicazione della legge e degli atti di regolazione, anche ove l'applicazione al caso concreto dia esiti non soddisfacenti in termini di sostanziale perseguimento dell'interesse pubblico, se non altro per evitare di incappare nelle responsabilità amministrative conseguenti⁷⁷.

Per esempio, ove si affermasse la regola secondo la quale il rimborso delle spese di vitto durante le sedute di gara può avvenire solo in presenza dello scontrino fiscale di un ristorante, un'interpretazione letterale del personale amministrativo, che escludesse di rimborsare il pasto consumato al bar o l'acquisto di un panino in un panificio, indurrebbe i commissari di gara a recarsi al ristorante e non al bar o ad un panificio per acquistare il pranzo; il che sarebbe, evidentemente, in contrasto con la tutela sostanziale del denaro pubblico, pur essendo formalmente coerente con la "regola".

Invece, la regolazione flessibile, se correttamente ricondotta alle esperienze di successo ispirate allo studio delle scienze comportamentali e cognitive, e genuinamente applicata dal regolatore nel rispetto della sua essenza, è adatta ad innescare valutazioni soggettive, di carattere sostanziale, tarate sulle specificità del singolo caso, ispirate al bisogno di soddisfare gli interessi della comunità piuttosto che considerare sufficiente il rispetto formale dei precetti. Non che il rispetto dei precetti non sia necessario – perché, infatti, lo è –, ma perché, nel campo di azione della regolazione flessibile, le prescrizioni del regolatore dovrebbero facilitare, per l'amministrazione agente, il raggiungimento degli obiettivi specifici che l'ente si prefigge di realizzare.

⁷⁷ Sul tema v. S.J. KELMAN, *Is the performance of procurement system improving?* in *Business of Federal Technology*, versione online, 30 Maggio 2017, e sempre S.J. KELMAN, *Goals, Constraints and Design of a Public Procurement System*, in *The cost of different goals of public procurement*, Swedish Competition Authority, Västerås, 2012.

Una regolazione orientata ad affermare principi e obiettivi, che utilizzi le scienze cognitive e si avvantaggi dello studio dei comportamenti delle amministrazioni, oltre che delle tecniche linguistiche – che da subito potrebbero essere impiegate per migliorare la comprensione e favorire la condivisibilità delle valutazioni regolatorie – in un contesto in cui la discrezionalità amministrativa trovi un maggiore sfogo, avrebbe, come effetto, quello di innescare una più precisa attenzione alle finalità della contrattualistica pubblica, introducendo un livello superiore di consapevolezza e, di conseguenza, responsabilizzando diversamente gli operatori, non soltanto al rispetto delle regole (che dovrebbe darsi per scontato), ma anche al raggiungimento delle strategie complessive della regolazione.

Il passaggio dall'utilizzo dei tradizionali formanti normativi alla regolazione flessibile, ispirata a indurre un'azione amministrativa sempre più efficiente, grazie anche allo studio delle scienze comportamentali e cognitive, richiede, però, di innescare nuovi meccanismi, creando nuove abitudini, che, una volta interiorizzate, saranno capaci di aprire un rinnovato ciclo di azione pubblica nel settore di nostro interesse.

Ove si affermasse l'ipotizzato mutamento di indirizzo, il mercato dei contratti pubblici potrebbe essere realmente un ambito di promozione della crescita del Paese, di sperimentazione della protezione dei diritti umani, di promozione delle sensibilità più avanzate in termini di sviluppo sostenibile⁷⁸.

Si tratta, evidentemente, di portare a termine un percorso che ha le caratteristiche di una scelta politica, rispetto alla quale il ruolo del giurista è prevalentemente di contorno. Sarebbe un errore però, non studiare con adeguato livello di approfondimento la strategia e la tecnica regolatoria, il linguaggio della regolazione flessibile, i meccanismi suggeriti dalle scienze comportamentali e cognitive. Gli strumenti che sono stati ripercorsi in questo scritto esistono e sono stati sperimentati con risultati positivi, ed è del giurista il compito di affinarli, perché possano essere messi a disposizione delle autorità di regolazione.

⁷⁸ La promozione dei diritti umani e dello sviluppo sostenibile sono indicati, negli studi di settore, come campo affidato alla responsabilità di chi formula la domanda pubblica; perciò, una strategia della regolazione del settore dovrebbe uscire, a nostro avviso, dalla genericità dell'obiettivo di migliorare l'efficienza e la qualità delle stazioni appaltanti, per approdare, più precisamente, a quello di ottenere una domanda pubblica maggiormente qualificata rispetto alle sfide sociali ed economiche che la società contemporanea incontra, in modo che il mondo pubblico possa essere promotore di sviluppo, invece che sacca di inefficienza. La tematica, data la sua rilevanza, ha acquisito ormai una dimensione globale, come dimostra il documento *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011; interessanti a riguardo le attività dell'*International Learning Lab on Public Procurement and Human Rights*, che ha pubblicato, nel luglio 2016, un report particolarmente dettagliato dal titolo *Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions* e del *Danish Institute for Human Rights* oltre ai risultati del programma *Sustainable Public Procurement*, patrocinato dall'ONU e alla nota Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile: *Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, United Nations*. Sull'uso del *public procurement* come forma di promozione allo sviluppo cfr. A. LA CHIMIA, *Tied aid within the framework of EU and WTO law*, Hart publishing 2013, spec. Capitolo 1. Se si vuole, in argomento, anche S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, op. cit., p. 95 ss.

La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

di Adriano Peloso

ABSTRACT

The paper examines the role of the national anti-corruption authority (ANAC) in the public contracts market in order to analyze the soft regulation functions exercised by ANAC. The first part of this paper is dedicated to the non-binding guidelines provided by ANAC and the provisions of contained in the legislation of public contracts market. Consequently the investigation continues with the introduction of the main question of the effectiveness of non-binding guidelines.

The second part is specifically dedicated to the analysis of the particular characters of a non-binding guideline and the effects of this provision on the specific rule provided – for the stakeholder – by the legislation. In this investigation it must be distinguished whether the provision contains specific recommendations or, instead, only references to legislation and the consequent different effectiveness of the non-binding guideline.

The last part of the paper is dedicated to examination of the eventual development of scenarios regarding the non-binding guidelines, in terms of rationalization and delimitation of this specific instrument.

SOMMARIO: 1. Premessa: l'ANAC nel mercato dei contratti pubblici. – 2. Le funzioni di c.d. *soft regulation* dell'ANAC e il nuovo Codice dei contratti. – 3. Le linee guida non vincolanti: il caso della degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea. – 4. La procedura nella legge delega e nell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 e dal d.lgs. n. 56/2017. – 5. La linee guida ANAC n. 4: i requisiti di partecipazione e i criteri di selezione. – 6. In particolare, l'onere di motivazione precisato dall'ANAC. – 7. Le prescrizioni della Autorità in materia di indagini di mercato e confronto competitivo e la stipula del contratto. – 8. I dubbi sulla natura non vincolante della linee guida per gli affidamenti sotto soglia. – 9. Conclusioni.

1. Premessa: l'ANAC nel mercato dei contratti pubblici

La regolazione del mercato dei contratti pubblici è da decenni oggetto di importanti interventi legislativi, di carattere primario e secondario, che hanno portato alla creazione di una variegata architettura del sistema degli appalti in Italia. Tra i blocchi portanti di questo impianto complessivo di norme e regole di settore troviamo quello relativo alla disciplina dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

In questo scritto il punto di partenza è costituito dalla natura e dalle funzioni dell'Autorità operante nei settori degli appalti pubblici, mentre il punto di approdo è l'analisi di specifici strumenti di regolazione – esercitati dall'ANAC – introdotti

dal nuovo codice dei contratti pubblici, con particolare attenzione al loro grado di efficacia e vincolatività rispetto all'operato delle stazioni appaltanti.

La centralità del ruolo dell'ANAC deriva da una confermata tendenza del legislatore ad attribuire rilevanti poteri a tale soggetto, con finalità che riguardano i diversi ambiti della prevenzione e repressione della corruzione, della vigilanza e della tutela della concorrenza.

Ai fini che qui specificatamente interessano è sufficiente ricordare che l'Autorità, sin dalle proprie articolate origini¹, ha sempre assolto una preminente funzione di vigilanza nei confronti delle stazioni appaltanti, degli operatori economici esecutori dei contratti e dei diversi interlocutori del mercato pubblico. Siffatta funzione "eponima"² dell'ANAC (e ancor prima dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici) è stata affiancata da precisi compiti di anticorruzione e prevenzione degli illeciti.

La "traiettoria evolutiva"³ dell'Autorità è quindi culminata con l'assegnazione all'ANAC di poteri di regolazione del mercato dei contratti pubblici.

L'accennato sviluppo della natura e delle funzioni dell'Autorità consente facilmente di individuare i più volte segnalati aspetti di criticità relativi alla natura giuridica⁴ contraddittoria dell'ANAC e alla forte atipicità⁵ di questo soggetto.

Nell'anzidetto contesto evolutivo, la funzione di regolazione dell'ANAC è stata al centro di diversi interventi legislativi che hanno gradualmente consentito all'Autorità di raccogliere incisive funzioni normative e decisorie nel settore degli appalti. Il nuovo codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) ha continuato in tale solco normativo con il conferimento all'ANAC di nuovi poteri di regolazione.

L'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 ha conferito all'ANAC specifici poteri di regolazione flessibile ricondotti alla categoria delle «*linee guida, bandi-tipo, capitolati tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile*» e, in particolare, la norma si concentra su un atto: le linee guida. Il comma 2 dell'art. 213 prevede che l'ANAC «*per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dall'ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e*

¹ Sulla nascita ed evoluzione dell'Autorità, v. E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6/2015, p. 757 ss. e B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale dir. amm.*, n. 2/2013, p. 123 ss. Entrambi gli autori si soffermano sulla nascita della Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit), istituita con il D. Lgs. n. 150 del 2009 (c.d. "riforma Brunetta") e sulla successiva incorporazione della preesistente Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) in Civit, con la contestuale nascita dell'ANAC.

² Così S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza)*, in *Riv. trim. appalti*, n. 2/2010, p. 317 ss., il quale indaga le funzioni di *Economic Regulation* della precedente Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) ma con profili di estrema attualità anche per la nuova Autorità Anticorruzione; in generale, sul tema delle funzioni di vigilanza dell'ANAC v. R. CANTONE, *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti?*, in *Giornale dir. amm.*, n. 2/2016, p. 166 ss.; F. DI LASCIO-B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4/2015, p. 454 ss. e B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 123 ss.

³ S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 317.

⁴ In tal senso, tra i tanti, si veda C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2016; una natura giuridica bifasica dell'Autorità era già stata prospettata da C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁵ Cfr. sul punto N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2016.

il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice».

La rilevanza delle nuove funzioni regolatorie dell' ANAC è emersa già dalle disposizioni della legge delega al nuovo codice appalti (legge 28 gennaio 2016, n. 11) nella quale, all'art. 1, comma 1, lett. t), vengono riconosciute all'Autorità «*ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali le linee guida, bandi tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante*».

La lettura di queste due disposizioni conferma la dianzi accennata centralità dell'ANAC nel mercato dei contratti pubblici, la quale trova ulteriore sostegno nella vista assegnazione all'Autorità di funzioni di regolazione flessibile che, di fatto, integrano il nuovo codice appalti. L'intento del legislatore è quello di sostituire la precedente normativa attuativa del previgente codice dei contratti pubblici (D.P.R. n. 207/2010) con un *corpus* normativo atipico, e dichiaratamente flessibile, promanato da soggetti aventi natura preminentemente tecnica.

I rischi di tale scelta legislativa sono già stati affrontati da diversi commentatori⁶ e verranno ripresi per quel che concerne l'argomento oggetto di questo articolo; può da subito constarsi che i profili emergenti dell' ANAC determinano una natura atipica o, più coloratamente, "anfibia"⁷ dell'Autorità. Il progressivo accumularsi di funzioni in capo all' ANAC determina la nascita di un soggetto in possesso di molteplici funzioni di intervento nel settore dei contratti pubblici, in grado di raccordare interessi pubblici potenzialmente confliggenti⁸. Se da un lato l'ANAC è chiamata, ora, a colmare vuoti normativi o di intervento interpretativo, dall'altro lato l'Autorità svolge un'azione di vigilanza e repressione degli illeciti e violazioni delle stesse regole di mercato. Al contrario di quanto si sta verificando nel mercato dei contratti pubblici, le due predette funzioni sono sempre state tenute separate nel panorama moderno della regolazione dei mercati, al fine di avere architetture di regolazione dalle caratteristiche e poteri ben distinte.

2. Le funzioni di c.d. *soft regulation* dell'ANAC e il nuovo Codice dei contratti

Nell'ambito delle attribuzioni regolatorie occorre considerare il fascio di funzioni di regolazione flessibile o c.d. *soft regulation* dell' ANAC e come tali potestà regolamentari trovino ampio spazio nella normativa del nuovo codice dei contratti pubblici.

⁶ Cfr. S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, fasc. 1, p. 9 ss.; M. BALLORIANI, *Il nuovo ruolo dell'ANAC*, in *Il nuovo Codice degli Appalti – Italia Oggi*, 2016, p. 45; R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustamm.it; C. DEODATO, *op. cit.*, p. 19.

⁷ S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 324, il quale si è espresso in questi termini relativamente alla natura dell'AVCP ma con grande attualità anche per l'odierna Autorità Anticorruzione.

⁸ Così si esprime N. LONGOBARDI, *l'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 8, il quale evidenzia come l'aggregazione di ampie e disparate funzioni in capo ad ANAC conferiscano all'Autorità un ruolo di sintesi tipicamente politica nel variegato settore degli appalti pubblici.

Sin dai tempi della preesistente AVCP il legislatore ha mantenuto una costante tendenza a conferire all’Autorità funzioni di orientamento, di monitoraggio e, in generale, poteri consultivi o di orientamento degli stakeholder del mercato (es. precontenzioso o clausole tipo dei bandi di gara). Non può certo parlarsi di veri poteri regolamentari, bensì di strumenti di attenuazione dell’intervento regolativo permeati da una forte componente tecnica (e non classicamente normativa)⁹.

La *soft regulation* dell’Autorità ha dato origine ad una solida base di norme “terziarie”, a forte natura tecnico-operativa, le quali sono divenute parametri integrativi o complementari per la valutazione del corretto agire degli azionisti appaltanti e degli operatori del mercato¹⁰.

Il d.lgs. n. 50/2016 ha aggiunto un ulteriore tassello all’opera di costruzione di un regolatore del settore dei contratti pubblici, con l’assegnazione all’ ANAC di rilevanti funzioni normative e decisorie.

È riconosciuta all’ANAC una potestà regolatoria che, secondo l’interpretazione resa dal Consiglio di Stato in sede consultiva¹¹, si esprime in tre diverse tipologie di atti: da un lato, vi sono gli atti meramente propositivi di ANAC che vengono poi recepiti dal Ministero delle infrastrutture e trasporti (MIT)¹², previo parere delle competenti Commissioni parlamentari; dall’altro lato, vi sono gli atti adottati con delibera dell’ANAC e dichiarati espressamente vincolanti *erga omnes*. Infine, vi sono gli atti adottati dell’ANAC a carattere non vincolante.

Questo inquadramento consente di ricondurre i provvedimenti testé sopra elencati alla categoria degli atti amministrativi generali e, più specificatamente, agli atti di regolazione. Siffatta qualifica, secondo l’analisi dell’organo consultivo, è strettamente collegata alla natura dell’ANAC, che si viene a configurare a tutti gli effetti come un’authority amministrativa indipendente, con funzioni di regolazione¹³.

Tralasciando il seppure interessante dibattito in tema di natura e regime delle linee guida¹⁴, occorre indagare la portata della classificazione, operata

⁹ V. in tal senso G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti*, in *Diritto e società*, n. 1/2015, p. 223 ss.; in generale, per una panoramica dei caratteri della *soft law* si veda M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation, e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, fasc. 2, p. 53 ss. ed E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008.

¹⁰ S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 328; sullo specifico punto della *soft law* come fonte terziaria del diritto amministrativo si veda M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 683 ss.

¹¹ Cfr. Cons. St., Comm. Spec., parere 1 aprile 2016, n. 855 sullo schema del d.lgs. n. 50/2016.

¹² In argomento, si segnala la prima ricostruzione svolta da L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2016, p. 605 ss., che evidenzia l’inedita commistione fra la potestà regolamentare ministeriale e l’attività di un’authority indipendente.

¹³ Così il Consiglio di Stato, parere n. 855/2016, cit., che «ritiene preferibile l’opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione [id est: le linee guida] con la natura del soggetto emanante (l’ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un’Authority amministrativa indipendente, con funzioni di regolazione. Pertanto appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti ad esse assimilati) dell’ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Authority indipendenti, che non sono regolamentari in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione»; in argomento, si veda anche A. NICOTRA (a cura di), *L’Authority nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹⁴ Per un primo approfondimento sull’argomento si veda F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni*

dal Consiglio di Stato, in ordine alla vincolatività o meno delle linee guida e al grado di efficacia di tali provvedimenti. Al riguardo, proprio il sopra rammentato art. 213, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 individua le finalità a cui deve tendere l’emanazione di tali atti, i quali, – recita testualmente il nuovo codice – sono strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati [passa in secondo piano la questione del *nomen iuris*], che devono garantire la promozione della efficienza e della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti.

Emerge quindi l’esigenza primaria di avere provvedimenti efficacemente rivolti al pieno raggiungimento della finalità testé ricordate.

Se minori dubbi sembrano sussistere in merito alle linee guida vincolanti, previste da specifiche disposizioni del nuovo codice appalti¹⁵ e per le quali l’effetto precettivo è indiscusso, così non è per le linee guida non vincolanti.

Il carattere obbligatorio – in quanto espressamente menzionato dal nuovo codice appalti – di siffatti atti non è garanzia di recepimento da parte delle stazioni appaltanti e degli altri operatori del mercato dei contratti pubblici; di contro, non può neanche parlarsi di irrilevanza delle linee guida rispetto all’ordinamento e alle azioni poste in essere dagli *stakeholders*, seppure gli stessi precetti contenuti nelle linee guida debbano coesistere con la discrezionalità amministrativa riconosciuta alle stazioni appaltanti. Il tutto va inoltre valutato in relazione alle specifiche disposizioni contenute in tali linee guida, le quali variano, per grado di specificità ed operatività, caso per caso.

3. Le linee guida non vincolanti: il caso della degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

Dobbiamo quindi occuparci delle linee guida non vincolanti che, esulando nuovamente dalle questioni di inquadramento dogmatico, pongono degli interrogativi concernenti la vincolatività ed efficacia dei predetti atti.

La risposta alle evidenziate tematiche non può essere ricercata in analisi generali desumibili dal nuovo codice dei contratti e neanche nelle indicazioni recate dal Consiglio di Stato¹⁶, il quale, nel reso parere, non ha fornito maggiori precisazioni relativamente alla rilevanza giuridica delle dette linee guida. Al contrario, solo una disamina di merito delle diverse disposizioni ed espressioni utilizzate nelle singole linee guida emesse dall’ANAC può consentire la valutazione dell’esistenza di prescrizioni più o meno stringenti per le stazioni appaltanti, con la conseguente valutazione del possibile grado di efficacia delle linee guida stesse.

In linea generale, la dottrina ha qualificato queste linee guida come espressione del potere di direttiva¹⁷. Tale ipotesi viene avallata nel testo della legge delega n. 11/2016, nella quale, all’art. 1, comma 1, lett. f), le linee guida vengono definite come “atti di indirizzo”.

Lo scopo delle linee guida non vincolanti è quello di fornire indirizzi e istru-

ANAC, in corso di pubblicazione; C. DEODATO, *op. cit.*, e G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?*, in corso di pubblicazione.

¹⁵ Cfr. artt. 31, 38 e 78 del d.lgs. n. 50/2016.

¹⁶ Cfr. Cons. St., parere n. 855/2016, cit.

¹⁷ V. in tal senso G. MORBIDELLI, *Le linee guida ANAC*, cit.; in modo conforme, R. GRECO, *op. cit.*, p. 7.

zioni operative alle stazioni appaltanti e non di integrare il contenuto delle fonti primarie del diritto. Per tale ragione, diversi commentatori collocano questi atti nell'ambito delle fonti terziarie del diritto amministrativo¹⁸.

A fortiori può, quindi, essere confermata un'efficacia modulata delle linee guida non vincolanti, variabile in funzione della singola fattispecie regolata e delle eventuali motivazioni addotte dalle stazioni appaltanti per discostarsi dagli indirizzi dell'Autorità.

Tuttavia è necessario spingersi oltre nella ricerca di conferme relative il grado di efficacia delle linee guida non vincolanti, prestando particolare attenzione ai possibili effetti che una regolazione flessibile – ma stringente – può determinare sulla vincolatività e sul collocamento di questi atti nel sistema delle fonti del diritto.

Occorre quindi guardare ad una ipotesi di applicazione delle linee guida non vincolanti; questa analisi deve essere fatta con il fine di verificare i principi espressi nella legge delega e nel nuovo codice, nonché per svolgere la conseguente analisi della tecnica regolatoria utilizzata dall'ANAC per la redazione del provvedimento e l'*iter* di consultazione, con l'individuazione di possibili effetti sull'operato delle stazioni appaltanti.

Un caso concreto estremamente esemplificativo è quello della linea guida per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, disciplinato all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016. L'oggetto di regolazione riguarda un tema notoriamente importante per le amministrazioni e per gli operatori, che sovente si avvalgono di tale tipologia di affidamenti. Proprio l'alta frequenza nell'utilizzo di questo genere di affidamenti ha indotto l'ANAC, come si vedrà nel proseguo, a predisporre prescrizioni puntualmente formulate, la cui valenza deve essere verificata in termini di vincolatività, efficacia e possibile integrazione del nuovo codice appalti.

4. La procedura nella legge delega e nell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 e dal d.lgs. n. 56/2017

La disamina del prospettato caso di specie necessita di una trattazione che ripercorra le origini della norma, sin dalla legge delega e poi nella formulazione definitiva del nuovo codice appalti, per poi verificare le disposizioni attuative contenute nelle linee guida dell'ANAC.

Occorre da subito osservare come la materia degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea non trovi, fatta eccezione per la definizione dei principi generali e degli importi economici, i corrispettivi principi attuativi nelle direttive europee di riferimento¹⁹. Il legislatore italiano si è mosso in quasi piena autonomia nell'individuazione dei parametri normativi e di prassi per la regolazione di questa peculiare categoria di affidamenti.

L'art. 1, comma 1, lett. g), ff) e ii) della legge delega al nuovo codice appalti

¹⁸ Così F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 17; si veda anche N. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, n. 06/2016.

¹⁹ Cfr. direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la normativa europea del 2004 in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione.

contiene il parametro legislativo per la disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea e per l'esecuzione di lavori, servizi e in economia. Il primo principio e criterio direttivo specifico di cui alla lettera g) è rappresentato dalla necessaria previsione di una disciplina ispirata ai criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, con piena salvaguardia dei principi di trasparenza e imparzialità della gara.

La lettera ff) regola la fase dell'aggiudicazione e si riferisce al rispetto dei criteri dei generali principi di trasparenza, di non discriminazione e parità di trattamento. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è indicato quale elemento di valutazione oggettivo, individuato sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia legato al costo del ciclo di vita o ad aspetti ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto.

La medesima lettera ff) prescrive l'indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale «*che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria*». Una disposizione di tal fatta, come si verificherà nel proseguo, può innescare esigenze di specifica regolazione – già in sede di emanazione della norma di rango primario o nella successiva fase attuativa del dettato normativo – relative alle modalità operative con le quali debba essere preservata la conoscibilità dei detti parametri.

Infine, la lettera ii) dell'art. 1, comma 1, prevede l'applicazione di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure per gli affidamenti sotto soglia. Parimenti, la norma si riferisce all'utilizzo dello strumento della valutazione comparativa tra più offerte, con la previsione che devono essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti, con eventuale applicazione di un'adeguata rotazione degli affidamenti. Può da subito rilevarsi come questi principi rappresentino una forma di garanzia tecnico-economica sulla composizione dell'offerta e sulla presenza dei requisiti dei singoli partecipanti. Parimenti, si rileva come anche i contenuti di questo disposizione della legge delega lascino ampio margine al legislatore o, in fase attuativa, al regolatore per operare una scelta sugli strumenti e sulle modalità dei requisiti dei partecipanti nonché per consentire una migliore distribuzione degli affidamenti.

I principi e criteri indicati dalla legge delega sono stati recepiti nell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 che prevede una disciplina dettagliata per l'affidamento ed esecuzione dei contratti sotto soglia. Di recente, la menzionata normativa è stata altresì oggetto di modifica da parte del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. decreto correttivo) il quale ha apportato alcune novità rispetto al testo originario contenuto nella prima versione del nuovo Codice.

La norma del Codice, al comma 1, prevede – in piena coerenza con quanto già visto alle lett. ff) e ii) della legge n. 11/2016 – che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea deve avvenire nel rispetto dei principi enunciati all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 in materia di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Sempre il comma 1, in questa parte recentemente modificato dal decreto correttivo, enuclea l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Il successivo comma dell'art. 36 disciplina i casi e le modalità secondo le quali le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea. La lett. a) regola l'ipotesi di affidamento di importo inferiore a 40.000 euro, che può avvenire mediante affidamento diretto. Il recente d.lgs. n. 56/2017 ha ulteriormente precisato che tale affidamento possa avvenire anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. Altro caso disciplinato dal comma 2 è previsto alla lett. b) e riguarda gli affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi. Questi contratti possono essere affidati mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture; di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

La lett. c) del medesimo comma disciplina l'affidamento dei lavori di soglia pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, che deve avvenire mediante la procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Infine, la lett. d) prevede una ipotesi di chiusura: l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro che devono avvenire mediante ricorso alle procedure ordinarie.

I restanti commi 3 e 4 dell'art. 36 si occupano di ipotesi di affidamento residuali concernenti la realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo per importi inferiori alle soglie europee. Ugualmente, i commi 6, 6-bis, 8 e 9 completano la norma in materia di affidamenti mediante il mercato elettronico e il caso di affidamento da parte di imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi.

Decisamente più rilevante ai fini del presente intervento è il comma 7 dell'art. 36 che recita: *«L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9»*.

La vista evoluzione cronologica della norma sugli affidamenti sotto soglia, dalla emanazione della legge delega sino all'adozione del recente decreto correttivo, permette di rilevare una relativa congruenza tra i principi e criteri direttivi esposti in sede di delega, al Governo, e la successiva attuazione normativa. Il parametro di grado legislativo contenuto nell'art. 36 del Codice richiama i principi generali già contenuti nelle recepite direttive europee e dettaglia i casi e le modalità secondo le quali le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea.

Il legislatore ha quindi identificato gli obblighi primari che le stazioni appaltanti devono considerare in tema di affidamento di contratti sotto soglia. Al

contrario, la norma non entra nel merito della previsione di specifici aspetti operativi relativi all'affidamento e all'esecuzione dell'oggetto del contratto; allo stesso modo, l'art. 36 non prevede alcuna prescrizione relativa alla *best practice*, in ambito sia amministrativo che commerciale, che le amministrazioni devono considerare nella selezione degli offerenti.

Questi ambiti di disciplina non affrontati dal Codice sono oggetto di specifica assegnazione all'ANAC, la quale, sulla scorta delle rammentate previsioni contenute agli artt. 36 comma 7 e 213 del Codice, ha adottato le linee guida per l'indirizzo delle stazioni appaltanti e degli operatori. Può quindi parlarsi di un processo di "delegificazione"²⁰ di aspetti procedurali e di omogeneizzazione dell'operato alle stazioni appaltanti e degli operatori, al fine primario di non appesantire inutilmente la normativa di settore e di consentire una maggiore flessibilità nella emissione degli atti di attuazione del Codice.

5. La linee guida ANAC n. 4: i requisiti di partecipazione e i criteri di selezione

Le linee guida n. 4 attuative dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 recano "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"²¹.

L'atto è strutturato in forma discorsiva e segue uno schema di enucleazione delle indicazioni dell'ANAC che parte dalla definizione dell'oggetto e ambito di applicazione sino a giungere alla individuazione delle singole modalità operative per l'affidamento dei contratti sotto soglia. Nella premessa del documento viene ricordato che l'art. 36, comma 7 affida ad ANAC «*la definizione delle modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti nelle attività relative ai contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato nonché la formazione e gestione degli elenchi degli operatori*».

Gli obiettivi portanti ricavabili dalla citata premessa sono quelli della assistenza operativa alle stazioni appaltanti, della qualità degli *iter* di affidamento e della procedimentalizzazione del sistema di ricerca e selezione degli operatori del mercato.

Sulla natura non vincolante delle linee guida dei contratti pubblici sotto soglia – sulla quale si ritornerà ampiamente nei paragrafi conclusivi – il Consiglio di Stato ha pacificamente annoverato questi atti nella categoria delle linee guida dell'ANAC non vincolanti²².

Come in precedenza osservato, lo scopo delle linee guida non vincolanti è quello di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti e non di integrare il contenuto delle fonti primarie del diritto.

²⁰Così R. GRECO, *op. cit.*, p. 9, il quale evidenzia «*un arretramento della legge e della stessa fonte regolamentare tradizionale in favore di nuove fonti secondarie atipiche, promananti da soggetti nei quali si manifesta una nuova organizzazione del potere e delle relative competenze*»; conformemente v. N. DELLE FOGLIE, *op. cit.*

²¹ Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 26 ottobre 2016, n. 1097.

²² Cfr. Cons. St., Comm. Spec., parere 30 agosto 2016, n. 1903 sulle linee guida per le procedure di affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici.

Almeno nelle premesse del documento, questa pare essere la finalità delle linee guida in esame.

L'Autorità, dopo aver ricordato l'ambito di applicazione e i principi comuni già espressamente richiamati dall'art. 36, comma 1 del Codice, si è concentrata sulla descrizione delle procedure di affidamento per il visto caso dell'affidamento di lavori, servizi e forniture di soglia inferiore a 40.000 euro e per le diverse ipotesi degli affidamenti di importo per i lavori pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro. Parimenti sono state disciplinate le ipotesi di affidamento di lavori con importo superiore a euro 150.000 e inferiore a 1.000.000 euro e dell'affidamento di forniture e i servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35 del Codice, affidate tramite procedura negoziata.

Le linee guida n. 4 individuano una procedura pressoché univoca per tutte le ipotesi di affidamento sopra ricordate, senza quindi optare per una differenziazione delle procedure relative a micro affidamenti²³. In particolare, il paragrafo 3.1 del documento descrive la fase di avvio della procedura, con il rinvio alla piena discrezionalità delle stazioni appaltanti per quanto attiene alle modalità con cui acquisire informazioni sulle soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e sulla platea dei potenziali affidatari.

Parimenti, il paragrafo 3.1.2 della linea guida indica il contenuto minimo della determina a contrarre o dell'atto ad essa equivalente, con dei primi riferimenti relativi all'onere motivazionale sintetico in merito alla procedura scelta e più dettagliato sulla scelta dell'aggiudicatario.

Le linee guida proseguono con l'individuazione, ai paragrafi 3.2 e 3.3, dei requisiti generali e speciali chiesti all'operatore per la partecipazione alla procedura di affidamento. In tale disciplina trova spazio un primo generale richiamo alla normativa di rango primario sui requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. In aggiunta alle previsioni del Codice, l'Autorità prevede l'utilizzo di mezzi flessibili di certificazione dell'idoneità professionale e della capacità economica e finanziaria degli operatori economici, quali la produzione del certificato di iscrizione al Registro della Camera di commercio e la dimostrazione di livelli minimi di fatturato globale. Allo stesso modo, in tema di capacità tecniche e professionali, l'ANAC indica la generica possibilità di attestazione di esperienze maturate nello specifico settore, anche per periodi temporali relativamente brevi, o il possesso di specifiche attrezzature e/o equipaggiamento tecnico.

Se i primi paragrafi delle linee guida sono caratterizzati da una costante precisione nell'indicare i principi ed i passaggi logico-temporali della procedura di affidamento dei contratti sotto soglia, così non è per le viste disposizioni in materia di requisiti generali e speciali di partecipazione. Il richiamo alla normativa del Codice è poi temperato da una serie di indicazioni generiche che rimandano alla discrezionalità della amministrazione procedente, a seconda della tipologia di procedura e di importo dell'affidamento. Il risultato preliminare - da verificare nella prassi futura - che può prefigurarsi in questo specifico ambito operativo è quello di una disciplina frammentaria, o quantomeno non omogenea, da parte delle stazioni appaltanti in tema di requisiti per l'accesso alle procedure di affidamento per i contratti sotto soglia.

²³ Cfr. in argomento il punto 5.3 della Relazione AIR sulle linee guida per le procedure di affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici.

6. In particolare, l'onere di motivazione precisato dall'ANAC

Di maggiore interesse è il corpo centrale delle disposizioni delle linee guida n. 4, il quale è dedicato alla scelta del contraente e all'obbligo di motivazione. Il paragrafo 3.3.1 del documento prevede che la stazione appaltante motivi adeguatamente la scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del «*possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative dell'offerta dell'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione*».

Questa indicazione dell'Autorità affonda le proprie radici direttamente nella legge delega n. 11/2016²⁴, ove si ritrovano i principi attuativi riferiti al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al principio di rotazione.

Diversamente, si riscontra l'introduzione di vincoli di adeguata motivazione della scelta dell'affidatario, mediante illustrazione comparativa – da parte delle stazioni appaltanti – dell'esistenza dei requisiti richiesti nella determina a contrarre e della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare. Ugualmente, nella motivazione richiesta alle amministrazioni devono essere indicate eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario.

Sempre in tema di obbligo di motivazione, il paragrafo 3.3.2 attua espressamente il precetto contenuto all'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, in ordine al rispetto del principio di rotazione. A tal riguardo, le linee guida richiedono un onere motivazionale “*più stringente*”, in virtù del quale la stazione appaltante deve motivare la scelta in considerazione della riscontrata effettiva assenza di alternative – alla selezione di un diverso operatore economico – ovvero al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale, oltretutto alla necessaria competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

L'Autorità lascia spazio alla discrezionalità delle stazioni appaltanti in materia di onere motivazionale relativo all'economicità dell'affidamento e di rispetto dei principi di concorrenza, per i quali viene comunque indicata la modalità della valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

Infine, in via residuale, le linee guida prevedono un onere motivazionale attenuato, espresso in “*forma sintetica*”, per gli affidamenti di modico valore (importo inferiore a 1.000 euro) e per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento già adottato dalla stazione appaltante.

Quanto sopra analizzato può essere concordemente ricondotto a una estesa introduzione di vincoli di motivazione aggiuntivi, in capo alle stazioni appaltanti, rispetto a quanto espressamente previsto dalla legge delega e dal nuovo codice dei contratti pubblici. Tale regolazione restrittiva è giustificata dal Consiglio di Stato sotto i profili della correttezza dei comportamenti e dell'anticorruzione, nonché in ragione del principio comune di cautela nell'adozione delle procedure semplificate. Sempre i giudici di Palazzo Spada hanno rilevato però come l'imposizione di uno stringente onere motivazionale potrebbe apparire

²⁴ V. lett. ff) e ii) della legge delega n. 11/2016, art. 1, comma 1.

non in linea con lo spirito della legge, oltre che incompatibile con i limiti imposti all'attività di indirizzo espletata dalla linee guida dell' ANAC²⁵.

Il risultato della prospettata impostazione dell'onere motivazionale - relativo all'ipotesi di atti di indirizzo che assurgono al livello di esplicazioni interpretative della legge - porta, in linea teorica, le linee guida a produrre un effetto pari a quello prodotto dalla fonte primaria del diritto. Se tale lettura fosse confermata, le disposizioni organizzative e procedurali relative all'operato della amministrazione in fase di affidamento del contratto sotto soglia verrebbero, nel caso di specie, ad acquisire una piena efficacia esterna²⁶.

7. Le prescrizioni della Autorità in materia di indagini di mercato e confronto competitivo e la stipula del contratto

Le linee guida sugli affidamenti sotto soglia sono completate dal blocco di indicazioni relative alle procedure per lo svolgimento di indagini di mercato, per la formazione di un elenco dei fornitori e per la stipula del contratto.

Il paragrafo 4.1 descrive scrupolosamente le indicazioni attuative di quanto disposto dall'art. 36, comma 2, lett. b) e c) del Codice, che espressamente richiede, per l'individuazione dei soggetti da invitare, lo svolgimento di indagini di mercato o l'utilizzo di appositi elenchi e fissa in cinque o dieci il numero minimo di tali operatori. L'Autorità ha indicato l'opportunità che le stazioni appaltanti si dotino preliminarmente di un regolamento in cui siano disciplinate le modalità di conduzione delle indagini di mercato, le modalità di costituzione dell'elenco fornitori ed i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare l'offerta.

L'ANAC non si è limitata ad una sola attività di indirizzo ma ha espresso una vera e propria disciplina di dettaglio relativa alle modalità di svolgimento delle indagini di mercato (dal paragrafo 4.1.3 al paragrafo 4.1.5) e alle modalità di costituzione dell'elenco fornitori (dal paragrafo 4.1.6 al paragrafo 4.1.11).

Lo stesso approccio è stato tenuto dall'Autorità relativamente alla fase del confronto competitivo. Il paragrafo 4.2 reca una diffusa spiegazione degli obblighi delle stazioni appaltanti in materia di principio di rotazione ed effettuazione del sorteggio. Vengono altresì indicati tutti gli elementi che consentono alle imprese di formulare un'offerta informata ed è previsto che la stazione appaltante provveda alla verifica dei requisiti da parte dell'aggiudicatario.

Da ultimo, le linee guida dell' ANAC si occupano di disciplinare la fase della stipula del contratto e della pubblicazione. In questa ipotesi, l'Autorità ha ritenuto la disciplina vigente sufficientemente esaustiva per entrambe le fasi finali dell'affidamento.

Le linee guida si rifanno integralmente all'art. 32, comma 14, d.lgs. n. 50/2016 in relazione alla stipula del contratto, la quale deve avvenire, a pena di nullità, con atto pubblico notarile, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante. Parimenti, viene effettuato un richiamo generico alla "*normativa vigente*" applicabile per la garanzia della pubblicità e trasparenza dell'operato della stazione appaltante.

²⁵Cfr. Cons. St., Comm. Spec., parere 30 agosto 2016, cit.

²⁶ In argomento, si veda nuovamente G. MORBIDELLI, *Le linee guida ANAC*, cit. e F. CINTIOLI, *op. cit.*

8. I dubbi sulla natura non vincolante delle linee guida per gli affidamenti sotto soglia

Nei primi paragrafi dell'articolo si è dovuta constatare la posizione del Consiglio di Stato relativamente all'inserimento degli atti in esame nella categoria delle linee guida dell'ANAC non vincolanti²⁷. Tuttavia, sulla base di quanto dianzi analizzato, è possibile e doveroso valutare la tenuta di questa classificazione sulla natura non vincolante delle linee guida n. 4.

Il prospettato compito non è facilitato dalla vista strutturazione delle linee guida sugli affidamenti di contratti sotto soglia, laddove l'ANAC non distingue in alcun modo le disposizioni ritenute vincolanti dai meri indirizzi. Ugualmente, si è già detto dell'assenza di una definizione normativa e giurisprudenziale del concetto di non vincolatività, non affrontato né dal Codice né dal Consiglio di Stato.

La vincolatività delle linee guida può essere affermata nell'ipotesi in cui ci sia una sostanziale garanzia di recepimento da parte delle stazioni appaltanti dei precetti contenuti negli atti di regolazione, oppure nel diverso caso in cui la stazione appaltante si discosti dalla disciplina delle linee guida mediante l'espressione di una congrua motivazione.

Quest'ultima ipotesi è quella contemplata nelle linee guida n. 4 nell'ipotesi della previsione di un onere motivazionale "*più stringente*", in capo alla stazione appaltante, per la deroga all'applicazione del principio di rotazione degli operatori economici affidatari²⁸.

Come visto, le linee guida sugli affidamenti di contratti sotto soglia contengono anche diverse indicazioni che replicano il contenuto della norma vigente (es. la stipula del contratto e il regime di pubblicità) o prospettano soluzioni alternative che le stazioni appaltanti possono valutare nel pieno esercizio della propria discrezionalità amministrativa (es. le modalità per le indagini di mercato e il confronto competitivo).

Allora può essere considerata la ancora più suggestiva tesi di un effetto "esistenziale"²⁹ delle linee guida non vincolanti, che cioè si lega all'esistenza di questi atti nell'ordinamento. In tal senso, un ulteriore elemento di avvallo a questa ipotesi è costituito dall'ormai consueta richiesta, da parte dell'ANAC, di esercizio delle funzioni consultive del Consiglio di Stato in relazione alla validazione della struttura di questi atti atipici. Seppure vengano riferite come nominalmente non vincolanti, le linee guida in oggetto vengono ad essere investite di una maggiore solidità in seguito al vaglio della Commissione Speciale del Consiglio di Stato.

Ai fini dell'accertamento della vincolatività potrebbe, quindi, rilevare unicamente la naturale tendenza delle stazioni appaltanti a conformarsi agli indirizzi e orientamenti codificati dall'Autorità, non rilevando i motivi che inducono le amministrazioni ad adeguarsi agli atti di indirizzo. Tale ipotesi non appare così lontana dalla più volte prospettata tesi della autoregolazione da parte delle

²⁷ Cfr. Cons. St., Comm. Spec., parere 30 agosto 2016, cit.

²⁸ Cfr. par. 3.3.2 delle Linee guida per le procedure di affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici.

²⁹ Così F. CINTIOLI, *op. cit.*, il quale, in chiave di spunto meritevole di ulteriori sviluppi, individua questo "effetto esistenziale" delle linee guida ANAC che potrebbero dare al sistema maggiore efficienza.

stazioni appaltanti, dovuta dalla diffusione dell'informazione sui modelli di comportamento "corretti"³⁰.

Il risultato che sembra prospettabile – per il caso delle linee guida per gli affidamenti sotto soglia ma in generale per gli atti di indirizzo dell' ANAC – è la graduale eliminazione delle distinte categorie di linee guida vincolanti e non vincolanti, a favore di una "testunificazione"³¹ delle linee guida sia sotto il profilo organicistico che sotto il profilo della coerenza di questi atti di regolazione.

9. Conclusioni

L'analisi oggetto di questo articolo porta ad una riflessione che parte dal visto caso di specie e giunge al quadro generale della regolazione flessibile prevista dal nuovo codice appalti.

Le linee guida per gli affidamenti sotto soglia si sono contraddistinte per una evidente disomogeneità nell'efficacia, o meno, delle singole previsioni. Taluni indirizzi hanno assunto un valore strettamente vincolante, mentre altre indicazioni sono state impostate con un minore rigore o, talvolta, con un mero richiamo della normativa vigente.

Il risultato della verifica effettuata sull'adozione di questi provvedimenti porta ad una revisione della sopra illustrata ripartizione degli atti dell'ANAC³²: le linee guida in oggetto, allo stato di fatto, si pongono come una categoria ibrida di atti di indirizzo che rimane sospesa tra le diverse categorie delle linee guida vincolanti e delle linee guida non vincolanti.

Queste osservazioni possono essere riportate anche a livello di inquadramento generale degli strumenti di regolazione flessibile: le istruzioni e le raccomandazioni contenute nelle linee guida andrebbero, come indicato dal Consiglio di Stato³³, razionalizzate e l'utilizzo circoscritto ad un solo ambito che esula dal precetto normativo. In tal modo si avrebbe una sola categoria di linee guida raggruppate per argomenti, con una struttura definita ed una efficacia ricondotta al grado di precisione e facilità di recepimento delle singole misure da parte degli operatori del mercato.

³⁰ In tal senso S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 328.

³¹ Il riferimento è contenuto all'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 e viene ripreso in maniera è più ampia da R. GRECO, *op. cit.*, 9, in tema di uniformazione degli effetti delle linee guida ANAC.

³² V. *supra* par. 2 e la nota 11.

³³ Cfr. Cons. St., Comm. Spec., parere 1 aprile 2016, cit.



COMMENTI

La sostenibilità del servizio postale universale tra esigenze di equilibrio economico e garanzie indisponibili degli utenti

di **Giulia Avanzini**

Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 287. Pres. G. Severini. Est. V. Lopilato

«L'universalità del servizio postale deve intendersi nel senso che quanti erogano prestazioni di servizi, benché organizzati in impresa, debbono comunque garantire a chiunque l'effettiva prestazione del servizio, qualunque sia la collocazione geografica della domanda del servizio stesso e a condizioni eque e non discriminatorie e che anche in presenza di un'eventuale situazione di "fallimento del mercato", l'adeguata soddisfazione generale del servizio resta necessaria e doverosa per ragioni extraeconomiche intrinseche al carattere pubblico del servizio stesso».

«L'esigenza di assicurare il servizio postale universale impone all'ente che ne deve garantire l'attuazione di indicare puntualmente le ragioni delle decisioni di soppressione degli uffici postali; una determinazione che si basa sulla sola esigenza di assicurare l'equilibrio economico è di per se illegittima, dal momento che l'utilità economica diviene così un criterio che ultra vires va ad annullare la rilevanza di una delle ragioni stesse del servizio pubblico, vale a dire l'esigenza, che deve essere garantita in quanto tale, di assicurare a chiunque la ragionevole opportunità di poter fruire delle prestazioni del servizio medesimo, trasformando così il servizio postale in una mera attività di impresa orientata al profitto, in condizioni a quel punto ingiustificabili di monopolio o oligopolio».

TAR Lazio, sez. III Ter, 30 settembre 2016, n. 9986. Pres. G. Lo Presti. Est. M.G. Vivarelli

«La soppressione degli uffici postali sul piano procedurale suppone un'accurata istruttoria comprensiva di una fase di necessaria interlocuzione con gli enti locali interessati e richiede altresì una congrua motivazione idonea a dar conto della specificità del caso concreto e della perdurante sussistenza di prestazioni di servizio universale in favore della cittadinanza anche dopo la chiusura del presidio postale, risultando a tal fine insufficiente un mero rinvio ad atti generali di razionalizzazione approvati dall'autorità di regolazione o a generiche esigenze di equilibrio finanziario che finiscono per risolversi in una mera clausola di stile».

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La liberalizzazione del settore postale tra disciplina europea e diritto interno. – 3. Il servizio postale universale. – 3.1. Le forme di finanziamento dei relativi oneri. – 4. La "razionalizzazione" della rete degli uffici postali. – 5. I limiti al potere di riorganizzazione del servizio e le esigenze di equilibrio finanziario. – 5.1. L'obbligo di una congrua motivazione e di un'istruttoria completa a garanzia dell'adeguatezza del servizio universale. – 5.2. Le garanzie procedurali e la necessaria interlocuzione con gli enti locali. – 6. Il recapito a giorni alterni. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Le sentenze in esame consolidano un orientamento giurisprudenziale che sta progressivamente contribuendo a delineare il quadro regolatorio del servizio postale e in particolare il contenuto degli obblighi del servizio universale. In più occasioni infatti il giudice amministrativo è stato chiamato a sindacare le scelte di razionalizzazione del settore, spesso dettate da ragioni di economicità gestionale, e la loro compatibilità con il perseguimento degli interessi generali e collettivi insiti proprio nel carattere universale del servizio.

Le pronunce del Consiglio di Stato e del Tar Lazio che si commentano hanno disposto l'annullamento di una serie di atti adottati da Poste Italiane in qualità di Fornitore del servizio universale, volti a modificare l'orario di apertura o a disporre la chiusura di diversi uffici postali c.d. periferici o marginali, anche laddove il loro mantenimento costituisca un costo elevato per l'ente gestore.

L'impugnazione è stata proposta in entrambi i casi dagli enti locali colpiti dalle misure, a tutela della propria comunità e in particolare dell'interesse a mantenere la presenza di uffici postali nel proprio territorio accanto ad un adeguato livello dei servizi da essi erogati.

2. La liberalizzazione del settore postale tra disciplina europea e diritto interno

Per meglio comprendere il significato di tali interventi giurisprudenziali è necessario ricostruire brevemente il quadro normativo vigente a livello europeo e nazionale¹.

La liberalizzazione del servizio postale è avvenuta con maggiore lentezza rispetto ad altri settori² e ha trovato il suo primo riferimento normativo nella direttiva 15 dicembre 1997, n. 97/67/CE "Regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio", successivamente modificata dalle direttive 10 giugno 2002 n. 2002/39/CE e 20 febbraio 2008, n. 2008/6/CE, che hanno proseguito il processo di graduale apertura alla concorrenza dei servizi postali. La prima direttiva ha operato in funzione di armonizzazione e si è limitata a definire un quadro generale di regole comuni e di obiettivi minimi che hanno consentito agli Stati membri di modulare nel tempo il processo di liberalizzazione del settore, gestito in molti casi da un operatore storico e spesso pubblico, nel rispetto del principio del servizio universale. Come per gli altri servizi di interesse economico generale oggetto di liberalizzazione, la creazione di un mercato postale

¹ Per una più ampia ricostruzione dell'evoluzione della disciplina in materia: L. MAGRONE, *Le poste*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, spec. p. 1321 ss.; A. ROCCHIETTI MARCH, voce *Poste*, in *Enc. giur.*, Vol. XXVI, Treccani, Roma, 2002, 1-10; M.E. SANTA, *La liberalizzazione dei servizi postali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, fasc. 1, pp. 119-147; L. MONTEL, voce *Poste e telecomunicazioni*, in *Digesto Disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1996; G. DE SANCTIS-F. MOLTENI, voce *Poste e telecomunicazioni*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 568 ss.

² Sul punto: E. MOAVERO MILANESI, *I servizi di interesse generale e di interesse economico generale*, in F. BESTAGNO-L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, spec. pp. 110-111.

europeo ha presupposto infatti, fin dalle origini, la garanzia di un minimo di prestazioni, accessibili a tutti, in ogni parte del territorio, a condizioni eque e non discriminatorie e secondo un'offerta di qualità. Essa è stata accompagnata quindi dall'obbligo, posto in capo ai singoli Stati membri, di assicurare tali servizi anche laddove i bassi volumi della domanda e gli alti costi di esercizio fossero tali da rendere la prestazione antieconomica.

È significativo rilevare come la terza direttiva postale, nell'abolire ogni residua forma di riserva o di diritti di esclusiva a partire dalla fine del 2011, abbia riconosciuto e accentuato il ruolo fondamentale del servizio universale postale e della relativa rete quali strumenti di coesione economica e sociale³. Tra i considerando della direttiva stessa viene sottolineato come l'accessibilità e la capillarità del servizio debbano essere garantite in ogni parte del territorio e in particolare nelle zone rurali e montane dove il servizio rappresenta uno strumento di integrazione sociale ed economica nonché una rete infrastrutturale ai fini dell'accesso ai nuovi servizi di comunicazione elettronica⁴.

Si può dunque affermare che nel diritto dell'Unione il presidio postale e la stessa rete nel suo complesso vengano ad assumere un valore più ampio e ulteriore rispetto al servizio che tradizionalmente attraverso essi viene erogato, quali punti o nodi essenziali per consentire l'accesso ad altri servizi e quali strumenti per assicurare l'esercizio di una pluralità di diritti fondamentali, compresa la stessa libertà di iniziativa economica, che in alcune aree più lontane e disagiate incontra delle oggettive difficoltà di sviluppo.

Le direttive sono state progressivamente recepite nell'ordinamento nazionale dal d.lgs., n. 261/1999, modificato dal d.lgs. n. 384/2003⁵, e soprattutto dal d.lgs. n. 58/2011 che ha portato a compimento la completa apertura al mercato del settore. Il quadro normativo è completato dalla legge di stabilità del 2015⁶ che ha inciso sulla disciplina del servizio universale postale e, al fine di garantirne la sostenibilità finanziaria nel tempo, ne ha significativamente circoscritto il perimetro e il livello di finanziamento pubblico.

Ma il complesso quadro regolatorio si compone anche di altre fonti e risulta frammentato in una molteplicità di attribuzioni esercitate ora dal Ministero per lo sviluppo economico, ora dall'Autorità di regolazione, istituita tardivamente e individuata, solo a partire dal 2011, nell'Agcom⁷.

³ Significativo il richiamo di cui al Considerando n. 5 della direttiva 2008/6/CE, secondo cui «nella misura in cui costituiscono uno strumento essenziale di comunicazione e di scambio di informazioni, i servizi postali svolgono un ruolo fondamentale che contribuisce agli obiettivi di coesione sociale, economica e territoriale nell'Unione. Le reti postali hanno un'importante dimensione territoriale e sociale che consente l'accesso universale a servizi locali essenziali».

⁴ Considerando n. 21: «Il servizio universale garantisce in linea di massima una raccolta e una consegna presso l'abitazione o la sede di ogni persona fisica o giuridica, ogni giorno lavorativo, anche nelle zone remote e scarsamente popolate». Considerando 22: «La fornitura di servizi postali di alta qualità contribuisce in misura significativa al conseguimento dell'obiettivo di coesione sociale e territoriale. Il commercio elettronico, in particolare, offre alle regioni remote e alle regioni scarsamente popolate nuove possibilità di partecipare alla vita economica, per la quale la fornitura di servizi postali efficienti costituisce un requisito importante».

⁵ Emanato in attuazione dell'art. 19 della legge 3 febbraio 2003, n. 14 (c.d. legge comunitaria 2002)

⁶ Legge 23 dicembre 2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*, in G.U. 29 dicembre 2014, n. 300 – Suppl. Ordinario n. 99.

⁷ L'Autorità di regolazione istituita dal d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58 doveva essere inizialmente denominata "Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale"; tuttavia, essa è stata soppressa dopo soli alcuni mesi con il c.d. decreto "Salva Italia" (d.l. n. 201/2011); le relative

3. Il servizio postale universale

Le direttive europee pur riconoscendo la centralità del servizio universale non ne danno una definizione precisa, lasciando alla discrezionalità degli Stati membri il compito di delinearne i confini. Nella dinamicità e mutevolezza della nozione⁸ che si declina in modo specifico nei diversi ambiti e che può variare in modo più o meno intenso a seconda dell'evoluzione tecnologica e dei cambiamenti sociali, la delimitazione del servizio universale costituisce una scelta "politica", frutto dell'interazione di più soggetti e che, sempre più spesso, appare collegata al problema della "sostenibilità" dei costi generati dall'adempimento dei relativi obblighi.

Rispetto ad altri settori, il servizio universale postale si caratterizza in termini peculiari sia per i connotati che ha progressivamente assunto, sia per il perdurare fino al 2011 della correlazione con l'erogazione dei servizi in regime di riserva legale⁹.

L'oggetto del servizio universale postale, così come definito dall'art. 3 del d.lgs. n. 261/1999, è comprensivo della raccolta, del trasporto, dello smistamento e della distribuzione degli invii postali fino a 2 kg e dei pacchi postali fino a 20 kg, oltre che dei servizi relativi alle raccomandate ed assicurate e alla c.d. "posta massiva" (comunicazioni bancarie, bollette e bollettini di pagamento, ecc.). Esso deve essere garantito in via continuativa per tutta la durata dell'anno, ad un prezzo accessibile, con un livello qualitativo determinato.

Il servizio universale è affidato ad un Fornitore, che è stato individuato direttamente dallo stesso legislatore in Poste Italiane S.p.A., fino al 2026¹⁰. Ogni cinque anni il Ministero dello sviluppo economico verifica, sulla base di un'analisi effettuata dall'Agcom, che l'affidamento del servizio universale a Poste Italiane sia conforme ai criteri di continuità della fornitura, redditività degli investimenti, stato economico e struttura organizzativa dell'impresa e che nello svolgimento dello stesso si registri un miglioramento di efficienza, sulla base di indicatori definiti e quantificati dall'Autorità.

Il Fornitore del servizio universale deve garantire una presenza capillare della rete postale, attraverso l'attivazione di un congruo numero di "punti di accesso", comprensivi di uffici postali e di cassette di raccolta messe a disposizione del pubblico o sulla pubblica via, in «*tutti i punti del territorio naziona-*

competenze sono state trasferite all'AGCOM, che ha conseguentemente istituito, nel dicembre 2012, la "Direzione per i servizi postali". La mancata istituzione di un'Autorità indipendente di regolazione costituiva uno dei rilievi avanzati all'Italia dalla Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione n. 2009/2149.

⁸ Sul servizio universale *ex multis*: A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, spec. p. 1131 ss.; G. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano 2002; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, p. 429 ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.* 1998, spec. p. 41 ss.

⁹ Infatti, la direttiva del 1997 prevedeva una riserva legale in capo allo stesso fornitore del servizio universale per le spedizioni di peso inferiore ai 350 grammi. Tale riserva è stata limitata dalla direttiva del 2002 alle spedizioni fino a 50 grammi, ed eliminata dalla direttiva del 2008, che a partire dal 2011 ha previsto una liberalizzazione piena. Sul punto: G. SANTI, *Il servizio universale in Italia*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Cortina, Milano, 2000, spec. pp. 162-164.

¹⁰ Ai sensi di quanto disposto dall'art. 23 comma 2 dello stesso d.lgs. n. 261/1999 così come modificato dal d.lgs. n. 58/2011, per 15 anni a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 58/2011.

le» individuati secondo criteri di ragionevolezza. Sempre il fornitore del servizio deve assicurare la raccolta e la distribuzione al domicilio individuale degli invii postali almeno 5 giorni a settimana, salvo la possibilità di una deroga¹¹.

La disciplina vigente non esclude che anche altri soggetti possano svolgere le attività che rientrano nel servizio universale. Dalla fine del 2011, come in tutti i paesi dell'Unione Europea, anche in Italia è stato infatti realizzato un mercato completamente aperto alla concorrenza in cui i *competitors* di Poste italiane possono entrare nel mercato delle spedizioni che prima era riservato al servizio universale. Per tali operatori è necessaria una licenza individuale rilasciata dal Ministero dello sviluppo economico e la loro posizione si differenzia dal Fornitore del servizio universale, in quanto non sono soggetti all'obbligo di fornitura su tutto il territorio nazionale in via continuativa, ma solo agli obblighi specifici individuati dal provvedimento abilitativo.

A tale proposito è significativo rilevare come la legge n. 124/2017¹² in materia di concorrenza abbia abolito anche l'ultima forma di diritto di esclusiva riconosciuto per ragioni di ordine pubblico in capo a Poste Italiane in quanto Fornitore del servizio universale e relativa ai servizi di notificazioni a mezzo posta degli atti giudiziari e degli atti relativi alle violazioni del codice della strada. Tale servizio potrà essere erogato anche da altri soggetti muniti di licenza individuale e rispondenti ad una serie di requisiti (di qualità, sicurezza, disponibilità e celerità, ma anche di affidabilità, professionalità e onorabilità) che dovranno essere individuati dall'Agcom entro 90 giorni dall'entrata in vigore della legge.

Infine, per le attività liberalizzate, come ad esempio il servizio di corriere espresso e i relativi servizi accessori¹³, è sufficiente un'autorizzazione generale rilasciata dal Ministero dello sviluppo economico. Anche in questo caso può essere richiesto alle imprese l'adempimento di specifici obblighi di servizio universale ovvero di obblighi di contribuzione al fondo di compensazione finanziaria.

Nella specificazione concreta e ulteriore del servizio postale universale, un ruolo fondamentale è svolto dall'Autorità di regolazione. Ad essa compete infatti la determinazione delle caratteristiche di qualità del servizio universale, relativamente ai tempi di recapito, alle caratteristiche tecniche di fornitura e al prezzo al pubblico, ma anche dei criteri funzionali all'individuazione dei "punti del territorio nazionale" necessari a garantire un'omogenea e regolare fornitura del servizio nel rispetto delle esigenze individuate dallo stesso legislatore. Così come spetta alla stessa Agcom autorizzare eventuali deroghe agli obblighi di servizio universale.

Nell'esercizio di tali attribuzioni Agcom ha adottato una serie di delibere che hanno avuto l'effetto di incidere significativamente sulla posizione degli utenti.

¹¹ L'art. 3 comma 7, d.lgs. n. 261/1999 è stato modificato dalla legge n. 190/2014. Esso dispone che ogni circostanza eccezionale ovvero ogni deroga concessa dall'Autorità di regolamentazione deve essere comunicata alla Commissione europea.

¹² In particolare si veda quanto disposto dall'art. 1 commi 57 e 58 della legge 4 agosto 2017, n. 124, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza* in (G.U., Serie Generale, 14 agosto 2017, n. 189).

¹³ Al servizio di corriere espresso si associano uno o più servizi accessori qualificati da un valore aggiunto per l'utente rispetto all'erogazione del servizio di semplice invio, che sono costituiti dalla garanzia di consegna a data predeterminata, dalla possibilità di cambiare la destinazione e l'indirizzo del tragitto, dal controllo, ricerca e rintracciabilità degli invii spediti e dal recapito nelle mani del destinatario.

Il riferimento è alla delibera n. 342/14/CONS sui punti di accesso alla rete postale che ha modificato i criteri di distribuzione degli uffici di Poste Italiane, nonché alla delibera n. 395/15/CONS che ha autorizzato un nuovo modello di recapito degli invii universali e infine alla delibera n. 396/15/CONS che ha delineato i nuovi obiettivi di qualità e le nuove tariffe dei servizi inclusi nel servizio universale.

3.1. Le forme di finanziamento

Il legislatore europeo riconosce che in un contesto di economia aperta la necessità di rispettare la concorrenza e la libertà di iniziativa economica dei privati costituisce una risorsa ma anche una sfida per la sostenibilità del costo del servizio universale. Tale preoccupazione nel settore postale ha consentito per lungo tempo di giustificare misure di compensazione a favore del Fornitore del servizio universale per la copertura degli oneri derivanti dagli obblighi del servizio stesso.

La Corte di Giustizia europea ha in più occasioni ritenuto compatibili con il Trattato sia il mantenimento o l'attribuzione di diritti in esclusiva, sia la previsione di forme di compensazione tra attività redditizie e non redditizie che possono restringere se non addirittura impedire la concorrenza, nella misura in cui ciò consenta all'ente gestore del servizio universale di completare il processo di adattamento dei propri servizi e delle proprie risorse umane a condizioni di maggiore concorrenza, «*senza compromettere l'equilibrio finanziario e quindi senza compromettere la salvaguardia del servizio universale*»¹⁴. La giurisprudenza europea ha peraltro precisato che per ammettere misure di compensazione non è necessario che risulti minacciato l'equilibrio economico finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata del servizio universale nel suo complesso: è sufficiente che la loro assenza pregiudichi «*l'adempimento delle specifiche funzioni di servizio universale o che non sia possibile adempiere alla funzioni di interesse generale in condizioni economicamente accettabili*»¹⁵.

Senza poter analizzare in questa sede la complessa questione dell'esatta qualificazione di tali forme di compensazione e dell'ammissibilità di alcune forme di aiuto di Stato ritenute compatibili con il Trattato, è opportuno sottolineare, ai fini dell'indagine condotta, che esiste un nesso inscindibile tra l'equilibrio economico finanziario del fornitore del servizio universale e l'adeguatezza - oltre che la qualità - delle prestazioni erogate dal medesimo, che deve essere salvaguardato.

Per questo motivo, abolita ogni forma di riserva legale e realizzata la piena apertura al mercato postale, il problema della sostenibilità dei costi del servizio universale diventa quanto mai centrale.

Nel nostro ordinamento gli oneri connessi alla fornitura del servizio univer-

¹⁴ Corte giust., sez. I, 15 novembre 2007, n. 162/06, in tema di riserva della posta transfrontaliera. La questione della compatibilità con i principi della concorrenza delle riserve legali nel settore postale era già stata presa in considerazione dalla Corte anteriormente alla stessa entrata in vigore della prima direttiva di liberalizzazione nella nota sentenza Corbeau, 19 maggio 1993, causa C-320/91, in *Racc. giur. C. giust.*, I, 1993, p. 2533 ss.

¹⁵ Corte giust., 17 maggio 2001, causa C-340/99, in *Racc. giur. C. giust.*, I, 4109; Corte di Giustizia, 3 luglio 2003, C. 83,93-94/01, in *Foro amm.*, CDS, 2003, p. 2733 e in *Dir. comm. internaz.* 2004, p. 31 e ss., con nota di FRACCHIA A. CARTA, *Chronopost c.UFEX: la Corte di giustizia UE e le relazioni pericolose fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*.

sale sono finanziati attraverso un sistema misto¹⁶ che prevede trasferimenti a carico del bilancio dello Stato¹⁷, quantificati nel Contratto di programma e da un Fondo di compensazione istituito ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. n. 261/1999 nel quale confluiscono i contributi (nella misura che può andare fino al 10% degli introiti lordi) dei titolari di licenza individuale e di autorizzazione generale per la fornitura dei servizi che rientrano nel servizio universale. Tale sistema costituisce uno dei profili più critici della disciplina, in quanto i fondi pubblici ad esso destinati diminuiscono ad ogni esercizio finanziario¹⁸ a causa delle difficoltà del bilancio statale e il fondo di compensazione non ha assicurato fino ad oggi un gettito significativo.

Bisogna considerare quindi un ulteriore fattore: la piena apertura alla concorrenza è avvenuta in un momento di crisi strutturale del mercato e di forte calo della domanda dei servizi postali tradizionali, a causa dell'avvento di nuovi strumenti digitali, come la posta elettronica semplice o certificata, che hanno progressivamente sostituito gli invii cartacei (c.d. *e-substitution*) e portato all'avvento di un nuovo diritto di comunicare "ibrido", fatto di carta e di digitale. Inoltre nel settore liberalizzato dei corrieri espressi i ricavi e i volumi relativi sono cresciuti sia grazie all'apporto dei c.d. servizi aggiuntivi, sia del progressivo affermarsi dell'*e-commerce*¹⁹. La garanzia del servizio universale deve quindi confrontarsi con le nuove abitudini degli utenti oltre che con la progressiva erosione dei tradizionali margini di profitto dell'operatore postale storico che spesso è il Fornitore del servizio universale medesimo.

Appaiono dunque evidenti le ragioni della riforma del 2015, le cui disposizioni sono contenute peraltro in una legge di stabilità, volta a garantire la sostenibilità degli oneri derivanti dal servizio universale e la sua corrispondenza alle «*mutate esigenze degli utenti*». Ad essa si accompagna l'esigenza di un'adeguata valorizzazione di Poste Italiane, coerentemente con la strategia

¹⁶ Cfr. sul punto: M. CAPATINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2003, spec. p. 110 ss.; G. TELESE, *La liberalizzazione dei servizi pubblici a rete in ambito comunitario e la disciplina del diritto di accesso alle infrastrutture. Aspetti generali*, in L. AMMANNATI-M.A. CABIDDU-P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici. Concorrenza. Diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. pp. 163-164.

¹⁷ In dottrina si sottolinea come la crisi economica abbia portato ad una rivisitazione dell'interpretazione ultraliberista dei Trattati europei e come le stesse istituzioni europee abbiano stimolato un intervento più attivo degli Stati nel soddisfacimento degli interessi sociali. Proprio nel settore postale da tempo vengono considerati aiuti di importanza minore, compatibili con il Trattato, quelli che compensano il gestore del servizio universale degli oneri derivanti dalla sua fornitura: G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, spec. p. 63 ss. La Commissione Europea ha ritenuto, con lettera del 20 novembre 2012 – SA.33989 (2012/NN) – Italia, che le compensazioni statali per la fornitura del servizio universale a favore di Poste Italiane nel periodo 2009-2011 e le compensazioni statali per le agevolazioni tariffarie offerte, nello stesso periodo, a imprese editrici, organizzazioni senza scopo di lucro e candidati alle elezioni politiche configurino aiuti di Stato. Tuttavia entrambe le misure sono compatibili con l'articolo 106 paragrafo 2 del TFUE, perché sono necessarie per la gestione dei servizi di interesse economico generale in questione e non incidono sullo sviluppo degli scambi in misura contraria all'interesse dell'Unione.

¹⁸ La legge finanziaria 2015 ha ridotto il valore massimo dell'onere riconosciuto a Poste Italiane per la fornitura del servizio universale a 264 milioni di Euro all'anno e il Contratto di programma 2015-2019 ha postposto al 2016 la data a partire dalla quale sarà applicabile tale riduzione.

¹⁹ Cfr: *Relazione annuale Agcom*, luglio 2016, spec. 113, secondo cui il declino della domanda di servizi postali è del – 8,5% dal 2014 al 2015; mentre i servizi di corriere espresso pur rappresentando solo il 6,6% dei volumi generano il 52,8% del fatturato, mentre il servizio universale, i servizi in esclusiva e gli altri servizi postali pur costituendo il 93,4% dei volumi, generano solo il 47,2% dei ricavi complessivi.

di ristrutturazione dell'azienda e della sua trasformazione in un operatore economico che deve competere nel mercato²⁰.

In tale prospettiva il legislatore ha ridotto il finanziamento degli oneri del servizio universale a carico dello Stato e ha attribuito a Poste italiane la possibilità di adottare misure di razionalizzazione del servizio e di rimodulazione della frequenza settimanale della distribuzione degli invii postali che vengono ad incidere notevolmente sulla modalità di accesso al servizio. La loro attuazione porta infatti ad un sostanziale ridimensionamento della rete postale e al passaggio ad una fornitura a giorni alterni per un ampio segmento della popolazione.

4. La “razionalizzazione” della rete degli uffici postali

La presenza e il mantenimento di un adeguato numero di uffici postali sul territorio nazionale rappresenta uno degli obblighi di servizio universale più importanti in quanto garantisce la fruibilità del servizio postale su tutto il territorio nazionale, comprese le zone più lontane e disagiate.

Il criterio guida per la distribuzione degli uffici postali è stato indicato dal decreto del Ministro dello sviluppo economico del 7 ottobre 2008 ed è costituito dalla «*distanza massima di accessibilità al servizio*» espressa nei chilometri percorsi dall'utente per recarsi al presidio postale più vicino²¹. Tale criterio generale è stato quindi integrato dalla delibera dell'AGCOM n. 342/2014 sui punti di accesso alla rete postale, che ha introdotto disposizioni più specifiche a tutela degli utenti che abitano nelle aree remote del Paese, quali le «*isole minori*» e le «*zone rurali e montane*», individuate come «*situazioni particolari*» per la natura del territorio e per la scarsa densità abitativa e meritevoli di specifica considerazione nell'ambito del servizio postale universale. Infatti proprio al fine di garantire un livello di servizio adeguato in tali aree, la delibera introduce specifici divieti di chiusura degli uffici postali nei comuni rurali che rientrano anche nella categoria dei comuni montani e nelle isole minori laddove l'ufficio costituisca l'unico presidio postale.

La garanzia di una presenza capillare degli uffici postali è temperata dalla necessità di assicurare un contenimento dei costi e una efficiente gestione del servizio. A tale proposito il Contratto di programma²² tra Poste Italiane e il Mi-

²⁰ Nel 2015 è iniziata la privatizzazione di Poste Italiane Spa che ha visto quotare sul mercato il 35,3% del capitale sociale, sulla scia di quanto avvenuto per altri operatori postali storici, come Royal Mail in UK nel 2013 e Japan Post nel 2015, benché l'ente rimanga saldamente sotto il controllo del Ministero dell'Economia che ne detiene la maggioranza azionaria. Il mercato postale che si è realizzato è caratterizzato da un elevato numero di operatori che tuttavia hanno spesso un ruolo di intermediazione o sono attivi solo in una o più fasi della catena del servizio che si articola in più segmenti e pertanto il traffico complessivo è gestito da pochi grandi operatori capaci di coprire l'intera catena di produzione del servizio, e tra questi Poste Italiane, che mantiene una posizione molto forte, coprendo più del 70% del mercato.

²¹ L'art. 2 del d.m. 7 ottobre 2008 ha individuato diverse soglie di copertura del servizio: in particolare, il fornitore del servizio universale deve garantire un punto di accesso entro 3 km dal luogo di residenza per il 75% della popolazione, entro 5 km per il 92% della popolazione, entro 6 km per il 97,5 % della popolazione. Nei comuni con un unico presidio postale deve inoltre essere assicurata un'apertura dell'ufficio non inferiore ai tre giorni e a 18 ore settimanali.

²² Il Contratto di programma tra il Ministero dello sviluppo economico e Poste italiane S.p.A. disciplina le modalità di erogazione del servizio postale universale nonché gli obblighi della società affidataria, i servizi resi agli utenti, i trasferimenti statali, la disciplina concernente l'emissione delle carte valori e le disposizioni in materia di rapporti internazionali. L'ultimo *Contratto di*

se che regola il rapporto tra il Fornitore del servizio postale universale e lo Stato Italiano prevede, tra gli impegni che Poste Italiane deve rispettare, l'obbligo di trasmettere annualmente all'Agcom l'elenco degli uffici postali che non garantiscono condizioni di equilibrio economico, unitamente al piano di intervento per la progressiva razionalizzazione della loro gestione. Tale piano deve indicare i criteri seguiti nella pianificazione e quantificare i minori costi e la diminuzione degli oneri di servizio universale resi possibili con la razionalizzazione, ovviamente nel rispetto dei criteri di distribuzione previsti dal Decreto del Mise del 2008. Rispetto a tale piano, l'Agcom svolge una semplice funzione di verifica della conformità dell'atto ai criteri di distribuzione dei punti di accesso e alle altre disposizioni normative vigenti, ma la sua efficacia non è subordinata ad alcuna autorizzazione preventiva da parte della stessa autorità.

Sia la delibera Agcom, sia il Contratto di programma, pur riconoscendo a Poste Italiane la possibilità di ridefinire l'articolazione base del servizio secondo parametri più economici, prevedono forme di collaborazione e di coinvolgimento degli enti locali interessati. Infatti deve essere data preventiva informazione degli interventi di chiusura e di rimodulazione oraria agli enti locali e al Ministero, che può promuovere un confronto con gli organi rappresentativi degli enti territoriali stessi al fine di valutare, come si legge testualmente dal Contratto di programma, «con le autorità locali una eventuale presenza più efficace rispetto all'evoluzione della domanda di servizi nelle singole aree territoriali e dei relativi oneri»²³.

Il piano di razionalizzazione presentato nel 2015 da Poste Italiane ha disposto la chiusura o la limitazione dell'orario di apertura di una serie consistente di comuni (la soppressione di 411 uffici e la riduzione di orari di apertura per più di 500) la cui attuazione ha determinato un ampio contenzioso di cui le sentenze in esame costituiscono espressione.

5. Limiti al potere di riorganizzazione del servizio ed esigenze di equilibrio finanziario

La giurisprudenza amministrativa in più occasioni, pur riconoscendo a Poste Italiane il potere di riorganizzazione aziendale quale espressione della sua più generale capacità e autonomia imprenditoriale, ha posto una serie di limiti

programma per il periodo 2015-2019 è stato stipulato il 15 dicembre 2015 secondo la procedura di cui all'art. 1, comma 275, legge n. 190/2014. Tale norma prevede un procedimento piuttosto complesso che vede coinvolta la stessa Commissione Europea. Il Contratto di programma è sottoscritto tra il Ministero dello sviluppo economico e il Fornitore del servizio postale universale e contestualmente notificato alla Commissione europea per le valutazioni di competenza. A tal fine, il Ministero dello sviluppo economico invia lo schema di contratto di programma al Ministero dell'economia e delle finanze e all'Agcom per l'acquisizione, entro quindici giorni dall'avvenuta ricezione, dei relativi pareri. Il Ministero dello sviluppo economico può procedere al riesame dello schema di contratto in considerazione dei pareri ricevuti e, entro cinque giorni dall'acquisizione dei predetti pareri, provvede a trasmettere lo schema di contratto alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica, affinché su di esso sia espresso, entro venti giorni dall'avvenuta ricezione dello schema di contratto, il parere non vincolante delle competenti Commissioni parlamentari. Decorso il termine, il contratto di programma può essere validamente sottoscritto. Il Contratto di programma 2015-2019 segue il primo Contratto di programma 2009-2011 approvato con legge (art. 33 della legge 12 novembre 2011, n. 183 – legge di Stabilità 2012), e stato prorogato *ex lege* (art. 1, comma 274, legge n. 190/2014) fino alla conclusione della procedura di approvazione del nuovo contratto di programma.

²³ Art. 2, comma 8 del Contratto di programma 2015-2019.

alle scelte di politica industriale della società, proprio attraverso l'elaborazione di un preciso significato del servizio postale universale postale e degli obblighi ad esso sottesi.

Sullo sfondo vi è l'affermazione del carattere ineludibile del servizio universale e la qualificazione, non sempre precisa e consapevole, del servizio postale universale come un servizio pubblico *tout court*, la cui garanzia deve essere anteposta a qualsiasi altra esigenza, cui si sommano tutte le contraddizioni, che in questa sede non è possibile affrontare, derivanti dalla natura sostanzialmente pubblica del Fornitore del servizio universale che è chiamato tuttavia a competere come un operatore economico in un mercato fortemente regolato.

5.1. L'obbligo di una congrua motivazione e di un'istruttoria completa a garanzia dell'adeguatezza del servizio universale

L'elemento che emerge dalle due pronunce in esame è la necessità che le scelte di razionalizzazione, soprattutto laddove sfociano nella decisione di chiusura di un ufficio postale, devono essere sorrette da una congrua motivazione²⁴ e da un altrettanto completa e approfondita istruttoria, al fine di consentire di verificare se la modifica del sistema di distribuzione degli uffici mantenga o meno inalterate le garanzie per i cittadini di accesso ad un servizio di interesse economico generale.

Nel declinare tale assunto la sentenza del Consiglio di Stato non solo ha precisato che debbano essere individuate e specificate puntualmente le ragioni che giustificano la soppressione, ma che la sola esigenza di assicurare l'equilibrio finanziario del gestore non costituisce di per se una ragione sufficiente a legittimare la misura.

La giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di affermare, con orientamento ormai consolidato e conforme, che una motivazione *«incentrata sul solo dato economico dell'asserita impossibilità di garantire condizioni di equilibrio, risulta piuttosto generica... e potrebbe valere, del tutto in astratto, per un numero indefinito ed assai elevato di uffici postali dislocati sul tutto il territorio nazionale, tanto da ridursi a mera clausola di stile»*²⁵.

Oltre a censurare la genericità della motivazione, il ragionamento seguito dai giudici di Palazzo Spada nella sentenza in esame ha delle implicazioni ulteriori e sostanziali. Innanzitutto si afferma che il criterio dell'economicità non può essere inteso in senso assoluto e preminente, perché altrimenti andrebbe *«ad oscurare la rilevanza di una delle ragioni stesse del servizio pubblico, vale a dire l'esigenza, che dev'essere garantita in quanto tale, di assicurare a chiunque la ragionevole opportunità di poter fruire delle prestazioni del servizio medesimo»*. Ma soprattutto il Consiglio di Stato si spinge a sostenere che, *«ove il servizio postale non dovesse tenere in adeguato conto di siffatte ragioni e della loro preminenza quand'anche – in ipotesi – in concreto antieconomiche, cesserebbe per ciò solo di essere un vero e proprio servizio pubblico, e*

²⁴ Sulla motivazione si rinvia a: R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 269 ss.; per la una ampia e dettagliata ricostruzione del quadro giurisprudenziale e dottrinale: A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 2013; A. ROMANO TASSONE, voce *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1997.

²⁵ Cons. St., sez. III, 27 maggio 2014, n. 2720; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 23 marzo 2016, n. 182; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 16 ottobre 2015, n. 1068, in *Red. Giuffrè amministrativo*, 2015.

regredirebbe ad essere mera attività di impresa orientata al solo profitto, in condizioni (a quel punto ingiustificabili) di monopolio od oligopolio»²⁶.

Si tratta di un'affermazione forte che sembra venire ad identificare il servizio universale con il servizio pubblico, parzialmente temperata dal richiamo al principio di proporzionalità: *«nel senso che il sacrificio dell'economicità va rapportato e bilanciato con la non irragionevolezza del sacrificio che, in una situazione che può essere critica, può essere corrispondentemente domandato al fruitore medio del servizio».*

La giurisprudenza in esame non vieta dunque una ridefinizione del perimetro del servizio universale, ma impone una sua adeguata contestualizzazione, capace di tener conto dell'impatto che le misure possono avere sulla popolazione locale nella peculiarità dei casi concreti. Di conseguenza, anche la distanza chilometrica deve essere valutata con estrema attenzione, evitando ogni possibile automatismo²⁷, alla luce della conformazione geografica dell'area interessata, del bacino della popolazione coinvolta, dello sviluppo residenziale e urbano della zona e della rete del trasporto pubblico locale.

Il criterio della distanza da percorrere è un criterio utilizzato anche in altri paesi europei accanto al criterio del numero complessivo di uffici postali o differenziato per numero di abitanti (adottato ad esempio in Francia) ed è quindi perfettamente in linea con l'ordinamento eurounitario. Tuttavia il mero dato geografico della distanza chilometrica, pur essendo un requisito necessario, non è sufficiente a valutare l'idoneità della rete postale che rimane esistente ad assicurare un livello di servizio che mantenga i connotati dell'universalità, intesa in senso forte come "accessibilità a chiunque". L'accessibilità in questo modo interpretata suppone l'effettiva percorribilità delle strade in termini di "reale fruibilità" da parte dei cittadini²⁸, in condizioni di sicurezza materiale e attraverso mezzi pubblici, in modo che l'accesso non sia condizionato dalla disponibilità di veicoli privati.

Tali considerazioni valgono a maggior ragione nelle aree rurali, montane e insulari, in cui i servizi postali svolgono un ruolo peculiare al fine di integrare gli operatori economici nell'economia nazionale/globale e garantire l'accesso ad altri servizi fondamentali.

In questo contesto si colloca pertanto la necessità che il provvedimento si fondi su un'istruttoria che la giurisprudenza qualifica come completa e approfondita, che consenta di garantire che la decisione sia sorretta da un equo contemperamento tra le esigenze di capillarità del servizio e della sua efficiente gestione e frutto di un bilanciamento equilibrato tra il dato economico e le esigenze degli utenti.

5.2. Le garanzie procedurali e la necessaria interlocuzione con gli enti locali

Come abbiamo già avuto modo di sottolineare, nel procedimento in cui si articolano le decisioni di razionalizzazione degli uffici postali occorre garantire la piena partecipazione degli enti locali interessati: è in sostanza necessario

²⁶ Nello stesso senso e con considerazioni analoghe: Cons. St., sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4926; TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 giugno 2016, n. 6713; Cons. St., sez. III, 10 giugno 2014, n. 2976.

²⁷ Da ultimo: Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2017, n. 2140.

²⁸ Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1262, in *Red. Giuffrè amministrativo* 2015; TAR Lazio, Roma, sez. III, 5 luglio 2016, n. 7662, in *Foro amm. TAR*, 2016, p. 1936.

assicurare un confronto diretto con le autorità locali, in quanto le decisioni non riguardano un singolo rapporto di utenza ma hanno effetti generali su un'intera comunità.

Il problema è che non è chiaro quali siano gli effetti e il grado di un adeguato coinvolgimento di tali soggetti.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha assunto posizioni contraddittorie. Una prima tesi garantisce maggiormente gli interessi delle comunità locali interessate, in quanto fa discendere dal Contratto di programma in capo a Poste Italiane non soltanto un onere di comunicazione del piano all'Autorità di regolazione, ma altresì l'obbligo di una valutazione congiunta delle scelte che «*impone inequivocabilmente una previa intesa con l'Ente locale*»²⁹. Attraverso tale atto, Poste Italiane si sarebbe autovincolata alla concertazione con gli enti locali quale declinazione "forte" del generale principio di leale collaborazione.

In senso opposto, alcuni TAR ritengono che dalla normativa di settore, anche se integrata dal contratto di programma, non derivi alcun obbligo di concertazione né che sia necessario aprire una fase di codecisione affidata alle autorità comunali. L'onere che grava su Poste Italiane sarebbe assolto attraverso la mera trasmissione all'Autorità di regolazione del piano di razionalizzazione con l'elenco degli uffici da chiudere³⁰.

Infine, si colloca in una posizione intermedia quella giurisprudenza, di cui la sentenza del Tar Lazio in commento costituisce espressione, che, richiamandosi alla funzione collaborativa della partecipazione procedimentale, ritiene che il confronto con l'ente locale sia pienamente assicurato da incontri e interlocuzioni tra le parti in fase istruttoria³¹. L'intervento degli enti locali avrebbe una funzione conoscitiva, idonea a rappresentare situazioni o interessi estranei o ignoti al gestore del servizio e capaci quindi di arricchire le ragioni poste a fondamento della decisione finale³². È necessario dunque assicurare un contraddittorio effettivo, al fine di valutare l'impatto delle misure sulla realtà locale e di individuare possibili misure alternative più rispondenti alle esigenze della popolazione. Tale momento costituisce una parte integrante della fase istruttoria, ma non della decisione finale. Pertanto, anche se si qualifica il Contratto di programma come un autovincolo per Poste Italiane, da esso si origina un obbligo partecipativo, ma non un vero e proprio obbligo di concertazione.

L'apporto dell'ente locale deve esplicitarsi all'interno del procedimento e non può mai tradursi in una proposta di sostegno economico anche indiretto volta a favorire la permanenza dell'ufficio postale. Sono infatti vietate forme di contribuzione che rimborsino in tutto o in parte i costi di gestione. Secondo il Consiglio di Stato tali misure «*contrastano con il sistema chiuso del finanziamento pubblico del servizio postale, come previsto dal d.lgs. n. 58/2011, a carico del bilancio dello Stato e del fondo di compensazione, e disincentivano la finalità, perseguita dal legislatore nazionale ed europeo, di garantire una maggiore efficienza economica, nel complesso, del servizio postale, pur tenendo conto delle esigenze connesse all'universalità del servizio stesso e ad una sua razionale ed equilibrata dislocazione territoriale*»³³.

²⁹ TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 7 giugno 2016, n. 189, in *Red. Giuffrè amministrativo*, 2016.

³⁰ TAR Campania, Napoli, sez. I, 11 giugno 2015, n. 3150, in *Red. Giuffrè*, 2016.

³¹ Cons. St., sez. III, 19 febbraio 2016, n. 698 in *Diritto & Giustizia*, 2016, 11 marzo; TAR Basilicata, Potenza, sez. I, 22 novembre 2013, n. 733, in *Foro amm. TAR*, II, 2013, p. 3537.

³² TAR Toscana, sez. I, 25 febbraio, 2016, n. 337.

³³ Cons. St., sez. III, 19 febbraio 2016, n. 698, cit.

6. Il recapito a giorni alterni

Il servizio universale deve essere assicurato in via continuativa, in particolare 5 giorni a settimana, salvo la possibilità di una deroga, che inizialmente, in piena conformità alla direttiva comunitaria³⁴, poteva operare solo in circostanze o condizioni geografiche eccezionali e interessare una porzione limitata della popolazione.

Tuttavia la legge di stabilità del 2015 ha ampliato le possibilità di derogare all'obbligo di consegna quotidiana in presenza di una pluralità di fattori strutturali e geografici puntuali - e non necessariamente eccezionali - e ne ha esteso l'ambito massimo di applicazione da un ottavo fino ad un quarto³⁵ della popolazione nazionale³⁶. Il legislatore ha previsto quindi che il nuovo Contratto di programma, relativo al quinquennio 2015-2019, possa disporre l'introduzione di "misure di rimodulazione" della frequenza di erogazione dei servizi e che tali misure possano interessare l'intero territorio nazionale.

Proprio in seguito alle richiamate disposizioni, Agcom ha autorizzato le modalità di consegna a giorni alterni degli invii postali (del. n. 395/15/CONS). Nell'esercizio di tale potere strettamente vincolato l'Autorità ha ritenuto sussistenti le particolari situazioni infrastrutturali e geografiche atte a giustificare la deroga, consentendo di fatto ampie restrizioni alla modalità di consegna per tutti i comuni aventi popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non compresi nelle aree metropolitane. L'unica eccezione alla nuova rimodulazione è rappresentata dall'invio di prodotti editoriali in abbonamento, come quotidiani o periodici, rispetto ai quali deve essere garantito il diritto all'informazione in modo continuativo e il conseguente accesso non interrotto alle relative testate. Riguardo a tale ipotesi è stato previsto che Poste Italiane faccia un'apposita offerta commerciale al fine di assicurare la fornitura adeguata del servizio.

La delibera e le decisioni di Poste Italiane che ne hanno costituito attuazione, hanno dato origine ad un ampio contenzioso che ha portato il TAR Lazio³⁷ a disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, al fine di accertare la conformità della normativa italiana alle disposizioni del diritto comunitario che tutelano i diritti degli utenti del servizio postale universale. Tale rinvio è stato ritirato per la rinuncia al ricorso da parte dei ricorrenti³⁸, ma al di

³⁴ Il riferimento è in particolare all'art. 3, par. 3, della direttiva 97/67/CE.

³⁵ Art. 1, comma 276 della Legge di stabilità 2015. L'ampliamento a un quarto della popolazione nazionale del limite massimo previsto dall'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 261/1999 comporta un superamento della previsione di cui all'art. 2, comma 7, del Contratto di Programma, nella parte in cui si fa riferimento al limite massimo di un ottavo della popolazione nazionale.

³⁶ Oltre a tale modifica, il legislatore ha fissato in 45 giorni (decorrenti dalla ricezione dell'istanza) il termine entro il quale l'Autorità deve pronunciarsi sulla richiesta di Poste Italiane di autorizzazione all'implementazione del modello di recapito a giorni alterni: art. 1, comma 275 della Legge di stabilità 2015.

³⁷ TAR Lazio, sez. I, ord. 29 aprile 2016, n. 4882. Il quesito che è stato posto alla Corte è se la possibilità di derogare all'obbligo di fornitura continuativa 5 giorni a settimana in presenza di circostanze particolari, ma semplicemente ordinarie, fosse conforme alle prescrizioni comunitarie che fanno espresso riferimento a condizioni eccezionali, e se l'imposizione all'autorità di regolazione di deliberare favorevolmente ogni volta sussistano i requisiti fissati dal legislatore che costituiscono di per se condizione necessaria e sufficiente per il rilascio dell'autorizzazione, non venga ad elidere quel margine di discrezionalità che l'ordinamento europeo riconosce alle stesse autorità di regolazione proprio in sede di valutazione della possibilità di deroga e della sua eccezionalità.

³⁸ TAR Lazio, sez. I, ord. 22 giugno 2017, n. 7340. Il processo è stato dichiarato estinto e tale pronuncia di rito ha travolto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dal momento che è venuto meno il ricorso da cui esso stesso traeva causa.

là delle vicende processuali contingenti, ciò che emerge è la preoccupazione, ben espressa nell'ordinanza di rinvio, che il legislatore introduca, come presupposto della riorganizzazione del servizio, esigenze finanziarie globali di abbattimento della complessiva spesa pubblica o finalità interne alle logiche finanziarie ed imprenditoriali del soggetto gestore, non dirette, almeno in prima battuta, a garantire il reale adeguamento del servizio universale alle nuove esigenze degli utenti e la sua continuità.

7. Considerazioni conclusive

La giurisprudenza esaminata fissa alcuni punti fermi nel dibattito che sta accompagnando la rimodulazione di servizio universale postale e consente di fare alcune riflessioni.

Viene innanzitutto a delinarsi un nucleo rigido non solo di prestazioni, ma anche di modalità di erogazione del servizio universale, che sono sottratte alla disponibilità delle pubbliche amministrazioni e degli operatori economici. Il perimetro del servizio universale è variabile e mutevole per la sua stessa natura, in funzione del contesto tecnico-economico e sociale e delle esigenze degli utenti, ma al suo interno esiste un contenuto a cui non si può rinunciare senza che venga meno la sua stessa ragione d'essere insieme ai diritti dei cittadini-utenti³⁹.

La prevalenza e la necessaria garanzia di tale elemento trova fondamento proprio nel diritto dell'Unione, ampiamente richiamato nelle sentenze in esame, che nel settore postale «*offre ai cittadini un livello di protezione più elevato rispetto a quello tradizionalmente dispensato dalle discipline nazionali ed opera come un effettivo promotore e garante dei diritti dei cittadini-consumatori*»⁴⁰. Il diritto dell'Unione Europea e la direttiva sui servizi postali non rappresentano dunque un ostacolo alla presenza e al mantenimento di tali garanzie, ma attribuiscono agli Stati membri la flessibilità necessaria per adattare l'erogazione del servizio universale alle specificità locali e nazionali.

Lo stesso Parlamento europeo in una recente risoluzione "sull'applicazione della direttiva sui servizi postali",⁴¹ dopo aver preso atto che il campo di applicazione dell'obbligo di servizio universale è stato progressivamente limitato, ha invitato gli Stati membri a migliorare la copertura geografica e l'accessibilità ai servizi postali, «*specialmente nel caso dei cittadini con disabilità e delle persone con mobilità ridotta e di quanti risiedono in zone remote*», garantendo altresì la consegna e il ritiro per cinque giorni a settimana per ogni cittadino europeo.

³⁹ G. NAPOLITANO, *Il servizio universale*, cit., spec. p. 450: assai significativamente afferma che il servizio universale deve essere inteso non più come dimensione oggettiva e spesso implicita del servizio organizzato, ma un'accezione soggettiva come diritto universale di tutti i cittadini utenti alla fruizione delle prestazioni, così come delineate dalle autorità pubbliche e come elemento costitutivo della stessa cittadinanza europea.

⁴⁰ G. NAPOLITANO, *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell'Europa*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 717; secondo l'autore tale tendenza si manifesta nell'erogazione di servizi pubblici e nella tutela del servizio universale, ed in particolare proprio nel settore delle comunicazioni elettroniche e delle poste.

⁴¹ Parlamento Europeo, risoluzione 15 settembre 2016, proc. 2016/2010 (INI).

In tale contesto il Parlamento ha ribadito la necessità di estendere e garantire l'indipendenza delle autorità di regolazione che hanno come obiettivo fondamentale proprio la garanzia del servizio universale sostenibile.

La sostenibilità suppone la proporzionalità tra obblighi e oneri, ma rischia di rimanere una nozione vaga e indeterminata. Il merito delle sentenze esaminate è quello di aver chiarito che è possibile modificare la rete postale e le modalità di recapito anche in senso restrittivo, ma alla luce di un disegno complessivo e coerente capace di offrire valide alternative agli utenti anche grazie allo sviluppo tecnologico.

Non risponde invece ad alcuna logica di "sostenibilità" un riassetto dettato da una mera esigenza di contenimento della spesa pubblica o di aiuto all'operatore storico e spesso pubblico nel suo complesso inteso, proprio perché si tratta di finalità ultronee rispetto alla garanzia degli utenti del servizio universale e del nuovo contesto in cui operano.

Assai significativo è il costante richiamo al principio di coesione sociale: esso consente di valorizzare il ruolo pubblico della rete postale, che va oltre la mera fornitura dello stesso servizio universale per divenire un veicolo che permette l'erogazione di una pluralità di prestazioni nei territori più disagiati, e di far emergere così l'intrinseco legame tra la rete, il territorio⁴² e la stessa comunità che su un determinato territorio vive.

La coesione sociale può orientare le stesse decisioni dei pubblici poteri ed imporre al legislatore nazionale e alle amministrazioni di considerare tra gli elementi di valutazione delle proprie legittime scelte di riorganizzazione dei servizi, i costi sociali che da esse derivano e le disuguaglianze che esse stesse vengono ad accentuare o creare nel territorio. Questo legittima e rafforza il coinvolgimento degli enti locali nelle decisioni che incidono sul territorio.

Riprendendo un'osservazione di Marco Cammelli proprio il richiamo alla coesione sociale rende il sistema pubblico e la sua azione ancor più determinanti del passato per garantire «vecchie e nuove cittadinanze, sviluppo economico, e complessiva legittimazione istituzionale»⁴³. Occorre a tal fine quindi ricercare nuovi equilibri e riscoprire il significato più profondo della pubblicità del servizio oltre che della sua universalità.

⁴² Come è noto la rete è un insieme preciso di beni distribuiti sul territorio e in grado di offrire determinate possibilità di utilizzazione in quanto collegati e comunicanti tra di loro, tanto che senza un'articolazione sul territorio essa non potrebbe svolgere la sua funzione. In questo senso: E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, cit., spec. p. XXIII; S. CASSESE, *Servizi pubblici e governo del territorio*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, p. 1075.

⁴³ M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 10.



COMMENTI

Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda in Corte di Giustizia

Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167

di Gloria Maria Barsi

Massime

Ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, s'impone la rimessione alla Corte di Giustizia U.E. dei seguenti quesiti pregiudiziali di compatibilità con l'ordinamento euro-unitario dell'art. 27, comma 1-bis, Codice del consumo, anche alla luce dell'interpretazione al riguardo fornita dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 4/2016:

«1) se la ratio della direttiva 'generale' n. 2005/29/CE quale 'rete di sicurezza' per la tutela dei consumatori, nonché il considerando 10 e l'articolo 3, comma 4, della medesima direttiva n. 2005/29/CE, ostino ad una disciplina nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici, previsti della direttiva settoriale n. 2002/22/CE a tutela dell'utenza, nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l'effetto, l'intervento dell'Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta/sleale;

2) se il principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE debba essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), oppure dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), oppure, ancora, dei rapporti tra Autorità preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori;

3) se la nozione di «contrasto» di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano specifici aspetti settoriali delle pratiche commerciali, oppure se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alle specificità del settore, tale da determinare un concorso di norme (Normenkollision) in relazione ad una stessa fattispecie concreta;

4) Se la nozione di norme comunitarie di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto europeo;

5) Se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina 'consumeristica' settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di 'pratica aggressiva', ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o

‘in ogni caso aggressiva’ ai sensi dell’Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell’Unione, che regoli in modo compiuto le medesime ‘pratiche aggressive’ e ‘in ogni caso aggressive’ o, comunque, le medesime ‘pratiche scorrette’».

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La frammentazione delle competenze, il *bis in idem*, la specialità. – 3. L’Adunanza Plenaria del 2012 e la c.d. specialità per settori. – 4. La specialità secondo la Commissione europea e i tentativi del legislatore italiano. – 5. L’Adunanza Plenaria del 2016: assorbimento o specialità? – 6. La specialità per fattispecie concrete non chiarisce i dubbi: l’ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Con ordinanza 17 gennaio 2017, n. 167, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha formulato richiesta di interpretazione pregiudiziale ex art. 267, comma 3, TFUE alla Corte di Giustizia dell’Unione europea in relazione a due questioni concernenti, rispettivamente, la compatibilità del diritto nazionale c.d. vivente, quale risultante dalla sentenza dell’Adunanza plenaria del 9 febbraio 2016, n. 4, con l’ordinamento euro-unitario in merito alla nozione di pratica commerciale scorretta in materia di comunicazioni elettroniche; e, la compatibilità dell’art. 27, comma 1-*bis*, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo) con l’ordinamento euro-unitario, anche alla luce dell’interpretazione di esso fornita dalla medesima sentenza dell’Adunanza plenaria.

La vicenda processuale da cui origina l’ordinanza in commento merita un’attenzione particolare poiché nell’ambito del medesimo giudizio si è assistito all’intervento dell’Adunanza Plenaria prima, e alla rimessione alla Corte di Giustizia poi. Le argomentazioni utilizzate dalla Plenaria, infatti, non hanno dissipato i dubbi nutriti dalla Sezione rimettente circa la compatibilità dell’ordinamento interno, in sé e come interpretato dal *plenum*, con il diritto euro-unitario.

Tuttavia, la decisione di interpellare la Corte di Giustizia nonostante la pronuncia in udienza plenaria, oltre ad evidenziare la complessità e la vivacità del dibattito sul riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati, assume un rilievo ulteriore poiché costituisce, forse, la prima ipotesi di disapplicazione *in parte qua* dell’art. 99, comma 3, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. codice del processo amministrativo) in applicazione del principio di diritto espresso dalla Corte di Lussemburgo con la sentenza 5 aprile 2016 resa nella causa 689/13 (Puligienica c. Airgest s.p.a.)¹.

¹ L’ordinanza di rimessione del Consiglio di giustizia amministrativa 17 ottobre 2013, n. 848 sottoponeva i seguenti quesiti: «2) *se, limitatamente alle questioni suscettibili di essere decise mediante l’applicazione del diritto dell’Unione europea, osti con l’interpretazione di detto diritto e, segnatamente con l’articolo 267 TFUE, l’articolo 99, comma 3, [codice del processo amministrativo], nella parte in cui tale disposizione processuale stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall’adunanza plenaria, anche laddove consti in modo preclaro che detta adunanza abbia affermato, o possa aver affermato, un principio contrastante o incompatibile con il diritto dell’Unione europea; e, in particolare,*

– se la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato investiti della trattazione della causa, lad-

Secondo la Grande Camera, infatti, l'art. 99, comma 3, cod. proc. amm., nella parte in cui impone alla Sezione rimettente – che non condivide, relativamente a una questione di interpretazione o validità del diritto dell'Unione, l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria – di rinviare la questione esclusivamente all'Adunanza stessa, senza poter adire la Corte di Giustizia ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, è in contrasto con il diritto euro-unitario². Ad avviso della Corte di Giustizia, i giudici nazionali sono titolari della più ampia facoltà di sottoporle questioni di interpretazione del diritto dell'Unione e, tanto più nei casi in cui tale facoltà si tramuti in obbligo, una norma processuale di diritto interno non può impedire al giudice interno di sollevare questione pregiudiziale³⁻⁴.

dove dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'adunanza plenaria, siano tenuti a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, in ipotesi ancor prima di poter effettuare un rinvio pregiudiziale alla [Corte di giustizia] per accertare la conformità e compatibilità europea del principio di diritto controverso, ovvero se invece la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, quali giudici comuni del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla [Corte di giustizia] per la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea;

– se – nell'ipotesi in cui la risposta alla domanda posta nel precedente [trattino] fosse nel senso di riconoscere a ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato il potere/dovere di sollevare direttamente questioni pregiudiziali davanti alla [Corte di giustizia] ovvero, in ogni caso in cui la [Corte di giustizia] si sia comunque espressa, viepiù se successivamente all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, affermando la sussistenza di una difformità, o di una non completa conformità, tra la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea e il principio di diritto interno enunciato dall'adunanza plenaria – ogni Sezione e ogni Collegio del Consiglio di Stato, quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell'Unione europea possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea per come interpretato dalla [Corte di giustizia] o se, invece, anche in tali casi siano tenuti a rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso all'adunanza plenaria, con l'effetto di demandare all'esclusiva valutazione di quest'ultima, e alla sua discrezionalità giurisdizionale, l'applicazione del diritto dell'Unione europea, già vincolativamente dichiarato dalla [Corte di giustizia];

– se, infine, un'esegesi del sistema processuale amministrativo della Repubblica italiana nel senso di rimandare all'esclusiva valutazione dell'adunanza plenaria l'eventuale decisione in ordine al rinvio pregiudiziale alla [Corte di giustizia] – ovvero anche soltanto la definizione della causa, allorché questa direttamente consegua all'applicazione di principi di diritto eurounitario già declinati dalla [Corte di giustizia] – non sia di ostacolo, oltre che con i principi di ragionevole durata del giudizio e di rapida proposizione di un ricorso in materia di procedure di affidamento degli appalti pubblici, anche con l'esigenza che il diritto dell'Unione europea riceva piena e sollecita attuazione da ogni giudice di ciascuno Stato membro, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione siccome stabilita dalla [Corte di giustizia], anche ai fini della massima estensione dei principi del cd. "effetto utile" e del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto (non solo sostanziale, ma anche processuale) interno del singolo Stato membro (nella specie: sull'articolo 99, comma 3, del codice del processo amministrativo della Repubblica italiana)».

² La Corte si è espressa nei termini che seguono: "2) L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivide l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.

3) L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione».

³ Tale impostazione è stata "ratificata" anche dalla stessa Adunanza plenaria che, con la sentenza 27 luglio 2016, n. 19, ha affermato che «Alla luce dell'orientamento espresso della

Nel rimettere la causa ai giudici di Lussemburgo, infatti, la Sezione precisa che «nell'ambito del presente processo la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2016 non è munita dell'autorità dello *stare decisis* [... la quale] è "cedevole" in caso di sospettato contrasto della sentenza dell'Adunanza plenaria con il diritto euro-unitario».

Corte di giustizia nella citata sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, l'art. 99, comma 3, c.p.a. deve, dunque, essere interpretato nel senso che:

a) la Sezione cui è assegnato il ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può adire la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, anche senza rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento;

b) la Sezione cui è assegnato il ricorso, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione Europea da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione Europea.

12. I principi così enunciati consentono, dunque, alle Sezioni cui è assegnato il ricorso sia di poter adire direttamente la Corte di giustizia, senza dovere prima rimettere la questione all'Adunanza plenaria, sia di poter disattendere il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, ove esso risulti manifestamente in contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria.

Ciò non toglie, tuttavia, che l'Adunanza plenaria, nei casi, come quello del presente giudizio, in cui sia stata investita dalla sezione cui è assegnato il ricorso di una questione diretta a provocare in senso lato un "ripensamento" (una revisione o anche solo una specificazione, una mitigazione oppure semplicemente un chiarimento) su un principio di diritto precedentemente enunciato, possa pronunciarsi sulla relativa questione, eventualmente anche dando seguito ai dubbi di corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea prospettati dalle Sezioni, rimettendo alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE».

⁴ Sul sito istituzionale della giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it) è, peraltro, specificato che «a) questione analoga a quella sollevata dal C.g.a. nel 2013, era stata di recente rimessa all'Adunanza plenaria dalla V Sezione del Consiglio di Stato (ordinanza 17 marzo 2016, n. 1090, Pres. Pajno, est. Tarantino, riportata nella News dell'Ufficio studi in data 18 marzo 2016);

b) identica problematica (e soluzione) è quella che si prospetta avuto riguardo all'art. 374, co. 3, c.p.c. (in relazione ai rapporti fra sezioni semplici e sezioni unite della Corte di Cassazione), nonché all'art. 1, co. 7, d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito con modificazioni, nella l. 14 gennaio 1994, n. 19 (in relazione ai rapporti fra sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e sezioni riunite della Corte dei conti); entrambe le menzionate disposizioni recano una norma di analogo tenore rispetto a quella sancita dall'art. 99, co.3, c.p.a.;

c) Cons. giust. amm. 15 gennaio 2015, n. 1 ha effettuato direttamente, ai sensi dell'art. 267 FUE, un rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo in materia di avvalimento e di tutela della buona fede del partecipante ad una gara di appalto, ritenendo non persuasivi, sul punto, i principi elaborati dall'Adunanza plenaria;

d) costituisce *ius receptum* che l'obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla regola *iuris* enunciata dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, dichiarata incostituzionale, modificata o sostituita per effetto di *ius superveniens*, nell'ambito del quale rientrano i mutamenti normativi prodotti dalle sentenze della Corte di giustizia UE, che hanno efficacia immediata nell'ordinamento nazionale (cfr. da ultimo Cass., sez. lav., 12 settembre 2014, n. 19301; Corte cost. 28 giugno 2006, n. 252);

e) coerentemente è pacifico che:

l) il giudice del rinvio ex art. 384 c.p.c., il quale dubiti della conformità del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, è tenuto a sollevare la questione pregiudiziale interpretativa innanzi alla Corte di giustizia, non potendo l'applicazione del diritto processuale nazionale limitare il tenore generale dell'art. 267 FUE (cfr. Corte giust. UE 15 gennaio 2013, C-416/10, *ibid.*, voce Unione europea, n. 1077; 20 ottobre 2011, C-396/09);

ll) qualora il tenore della sentenza interpretativa sia in contrasto con il principio di diritto, sarà la prima a dover essere applicata dal giudice del rinvio: per tale orientamento, inaugurato da Corte giust. UE 16 gennaio 1974, C-66/73 (richiamata nella pronuncia in commento) v., tra le tante, Corte giust. 15 gennaio 2013, C-416/10».

Successivamente alla citata ordinanza del Consiglio di Stato, il TAR del Lazio, nell'ambito di un gruppo di controversie relative al rapporto tra Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, AGCM) e Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico in materia di pratiche commerciali scorrette nel settore energetico, ha poi aderito alle perplessità sollevate dalla Sesta Sezione, formulando anch'esso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia – con le ordinanze del 17 febbraio 2017, nn. 2548-2547-2550-2551 – tramite la riproposizione testuale delle medesime questioni.

2. La frammentazione delle competenze, il *bis in idem*, la specialità

La sovrapposizione di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nell'ambito dei settori regolati è questione vivacemente dibattuta da tempo.

L'art. 27 del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) attribuisce all'AGCM il *munus* di investigare, inibire e sanzionare le pratiche commerciali scorrette, ossia le condotte di mercato in grado, anche solo potenzialmente, di incidere sulla libertà di autodeterminazione negoziale dei consumatori, ritenuti dall'ordinamento parte debole quando contraggono con chi agisce nell'esercizio della propria attività *lato sensu* professionale.

In materia di tutela del consumatore, le fonti euro-unitarie hanno giocato un ruolo fondamentale favorendo la penetrazione negli ordinamenti degli Stati membri di una crescente attenzione verso la tutela del contraente debole attraverso prescrizioni normative dettagliate. La complessità della realtà e la volontà di garantire uno *standard* di tutela al passo con l'evoluzione tecnologica hanno d'altra parte portato all'elaborazione di discipline settoriali altamente specializzate in grado di identificare fenomeni distorsivi anche nelle pieghe di ambiti specifici. Si pensi alla mole di adempimenti e regole cui sono sottoposti gli operatori di telefonia mobile nell'esercizio della propria attività⁵. La presenza di tali norme specifiche si giustifica in base al fatto che nell'ambito di alcuni settori di rilevanza economica strategica è necessario predisporre un'attività di regolazione – con relativa vigilanza – che il legislatore demanda ad Autorità diverse da quella *antitrust* (che opera su tutti i mercati, anche non regolamentati) in quanto ritiene che la competenza specialistica sia essenziale per garantire la migliore disciplina amministrativa del settore.

Quindi, mentre l'AGCM possiede una competenza trasversale in materia di concorrenza e di tutela del consumatore, esistono mercati soggetti alle funzioni di regolazione e di vigilanza di Autorità di settore in cui la tutela del consumatore è affidata anche a discipline puntuali e specifiche da esse dettate. Pertanto, pur rimanendo in capo all'AGCM la competenza generale in materia di contrasto alle pratiche commerciali scorrette, la vigilanza su alcune modalità specifiche di estrinsecazione delle stesse appartiene alla competenza delle Autorità di settore.

Non a caso, infatti, il legislatore europeo stabilisce che la normativa relative alle pratiche commerciali scorrette recede a fronte di disposizioni che ne disciplinano specificamente alcuni aspetti⁶.

⁵ Direttive 2002/19, 2002/20, 2002/21 e 2002/22.

⁶ Considerando n. 10 e art. 3, par. 4, direttiva 2005/29.

Ciononostante, il concorso della disciplina generale – di cui agli artt. 19 – 27 del codice del consumo – con una rilevante quantità di discipline settoriali ha generato una frammentazione delle competenze che postula, per un coerente coordinamento degli sforzi, l'applicazione di un criterio ordinatore chiaro.

Il corretto coordinamento negli interventi fra Autorità incide, infatti, almeno su un duplice ordine di aspetti. In primo luogo, sulla “spartizione” di competenze fra Autorità – chi fa cosa? – che chiama in causa il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), posto che i procedimenti sanzionatori risultano essere particolarmente onerosi sia per l'amministrazione che per gli operatori privati – i quali, peraltro, rischiano di essere coinvolti in due procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni differenti fra le Autorità. Senza contare che, l'attivazione di due procedimenti può determinare, nel caso in cui sia contestata la competenza dell'Autorità ad avviare il procedimento, un'anticipazione della tutela giurisdizionale dal provvedimento conclusivo alla comunicazione di avvio del procedimento da parte dell'Autorità di cui l'impresa destinataria eccipisca l'incompetenza – e quindi la carenza di potere in concreto –, con una duplicazione dei processi e dei relativi costi⁷.

Ma soprattutto, la sovrapposizione di competenze genera il rischio che, per uno *stesso fatto*, l'autore venga punito due volte. Si tratta del divieto comunemente definito del *bis in idem*, secondo il quale ad un unico fatto illecito, che dunque esprime un unico disvalore, può corrispondere una sola sanzione. In realtà, può ben darsi che un unico *fatto* determini la violazione di più norme (c.d. concorso formale), e tuttavia, laddove due fattispecie legali presentino i medesimi *elementi costitutivi*, dovrà necessariamente applicarsene una soltanto. Diversamente opinando, la pena “doppia” risulterebbe sproporzionata rispetto alla responsabilità dell'autore, e dunque ingiusta.

L'ordinamento ha escogitato diverse tecniche per evitare di incorrere nel divieto di *bis in idem*, il quale viene in considerazione in caso di concorso apparente di norme.

Uno dei principi fondamentali in materia di sanzioni è la specialità, secondo cui non è possibile fare contemporanea applicazione di due norme sanzionatorie relative alla medesima fattispecie ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi costitutivi dell'altra aggiungendone uno ulteriore specializzante (per aggiunta o per specificazione). Il principio di specialità è espressamente sancito dalla legge generale sulle sanzioni amministrative, n. 689/1981, all'art. 9, comma 1, in base al quale «quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale», secondo una formulazione che ricalca l'art. 15 c.p. Non a caso, a partire dalla nota sentenza Menarini⁸, è stata riconosciuta alle sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità *antitrust* italiana natura di «pena» ai sensi dell'art. 6, § 1, CEDU, pur non possedendo gli illeciti anti concorrenziali natura formalmente penale nell'ordinamento interno.

L'immagine geometrica che viene tradizionalmente associata al concetto di specialità è quella dei cerchi concentrici, per cui la norma speciale (cerchio più

⁷ R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in *Studi e ricerche*, www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

⁸ Corte EDU, sez. II, sent. 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia.

grande) prevale su quella generale (cerchio più piccolo) in quanto ne possiede tutti gli elementi più uno, che può essere aggiuntivo o specializzante (che, cioè, si aggiunge o circostanza un elemento già presente). Attualmente, la giurisprudenza penale pressoché univoca⁹ ritiene che l'unico criterio in grado di assicurare la certezza del diritto e, dunque, risultati sanzionatori prevedibili *ex ante* e non rimessi a giudizi di valore opinabili fondati su sfuggenti *rationes legis* (ovvero su presunte identità o diversità del bene protetto) sia quello della specialità, verificata mediante il raffronto fra fattispecie in astratto¹⁰.

Esistono, infatti, altri due criteri – ancorché non codificati – volti ad evitare il *bis in idem* che, tuttavia, hanno l'inconveniente di fondarsi su giudizi di valore relativi alla natura del bene protetto o alla *ratio legis* che presentano margini di opinabilità e mutevolezza nel tempo. Si tratta, in particolare, dei criteri di assorbimento (o consunzione) e sussidiarietà, dove l'assorbimento opera in tutti i casi in cui la commissione di un reato comporti, secondo un giudizio di normalità causale, la commissione di un altro reato il cui disvalore sarebbe dunque "assorbito" dal primo, mentre la sussidiarietà intercorre fra norme che prevedono stadi o gradi diversi di offesa ad un medesimo bene, in modo che l'applicabilità dell'una implica la non applicabilità dell'altra¹¹. L'assorbimento e la sussidiarietà nascono come valvole di sicurezza volte a mitigare la rigidità e, talvolta, l'ingiustizia che deriverebbe da un'applicazione rigorosa del principio di specialità¹². Tanto che spesso, per non contraddire le proprie petizioni di principio, la giurisprudenza ammanta di "specialità" ciò che, a ben vedere, è una consunzione fra norme¹³.

3. L'Adunanza Plenaria del 2012 e la c.d. specialità per settori

Sebbene in materia di pratiche commerciali scorrette si parli molto del principio di specialità come soluzione al rompicapo delle competenze, è utile chiarire i termini in cui si può intendere la specialità. Il criterio di specialità è, in primo luogo, uno degli strumenti dell'ordinamento costituzionale che serve ad ordinare i rapporti gerarchici fra le norme risolvendo, in concorso con altri criteri, i casi di antinomia, ed è espresso dal noto brocardo *lex specialis derogat generali*. L'art. 9 della legge n. 689/1981 e l'art. 15 c.p. costituiscono senz'altro una specificazione di tale criterio e tuttavia richiedono il verificarsi di presupposti determinati, ossia che le fattispecie legali presentino identità di elementi strutturali in astratto, più uno specializzante o aggiuntivo.

A sostenere la tesi della specialità tra ordinamenti normativi secondo lo schema *lex specialis derogat lex generali* è stata, in passato, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁴ che, investita della questione relativa alla competenza sanzionatoria dell'AGCM e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito AGCOM) nelle attività di *repricing* nella telefonia mobile, ha

⁹ Cass., Sez. Un., 16 giugno 2003, n. 25887, sentenza c.d. Giordano.

¹⁰ Deve sussistere tra le due norme un rapporto di continenza formale.

¹¹ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2008.

¹² Nell'ordinamento penale, infatti, tali criteri operano, normalmente, attraverso una previsione legislativa esplicita recata dalle cc.dd. clausole di riserva.

¹³ C.d. specialità in concreto e specialità reciproca.

¹⁴ Cons. St., Ad. plen., sent. 13 giugno 2012, n. 12.

stabilito che la disciplina di settore è speciale (e, dunque, prevale) rispetto alla disciplina generale consumeristica in applicazione di quanto statuito della normativa sovranazionale, recepita anche dall'ordinamento interno.

Le direttive europee, infatti, risolvono *ex ante* i casi di convergenza di norme stabilendo che, al fine di garantire un rapporto coerente tra la disciplina generale e le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a mercati settoriali, queste ultime prevalgono sulla prima laddove disciplinino aspetti specifici delle pratiche in questione «*come [ad esempio] gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore*» (considerando n. 10 e art. 3, par. 4, dir. 2005/29¹⁵). L'art. 19, comma 3¹⁶, cod. cons. ha recepito tale regola riproducendo altresì una locuzione, per la verità non del tutto cristallina, usata dalla direttiva che subordina la prevalenza della normativa di settore solo «*in caso di contrasto*», la quale ha contribuito ad alimentare il dibattito sulla delimitazione, in concreto, delle competenze.

Nel caso approdato in Adunanza plenaria, un'impresa operante nel settore della telefonia mobile contestava la competenza di AGCM di irrogarle una sanzione per pratica commerciale scorretta sostenendo che ogni valutazione al riguardo fosse riservata ad AGCOM, in base al citato art. 19, comma 3, in qualità di Autorità di settore e quindi competente ad applicare una normativa speciale prevalente.

Viceversa, AGCM riteneva che la locuzione, «*in caso di contrasto*», avesse la funzione di evidenziare che la regola della prevalenza della disciplina di settore operava laddove le discipline intervenissero «a tutela del medesimo interesse, nei confronti degli stessi soggetti e delle stesse condotte con poteri analoghi». E ciò sarebbe escluso dal fatto che istituzionalmente AGCOM non è direttamente preposta alla tutela dei consumatori – in funzione della quale vengono sanzionate le pratiche commerciali scorrette – bensì alla salvaguardia della concorrenzialità del mercato della telefonia mobile e al pluralismo dell'informazione. Secondo la prospettazione dell'AGCM, la diversità del bene protetto dalle due norme (da una parte i consumatori, dall'altra la concorrenza nella telefonia mobile) e il fatto che la norma speciale nulla disponga di specifico rispetto ai comportamenti sanzionati da AGCM escluderebbero la regola della prevalenza di cui all'art. 19, comma 3, in quanto farebbero difettare la specialità: l'illecito posto in essere dall'impresa sanzionata, più che un unico fatto su cui convergono due norme apparentemente coesistenti sarebbe un duplice illecito, come se con un'unica condotta si fossero realizzati due illeciti¹⁷, per i quali le Autorità procedono separatamente¹⁸. Proprio per questo motivo, secondo AGCM, la disciplina del codice delle comunicazioni elettroniche

¹⁵ Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

¹⁶ L'art. 19, comma 3, recita così «In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici».

¹⁷ L'ipotesi che nel diritto penale è prevista all'art. 81, comma 1, c.p. cui viene applicato il trattamento del cumulo formale.

¹⁸ Nel caso di specie, l'istruttoria di AGCOM si era conclusa in senso favorevole all'impresa ricorrente.

farebbe salva la propria competenza di applicare le disposizioni del codice del consumo¹⁹.

L'Adunanza plenaria era stata dunque investita del compito di chiarire se esistesse o meno un rapporto di specialità fra i due plessi normativi tale per cui l'applicazione di quello speciale implicasse il ritrarsi di quello generale. La Sezione rimettente chiedeva altresì, ove fosse stata riconosciuta la complementarietà delle due discipline, di chiarire se ciò potesse dar luogo ad una violazione del divieto di *ne bis in idem* con una possibile sproporzione della pena irrogata tramite la tecnica del cumulo.

Il Collegio si era limitato ad esaminare la prima questione poiché ha ritenuto operante, fra la normativa generale a tutela del consumatore e la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche, il *criterio* di specialità. E ciò anzitutto perché, dall'esame del codice delle comunicazioni elettroniche, degli atti regolatori e della struttura interna dell'Autorità, emergeva chiaramente la vocazione di AGCOM alla tutela del consumatore. Il riferimento al «contrasto» contenuto nell'art. 19, comma 3 si spiegava, infatti, con la volontà del legislatore di evitare sovrapposizioni in vista dell'applicazione della «disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta» e dunque, più che in senso di conflitto, il «contrasto» rappresentava una «difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole». Pertanto, la disciplina di settore, attraverso il suo elevato tasso di specificità, prevaleva, ove esaustiva e completa, sulla normativa generale.

Le argomentazioni dell'Adunanza Plenaria andavano, quindi, nel senso della specialità per settori anche se, in un passaggio motivazionale, il rapporto tra le due discipline veniva ricondotto nell'alveo del principio di specialità di cui agli artt. 9, legge n. 689/1981 e 15 c.p. che invece, come si è avuto modo di illustrare, richiede il raffronto fra fattispecie (astratte) e non fra plessi di norme.

Volendo ricapitolare, la competenza per i casi di pratiche commerciali scorrette nell'ambito dei settori regolati (quando la normativa è esaustiva e completa) spettava alle Autorità di settore in quanto il mancato rispetto della relativa disciplina non poteva che comportare una ipotesi *tipica* di violazione dell'obbligo di diligenza. Pertanto, quantomeno nel mercato delle comunicazioni – che recava, secondo il Collegio, una normativa esaustiva e completa –, la competenza di AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette non sarebbe mai esistita.

E a nulla valeva, in vista di una possibile riespansione della competenza di AGCM, il rinvio alla disciplina generale a tutela dei consumatori operato dall'art. 70, comma 6 del cod. com. elettroniche²⁰ in quanto esso costituiva semplicemente espressione della flessibilità del sistema che rimanda ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore contenuta nella disciplina speciale non essendo possibile tipizzare tutte le condotte sleali. Diversamente opinando, sempre secondo l'Adunanza plenaria, si sarebbe riconosciuto ad AGCM una competenza a geometria variabile che «si ampliirebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'Autorità di settore».

Queste argomentazioni hanno sollevato diversi interrogativi, primo fra tutti quello relativo al trattamento della pratica scorretta – nel settore delle comuni-

¹⁹ Art. 70, comma 6, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, c.d. codice delle comunicazioni elettroniche.

²⁰ La norma è stata abrogata con il d.l. n. 70/2012 e recitava «Rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori».

cazioni elettroniche – commessa nel formale rispetto della disciplina settore, ipotesi che la Plenaria sembra escludere *a priori*. Il che, peraltro, implica una indiretta presa di posizione nel dibattito sulla effettiva capacità della regolazione di tutelare efficacemente i consumatori nonostante la pluralità di interessi cui essa deve tenere conto sia in sede di elaborazione delle norme sia in sede di valutazione della gravità dell'illecito compiuto.

4. La specialità secondo la Commissione europea e i tentativi del legislatore italiano

La decisione dell'Adunanza plenaria anziché porre fine al dibattito ha inaugurato un percorso tormentato che ha visto l'avvicinarsi dell'intervento del legislatore italiano prima, della Commissione europea poi, e di nuovo, del legislatore italiano.

All'indomani della pronuncia, infatti, il Governo ha ritenuto di dover intervenire per dare un'impronta formale legislativa all'interpretazione della specialità fra ordinamenti espressa dall'Adunanza plenaria. Così, in un primo momento, è stato approvato il d.l. n. 70/2012 recante l'abrogazione del comma 6 dell'art. 70 che disponeva il famoso rinvio alla disciplina (di settore, secondo i giudici della Plenaria) a tutela del consumatore come norma di chiusura. Successivamente, con il d.l. n. 95/2012, art. 23, comma 12-*quinqüesdecies*²¹, il legislatore ha (tentato di) definire il riparto di competenze nelle pratiche sleali usando una formula invertita, ma nella sostanza analoga, a quella del Consiglio di Stato: veniva, cioè, ribadita la competenza generale dell'AGCM sulle pratiche commerciali scorrette salvo poi chiarire che, nei settori regolati e nei limiti degli aspetti regolati, le pratiche sono di competenza delle Autorità di settore (se titolari di finalità di tutela del consumatore) ove tale competenza discenda da norme di rango europeo.

Una norma, questa, che da una parte ratificava gli approdi interpretativi dell'Adunanza plenaria demandando alle Autorità di settore la competenza di occuparsi del commercio sleale realizzato tramite condotte tipizzate dalla normativa specifica, ma dall'altra sembrava – complice anche l'abrogazione del comma 6, art. 70 cit. – riaffidare la competenza all'AGCM nei casi di lacune normative, evidenziando una certa ritrosia a portare alle estreme conseguenze il ragionamento della Plenaria e dunque ad escludere *sempre* l'applicazione della disciplina *antitrust* nei settori regolati.

Gli spunti di riflessione relativi all'esegesi della norma sono stati, tuttavia, recisi sul nascere dalla lettera del 18 ottobre 2013 con cui la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione²² nei confronti dell'Italia per mancata attuazione della direttiva 2005/29 in materia di pratiche commerciali scorrette.

²¹ «L'importo massimo delle sanzioni di cui all'art. 27, commi 9 e 12, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati, è aumentato a 5.000.000 di euro».

²² Procedura d'infrazione n. 2169/2013.

L'obiettivo critico della Commissione, più che la norma di recente introduzione di cui al d.l. n. 95/2012, era proprio l'interpretazione dell'Adunanza plenaria che aveva sostanzialmente esautorato l'AGCM dei poteri di repressione delle pratiche commerciali scorrette in favore di ordinamenti speciali i quali, tuttavia, non sarebbero in grado – a giudizio della Commissione – di soddisfare in modo soddisfacente le esigenze repressive indicate dalla direttiva. Dunque, il criterio della specialità per settori non corrisponderebbe alla *ratio* delle direttive e la Commissione, pur ammettendo che l'art. 3, par. 4 della direttiva introduce il «*criterio di lex specialis*», ritiene che applicarlo per la prevalenza di una disciplina «*nel suo insieme*» (*sic*) è in contrasto con la normativa europea.

Dalla lettera di messa in mora emerge, infatti, il convincimento che, fatta eccezione per i casi in cui la normativa di settore regoli in modo difforme (*id est*, incompatibile) da quella generale aspetti specifici delle pratiche sleali, «in qualunque altro caso» le due discipline debbano concorrere e gli eventuali «requisiti specifici» non incompatibili «*si aggiungono (sic)* ai requisiti generali disposti dalla direttiva». Dove l'espressione «in qualunque altro caso» sembrerebbe alludere anche al caso della sovrapposizione (almeno parziale) fra norme. Se così fosse, la soluzione andrebbe nella direzione del cumulo delle sanzioni o, per usare il termine usato dai funzionari europei, della complementarietà delle discipline.

Soltanto che, se l'interpretazione del termine «contrasto» avuta in mente dalla Commissione fosse proprio nel senso letterale, ossia di incompatibilità/reciproca esclusione, essa non sembrerebbe avere molto a che fare con la specialità: si consideri una norma speciale che dovesse disporre la liceità di un certo comportamento il quale, in virtù della disciplina sul commercio sleale, integri un illecito; il fatto che in questo caso trovi applicazione solo la norma di settore, e non entrambe le norme contemporaneamente, è espressione del principio di non contraddizione che sta alla base della coerenza di ogni ordinamento e non applicazione del principio di specialità.

La Commissione prosegue, poi, con un'affermazione non del tutto cristallina secondo cui «contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato, l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva non consente di concludere che l'applicazione della stessa possa essere esclusa solo perché esiste una legislazione più specifica per un dato settore. Tale affermazione è corretta solo se tale legislazione più specifica si fonda su altre norme dell'Unione e se è limitata agli aspetti da essa disciplinati». Così lasciando, di nuovo, intendere che esistano, nei limiti degli aspetti demandati alla normativa di settore, casi specifici di pratiche commerciali scorrette sottratte alla competenza di AGCM, cui, quindi, non si darebbe corso all'*aggiunta* dei requisiti cui la lettera accennava poco prima anche senza «contrasto».

L'opzione della competenza per aspetti specifici (*id est*, per fattispecie) alle Autorità di settore sembrerebbe, comunque, confermata anche dall'obiettivo dichiarato di ripristinare l'efficacia della direttiva quale «rete di sicurezza» a tutela dei consumatori in *tutti* i settori²³ «colmando le lacune di altre specifiche normative settoriali». Il che riecheggia la locuzione «limitatamente agli aspetti regolati» contenuta nell'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, d.l. n. 95/2012 vigente al tempo dell'apertura della procedura di infrazione.

La Commissione ha, poi, smontato anche l'affermazione con cui il Consiglio

²³ La Commissione, infatti, lamenta come, a seguito della Plenaria del 2012, fosse stata applicata la specialità per settori a praticamente tutti i mercati regolamentati ritenuti esaustivi.

di Stato negava la possibilità di un intervento “caso per caso” dell’AGCM sostenendo, invece, che la relativa disciplina «contiene criteri generali per valutare il carattere leale di una pratica commerciale e trova applicazione al di là della fase di commercializzazione, ossia anche durante e successivamente alla conclusione dell’operazione commerciale». Alla luce di ciò, «per quanto esaustiva possa essere una disciplina settoriale specifica nello stabilire obblighi informativi aggiuntivi nella fase precontrattuale, non si può escludere che, pur rispettando tali obblighi di trasparenza e pubblicità delle informazioni, un professionista metta in atto una pratica sleale, ad esempio traendo in inganno i consumatori in violazione dell’art. 5 della direttiva (“la clausola generale”))».

Questa affermazione sembra evocare la *complementarietà* delle due discipline nelle situazioni in cui, nonostante la disciplina di settore preveda delle ipotesi specifiche di pratiche commerciali scorrette, il rispetto formale di tali norme non esclude la competenza – come rete di sicurezza – di AGCM all’esito di una valutazione complessiva dell’operazione commerciale. Se così fosse, tuttavia, salterebbe il funzionamento della competenza per aspetti specifici perché, formalmente, i due illeciti, ancorché speciali, continuerebbero ad applicarsi contemporaneamente in astratto, a motivo della molteplicità di manifestazioni che contempla la norma generale. Salvo poi capire quale sanzione applicare in concreto per non violare il principio di proporzionalità.

Dal canto suo, il legislatore italiano ha fatto immediatamente *dietro front* sulla norma del 2012 ed ha inserito, all’art. 27 cod. cons., il comma 1-*bis*²⁴ il quale, pur avendo come obiettivo la chiarezza, ha invece a sua volta generato non poche criticità interpretative.

Tale norma ripristina, infatti, la competenza esclusiva di AGCM a reprimere le pratiche commerciali scorrette, anche nei settori regolati. Tuttavia, la disposizione stabilisce che le Autorità di regolazione mantengono comunque la capacità di «esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta». Il che può creare qualche problema giacché: o la norma intende fare salve le competenze di settore per gli illeciti che non lambiscano neanche indirettamente la tematica delle pratiche commerciali scorrette – ma ciò la renderebbe una norma di fatto inutile in quanto è evidente che le Autorità conserverebbero questi poteri; oppure – più probabilmente – vuole sottolineare che, a fronte di illeciti che coinvolgono profili specifici di pratiche commerciali scorrette, le Autorità di settore devono cedere il passo ad AGCM la quale, avendo una visione d’insieme dell’operazione posta in essere al di là della singola violazione, è l’unica autorizzata a sanzionare. Con l’implicita conseguenza che la norma di settore verrebbe, nella sostanza, disapplicata nonostante il comma 1-*bis* – con un ulteriore profilo di ambiguità – specifichi che è fatto comunque salvo «il rispetto della regolazione vigente» (cosa che, al contrario, lascerebbe intendere l’applicazione del concorso delle norme). Peraltro, nel caso in cui AGCM ritenesse, all’esito dell’istruttoria, di non contestare all’impresa la realizzazione di una

²⁴«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. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

pratica commerciale scorretta, la norma di settore non potrebbe comunque più essere applicata anche a fronte di una sua violazione conclamata. Il che, oltre a realizzare ad una zona franca sanzionatoria discutibile, sembrerebbe contrastare con la linea espressa dalla lettera di messa in mora della Commissione nel senso dell'*aggiunta* della disciplina di settore – nei limiti della compatibilità – a quella generale.

Insomma, a fronte del nuovo comma 1-*bis* si è posto un nuovo interrogativo, e cioè se la normativa generale debba riconoscersi sempre *speciale* – per quanto paradossale ciò possa sembrare – rispetto a quella di settore, introducendo, di fatto, una nuova ipotesi di specialità per settori, stavolta rovesciata. Circostanza, questa, non esattamente il linea con quando ipotizzato dalla Commissione che, seppure nella vaghezza di alcune argomentazioni contenute nella lettera di messa in mora, sembrava andare nella direzione della complementarietà.

Al netto di ogni considerazione, sembra quindi che, nonostante l'intervento approntato dal legislatore nel 2014, sia rimasto irrisolto il nodo del principio di specialità, vero convitato di pietra nel dibattito sul riparto delle competenze.

5. L'Adunanza Plenaria del 2016: assorbimento o specialità?

L'interpretazione del comma 1-*bis* cit. ha prevedibilmente generato un contrasto all'interno delle Sezioni del Consiglio di Stato in ordine alla corretta applicazione della nuova regola. Nell'ambito della Sesta Sezione, infatti, è stato, dapprima, sostenuto che la norma è chiara nell'attribuire ad AGCM una competenza generale ed esclusiva ad intervenire in materia di pratiche commerciali scorrette, anche nei settori regolati e quindi anche a fronte di condotte contrarie a specifiche norme di settore di derivazione europea²⁵. In seguito, la Sezione ha, invece, ipotizzato che AGCM sia titolare in via esclusiva del compito di intervenire solo ove la normativa di settore non abbia tipizzato – *ex ante*, precisano pleonasticamente i giudici – in modo completo ed esaustivo (secondo le espressioni usate dall'antica Plenaria) la regola comportamentale applicabile. In un'evenienza del genere, infatti, non si renderebbe necessaria la funzione di "rete di sicurezza" evocata dalla Commissione.

Pertanto, con ordinanza 18 settembre 2015, n. 4351 la sesta Sezione ha chiesto all'Adunanza Plenaria se il neointrodotta comma 1-*bis* cit. debba interpretarsi nel senso del riconoscimento ad AGCM di una competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette, anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea ritenute idonee a reprimere il comportamento. Nel caso di specie, AGCM aveva contestato ad una multinazionale della telefonia mobile di aver attivato dei servizi di navigazione internet e segreteria telefonica sulle SIM vendute senza aver previamente acquisito il consenso del consumatore e senza averlo reso edotto della preimpostazione di tali servizi e della loro onerosità, esponendolo ad addebiti inconsapevoli. Tuttavia, la vendita delle SIM e, in particolare, l'utilizzo della tecnica *opt out* risultano essere materie demandate dalla legge alla competenza di AGCOM.

²⁵ Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104.

La soluzione fornita dall'Adunanza Plenaria²⁶ offre molti spunti di riflessione e apre diversi interrogativi.

Il Collegio prende le mosse dal caso concreto affermando che la condotta sottoposta al suo esame integra pacificamente una pratica commerciale scorretta, in specie aggressiva ai sensi degli artt. 20, 24, 25 e 26, lett. f), cod. cons., attuata mediante l'inosservanza degli obblighi informativi previsti dalla normativa di settore²⁷ e presidiati dall'AGCOM.

Proprio questo rapporto di strumentalità tra i due illeciti evidenzia, per la Plenaria, una ipotesi di «specialità per progressione» in cui la violazione di *meri* obblighi informativi realizza un più ampio illecito anticoncorrenziale «ben più grave per entità e per disvalore sociale». Per questo motivo, nel caso di specie non è ravvisabile nessuna specialità poiché, più che un conflitto di norme in astratto, viene in rilievo un'ipotesi di «assorbimento-consunzione, atteso che la condotta astrattamente illecita secondo il *corpus* normativo presidiato dall'AGCOM è elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata da AGCM».

In altri termini, la competenza di AGCOM è sostanzialmente *assorbita* da quella di AGCM perché il disvalore della violazione degli obblighi informativi è *assorbito* da quello insito nella pratica anticoncorrenziale.

Si è già visto come il principio dell'assorbimento (o consunzione) rappresenti una delle strategie escogitate dall'ordinamento per non incorrere nel divieto di *bis in idem*²⁸. Dunque, deve ritenersi che secondo l'Adunanza plenaria l'applicazione della norma consumeristica esclude l'applicazione di quella specifica settoriale, onde evitare duplicazioni sanzionatorie. Dal che discende l'incompetenza nelle ipotesi tipiche di pratiche sleali dell'AGCOM che – tutt'al più – ai sensi del nuovo comma 1-*bis* cit., potrà segnalare tale violazione ad AGCM in sede di parere; con la difficoltà oggettiva di *prevedere* se l'Autorità *antitrust* deciderà di contestare una pratica anticoncorrenziale: essendo, infatti, la pratica scorretta il frutto di una valutazione d'insieme, il relativo provvedimento sanzionatorio potrebbe intervenire molto tempo dopo la violazione degli obblighi settoriali. E in questo lasso di tempo AGCOM ben potrebbe intanto contestare la violazione degli obblighi. In un caso del genere, quale sarebbe la sorte della contestazione adottata da AGCOM? Sarebbe forse auspicabile la previsione di onere preventivo di segnalazione di tali condotte in capo ad AGCOM.

Non a caso, forse, i giudici specificano che non costituisce violazione del principio del *bis in idem* la contemporanea pendenza di due procedimenti, bensì il fatto che «uno di essi venga instaurato o prosegua dopo che l'altro si è chiuso con una decisione definitiva, non importa se di assoluzione o di condanna». Chiarimento che, tuttavia, non riesce a dissipare tutte le criticità sopra illustrate.

Un meccanismo così delineato appare, oggettivamente, farraginoso. Non a caso nell'ordinamento penale il criterio dell'assorbimento opera attraverso le cc.dd. clausole di riserva che sono appunto volte ad evitare situazioni di sdop-

²⁶ Cons. St., Ad. plen., sent. 9 febbraio 2016, n. 4.

²⁷ Artt. 70 e 71, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, c.d. codice delle comunicazioni elettroniche.

²⁸ L'assorbimento è comunemente denominato, in dottrina, principio del *ne bis in idem* sostanziale, cfr., per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2008.

piamento sanzionatorio. E la cui mancanza, peraltro, è suscettibile di generare diverse incertezze interpretative nel caso delle pratiche scorrette posto che nessuna disposizione stabilisce che tra i due illeciti esiste un rapporto di assorbimento. Così, secondo lo stesso ragionamento, l'assorbimento potrebbe essere ravvisato anche tra altri gruppi di norme senza che ciò corrisponda ad una chiara scelta legislativa. Con tutto ciò che ne potrebbe conseguire in termini di violazione del principio di tipicità dell'illecito di cui all'art. 1, legge n. 689/1981²⁹.

Inoltre, ai sensi della direttiva 2009/29, «gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore» sono espressamente menzionati come «norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali», destinati a prevalere. Dunque, sembrerebbe che, mai come in casi del genere, debba operare il principio di specialità, in quanto esplicitamente evocato.

Tuttavia, la Plenaria ritiene che «il comportamento contestato all'operatore economico con provvedimento *antitrust* [...] non è per nulla interamente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore, la quale non comprende affatto un'ipotesi di illecito come quella considerata, ovvero una "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva"».

Esaurita l'analisi del caso concreto, la Plenaria passa all'analisi del sistema operando un «*revirement* parziale» delle decisioni del 2012³⁰ «nella misura in cui esse possano essere lette come mera applicazione del criterio di specialità per settori e non per fattispecie concrete». Soluzione imposta, secondo i giudici, anche dall'apertura della procedura di infrazione e dalla, conseguente, introduzione del comma 1-*bis* all'art. 27 cod. cons.

Secondo il Collegio, nel caso in cui due norme appartenenti a diversi settori convergano sul medesimo fatto, la norma da applicare è una soltanto, quella speciale individuata secondo il criterio del «raffronto tra le fattispecie», non astratte, ma concrete.

La circostanza che il raffronto riguardi le fattispecie concrete piuttosto che quelle astratte non è priva di conseguenze: anzi, nell'ambito del ragionamento della Plenaria, assume un rilievo particolare poiché, comunemente, si ritiene che la specialità in concreto altro non sia che una forma di assorbimento mascherata.

In altri termini, le norme per essere speciali devono esserlo in astratto, ossia recare l'una – nella formulazione letterale – *tutti* gli elementi costitutivi dell'altra più uno, aggiuntivo o specializzante. Il fatto che concretamente ledano il medesimo bene, oppure che in concreto un illecito venga commesso per mezzo dell'altro non vale a renderle speciali. Ciò farebbe, infatti, saltare il principio di legalità perché il trattamento sanzionatorio non sarebbe più prevedibile *ex ante*, ma varierebbe a seconda delle modalità concrete dell'illecito.

Al riguardo, la dottrina penale ritiene che il criterio dell'assorbimento nasca dalla constatazione che il rapporto di specialità non è, da solo, in grado di risolvere tutte le ipotesi di concorso apparente di norme³¹. Soltanto che, affi-

²⁹ Art. 1. «Principio di legalità. Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati».

³⁰ Cons. St., Ad. plen., nn. 11, 12, 13, 14/2012.

³¹ Per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 671.

dandosi a un criterio così sfuggente, si rimette la determinazione della norma concretamente applicabile al giudice piuttosto che al legislatore, con tutto ciò che ne consegue in termini di incertezza per le imprese negli investimenti e nelle operazioni sul mercato.

La Plenaria, dunque, risponde ai quesiti riaffermando, a parole, il principio di specialità e, tuttavia, nei fatti, limitandosi ad enunciare un criterio di assorbimento che non sembra in grado di dare una risposta di sistema al problema delle competenze. Essendo, esso, basato sul concreto atteggiarsi del fatto *dopo* che è stato commesso: un criterio caso per caso che lascia – non l'ultima, come è giusto che sia ma – “l'unica” parola al giudice.

Peraltro, poco tempo dopo la pubblicazione della sentenza in udienza plenaria del Consiglio di Stato, la Commissione europea ha diffuso delle Linee guida sull'applicazione della direttiva 2005/29 in caso di pratiche commerciali scorrette disciplinate da norme di settore³², a cui va riconosciuto senz'altro un apprezzabile intento chiarificatore, il quale tuttavia non sembra riuscire a sciogliere i dubbi di fondo.

Anzitutto, la Commissione “completa” la frase contenuta nella lettera di messa in mora del 2013, aggiungendo che la locuzione «in contrasto» usata dalla direttiva³³ riguarda non solo il «conflitto tra le due disposizioni» ma anche i casi in cui «il contenuto dell'altra disposizione del diritto dell'Unione si sovrappone al contenuto della disposizione pertinente della direttiva, per esempio disciplina il comportamento in questione in modo più dettagliato e/o è applicabile a un settore specifico»³⁴ così chiarendo che la norma speciale si applica in caso di identità di elementi costitutivi.

Il documento continua, poi, affermando che «La direttiva rimane nondimeno pertinente per valutare altri possibili aspetti della pratica commerciale non contemplati dalle disposizioni settoriali, come, per esempio, il comportamento aggressivo di un professionista» in quanto «l'applicazione della direttiva non è di per sé esclusa solo perché esistono altre normative dell'UE che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali». Il che non crea problemi se tale applicazione complementare riguarda pratiche commerciali scorrette *diverse* da quelle già contestate con l'applicazione della disciplina di settore posto che, se la norma specifica avesse già punito la pratica sleale, non avrebbe senso punirla di nuovo *sotto altri punti di vista*.

Tuttavia, la Commissione ritiene di chiudere il cerchio così: «La direttiva può quindi essere generalmente applicata assieme alle norme settoriali dell'UE in maniera complementare; pertanto, i requisiti più specifici stabiliti da altre norme dell'UE di solito si aggiungono ai requisiti generali stabiliti dalla direttiva, di norma per impedire ai professionisti di fornire le informazioni richieste dalla normativa settoriale in modo ingannevole o aggressivo, salvo il caso in cui questo aspetto sia specificamente disciplinato dalle norme settoriali».

Al netto di una formulazione alquanto vaga, sembra che la Commissione, pur auspicando l'applicazione della norma di settore al caso specifico in essa

³² “Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/ce relativa alle pratiche commerciali sleali” del 25 maggio 2016.

³³ Art. 3, par. 4, direttiva 2005/29 secondo cui «In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici».

³⁴ La Commissione utilizza la parola «oppure» lasciando intendere che nel proprio concetto di contrasto non rientra la sovrapposizione e dunque ammettendo, implicitamente, che nella lettera di messa in mora il profilo della sovrapposizione era stato escluso.

contemplato, ritenga che, ove la pratica sleale rivesta anche altre caratteristiche, si debbano applicare congiuntamente norma di settore e disciplina generale. Sempre nell'ambito della stessa unica operazione. Circostanza che, però, crea dubbi di compatibilità col divieto di *bis in idem* perché se effettivamente la disciplina di settore costituisse una ipotesi tipica di pratica realizzata tramite la violazione di un obbligo specifico, allora la relativa sanzione dovrebbe punire l'intero fatto della pratica commerciale scorretta. Ma se la competenza sulla *restante parte* della pratica rimane all'AGCM, allora forse è più corretto dire la norma di settore sanziona solo il fatto dell'inadempimento dell'obbligo previsto in sé, e non della pratica in generale. Diversamente opinando, si finirebbe per applicare due norme che puniscono la stessa cosa.

6. La specialità per fattispecie concrete non chiarisce i dubbi: l'ordinanza di remissione alla Corte di Giustizia

La soluzione prospettata dall'Adunanza plenaria non è stata in grado di chiarire i dubbi che avevano dato origine alla remissione. Pertanto, la stessa Sezione rimettente ha ritenuto doveroso sollevare questione pregiudiziale interpretativa dinanzi alla Corte di Giustizia³⁵ nel tentativo di ottenere una parola definitiva sul riparto di competenze nelle pratiche commerciali scorrette e, in particolare, sulla compatibilità euro-unitaria dell'art. 27, comma 1-*bis*, cod. cons.³⁶

Il Collegio ha, infatti, ritenuto che non fosse stato dato il giusto rilievo al fatto che il codice delle comunicazioni elettroniche costituisce il recepimento delle direttive europee 2002/19-20-21-22 ed ha sottolineato che gli artt. 70, 71 e 98 c. 16 cod. comunicazioni elettroniche «dettano una serie di disposizioni a tutela dei consumatori nel settore specifico delle comunicazioni elettroniche, attribuendo i relativi poteri regolatori e sanzionatori all'AGCOM». Affermazione che lascia velatamente intendere come, nell'applicazione di queste norme, la regolazione e la vigilanza siano intimamente connesse – due facce della stessa medaglia – dove solo l'Autorità di regolazione può comprendere appieno il significato e il peso della violazione, anche ai fini della commisurazione della sanzione. E ritenere che AGCM sia l'Autorità maggiormente in grado di garantire la tutela del consumatore appare più una petizione di principio che un dato empirico: non a caso, nel 2012, anche la Plenaria aveva osservato che «appare ben difficile sezionare chirurgicamente la disciplina [di settore], al fine di enucleare singoli interessi oggetto di tutela, poiché tale *modus operandi* contrasta con l'inevitabile unitarietà degli interessi operanti nelle singole fattispecie concrete. Ma soprattutto tale distinzione [...] non trova riscontro nel dato normativo».

Da questo punto di vista, l'art. 27 comma 1-*bis* che devolve, in blocco, la competenza sulle pratiche sleali all'AGCM non appare in linea con l'ipotesi, pure espressamente contemplata dal legislatore europeo, che degli aspetti

³⁵ Cons. St., sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167.

³⁶ La Sesta Sezione ha altresì rimesso alla Corte di Giustizia l'interpretazione del caso concreto chiedendole se fosse corretta la qualificazione in termini di pratica commerciale aggressiva e di pratica commerciale in ogni caso aggressiva.

specifici di tali pratiche, previsti anch'essi dalla normativa europea, si occupino i soggetti dell'ordinamento attributari dei relativi poteri.

Tale disciplina non appare neanche perfettamente in linea con quanto a suo tempo contestato dalla Commissione europea che, nel lamentare la perdita di competenze in capo ad AGCM, non sembrava mirare a depauperare completamente le Autorità di settore dei propri poteri in materia di pratiche scorrette atteso il riferimento alla direttiva consumatori come una rete di sicurezza (e quindi come strumento residuale), Tanto più che in questo caso, l'illecito di settore considerato è espressamente contemplato dal legislatore europeo come ipotesi esemplificativa di aspetto specifico di pratica commerciale scorretta (cfr. considerando n. 10 direttiva 2005/29).

In tale contesto, effettivamente il binomio assorbimento-specialità in concreto offerto dalla Plenaria non sembra una risposta in grado di fornire una regola chiara di riparto *ex ante*. Binomio, questo, mai evocato né dalle direttive né dalla Commissione e che, oltre a creare delle frizioni con il principio di legalità nelle sanzioni amministrative, rischia di attribuire, *prater* – o addirittura, *contra legem* – una competenza, di fatto, regolatoria all'AGCM lasciandole mano libera nell'interpretare illeciti di settore.

Per questi motivi, la Sesta Sezione ha formulato una serie di quesiti alla Corte che mirano, in primo luogo, a chiarire se la *ratio* della direttiva 2005/29 quale "rete di sicurezza" e il principio di specialità così come inteso dalla direttiva ostino ad una normativa interna, di derivazione euro-unitaria, che escluda la competenza delle Autorità di settore a reprimere la violazione di direttive specifiche nei casi in cui sia astrattamente configurabile una pratica commerciale scorretta nonché, più, in generale, se la specialità consenta l'applicazione necessitata della normativa generale in materia di pratiche scorrette anche laddove esista una disciplina di settore con prerogative regolatorie e sanzionatorie che preveda ipotesi tipiche di «pratiche aggressive» o «in ogni caso aggressive». Inoltre, alla Corte di Giustizia è richiesto di chiarire se la specialità debba essere intesa per settori o per fattispecie o per Autorità e se la nozione di contrasto di cui all'art. 3, par. 4, dir. 2005/29 sottintenda una radicale antinomia oppure anche un concorso di nome.

In altri termini, la Sezione rimettente ha chiesto alla Corte di puntualizzare se veramente il diritto europeo imponga, in materia di pratiche sleali, la disapplicazione di fatto di alcune norme (sempre europee) in favore di altre; se esista un criterio per individuare la norma applicabile diverso da valutazioni opinabili legate al fatto concreto e, infine, se non sia invece il caso di ritenere che, almeno in alcune situazioni, i vari illeciti concorrano.

7. Conclusioni

Sono molte le considerazioni che potrebbero farsi sulla tormentata questione delle competenze nelle pratiche commerciali scorrette. Si potrebbe, ad esempio, affermare che la violazione della normativa di settore, più che ledere questo o quell'altro interesse singolarmente, rappresenti semplicemente un illecito plurioffensivo, che incide su una pluralità di interessi, e che quindi viene demandato alla competenza di una sola Autorità per questioni interne di suddivisione dei compiti. Ciò anche alla luce del fatto che non avrebbe senso altrimenti affermare l'indifferenza dell'Unione europea rispetto all'organizzazione

interna se, per evitare duplicazioni sanzionatorie, occorre che entrambi gli illeciti vengano contestati dalla stessa Autorità (in quanto l'una Autorità non può *indovinare* che valutazioni farà l'altra). Pertanto, laddove le singole norme appaiano, raffrontate in astratto, speciali, si applicherà quella caratterizzata dal requisito ulteriore, per aggiunta o per specificazione. Negli altri casi, avrà luogo il concorso, che senza dubbio implicherebbe l'applicazione di un trattamento sanzionatorio più gravoso per le imprese, ma che tuttavia potrebbe anche essere un giusto prezzo da pagare per conoscere con certezza in anticipo le conseguenze delle proprie azioni.

La verità, però, è che la materia delle sanzioni è estremamente delicata in quanto è in grado di influire sulle scelte degli operatori economici nello svolgimento delle operazioni di mercato e che sia il legislatore che la giurisprudenza italiani non sono riusciti ad applicare fino in fondo il criterio della specialità, anche perché il diritto europeo ha, al riguardo, fornito indicazioni contrastanti: da una parte, la prevalenza della disciplina di settore in casi specifici, dall'altro, la perdurante applicabilità della disciplina generale in relazione ad *altri aspetti*, senza specificare se questi altri aspetti debbano riguardare lo stesso fatto o meno. Con, forse, un po' di ipocrisia nel non affermare apertamente che, a seconda del caso concreto, la violazione degli obblighi specifici assume talvolta la valenza di *sintomo* di un illecito più ampio, piuttosto che un'ipotesi tipica di pratica commerciale scorretta.

Dunque, al di là del rapporto fra norme di diritto interno (ancorché frutto della trasposizione di direttive), la soluzione del rompicapo risiede nel rapporto fra norme europee: cioè, come debba essere inteso il rapporto di specialità fra le norme sovranazionali. Il legislatore nazionale, infatti, non può dettare autonomamente un criterio di prevalenza di una norma europea su un'altra omologa in quanto non è abilitato – per il principio di primazia – a disapplicare una norma europea.

Da questo punto di vista, l'art. 27, comma 1-*bis* cit., sottraendo la competenza alle Autorità di settore in materia di aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette derivanti da norme euro-unitarie, probabilmente, si prende una libertà che non gli spetta.

La Sezione rimettente ha, dunque, saggiamente deciso di dare la parola alla Corte di Giustizia, l'unico organo competente a chiarire le modalità di applicazione del principio di specialità fra le norme europee, o meglio fra la direttiva 2005/29 e le direttive specifiche di settore.

All'esito del chiarimento dei giudici di Lussemburgo, anche il conflitto di competenze interno all'ordinamento italiano dovrebbe trovare finalmente la sua soluzione.



COMMENTI

Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia

di Luca Belviso

Corte Cost., 15 dicembre 2016, n. 265 – Pres. P. Grossi – Red. M. Cartabia – Regione Piemonte (avv. Rava) c. Presidente del Consiglio dei ministri (Avv. Generale dello Stato).

Giustizia costituzionale – Regolazione – Trasporto pubblico locale non di linea di persone – Taxi – Noleggio con conducente – Trasporto privato non di linea – Uber – Uberpop – Uberblack – Sharing economy – Car pooling – Ride sharing – Car sharing – Art. 117 Cost. – Riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni – Tutela della concorrenza – Trasporto locale.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 1 della legge della Regione Piemonte 6 luglio 2015, n. 14, per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. In particolare, la disposizione impugnata definisce il novero dei soggetti abilitati a operare nel settore dei trasporti di persone, riservandolo in via esclusiva alle categorie abilitate a prestare i servizi di taxi e di noleggio con conducente. Definire quali soggetti siano abilitati a offrire talune tipologie di servizi è decisivo ai fini della configurazione di un determinato settore di attività economica: si tratta di una scelta che impone un limite alla libertà di iniziativa economica individuale ed incide sulla competizione tra operatori economici nel relativo mercato. Sicché, tale profilo rientra a pieno titolo nell'ampia nozione di concorrenza di cui al comma 2, lett. e), dell'art. 117 Cost., come tale rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Rispetto all'assetto delineato dalla legislazione statale in vigore, che risale nei suoi tratti essenziali al 1992, l'evoluzione tecnologica, e i cambiamenti economici e sociali conseguenti, suscitano questioni variamente discusse non solo nelle sedi giudiziarie, ma anche presso le autorità indipendenti e le istituzioni politiche, in seno all'Unione Europea, in molti degli Stati che ne fanno parte, nonché in numerosi altri ordinamenti in tutto il mondo. Nel contesto di un dibattito così animato, è comprensibile che si levi la domanda di un inquadramento giuridico univoco e aggiornato. È dunque auspicabile che il legislatore competente si faccia carico tempestivamente di queste nuove esigenze di regolamentazione.

Ritenuto in fatto

1.– Con ricorso notificato il 7-9 settembre 2015, depositato il 10 settembre 2015 e iscritto al n. 83 del registro ricorsi per l'anno 2015, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato l'art. 1 della legge della Regione Piemonte 6 luglio 2015, n. 14, recante «Misure urgenti per il contrasto dell'abusivismo. Modifiche alla legge regionale 23 febbraio 1995, n. 24 (Legge generale sui servizi di trasporto pubblico non di linea su strada)».

1.1.– L'impugnato art. 1 inserisce l'art. 1-bis nella citata legge reg. Piemonte n. 24 del 1995.

Quest'ultima, all'art.1, così recita: «1. La presente legge disciplina le competenze della Regione nel settore del trasporto di persone mediante servizi pubblici non di linea su strada ai sensi della legge 15 gennaio 1992, n. 21. 2. Si intendono come tali i servizi che provvedono al trasporto collettivo od individuale di persone, con funzione complementare ed integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea e che vengono effettuati, a richiesta dei trasportati o del trasportato in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta. 3. Costituiscono servizi pubblici non di linea su strada: a) il servizio di taxi con autovettura, motocarozzetta e veicoli a trazione animale; b) il servizio di noleggio con conducente e autovettura, motocarozzetta e veicoli a trazione animale».

Di seguito, l'art. 1-bis, inserito dalla disposizione censurata e rubricato «Esclusività del servizio di trasporto», dispone quanto segue: «1. Il servizio di trasporto di persone, che prevede la chiamata, con qualunque modalità effettuata, di un autoveicolo con l'attribuzione di corresponsione economica, può essere esercitato esclusivamente dai soggetti che svolgono il servizio di cui all'articolo 1, comma 3, lettere a) e b). 2. Il mancato rispetto delle disposizioni di cui al comma 1 comporta l'applicazione delle sanzioni previste all'articolo 6, comma 2-bis». Il citato art. 6, comma 2-bis, introdotto dall'art. 2 della legge regionale n. 14 del 2015, fa riferimento alle sanzioni di cui agli artt. 85 e 86 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada).

Ad avviso del ricorrente, la finalità della modifica normativa è riservare in via esclusiva l'attività di trasporto non di linea di persone ai servizi taxi e noleggio con conducente (NCC), mentre, prima della modifica, l'elencazione di cui all'art. 1 della legge regionale n. 24 del 1995 poteva essere interpretata come non tassativa.

1.2.– La difesa dello Stato sostiene che il censurato art. 1 della legge reg. Piemonte n. 14 del 2015 contrasterebbe, sul piano sostanziale, con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, «nella parte in cui assoggetta la legislazione anche regionale al rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario e al principio di concorrenza». «Sul piano formale prima ancora» sarebbe altresì violato l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., nella parte in cui riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la «tutela della concorrenza».

1.2.1.– Ad avviso del ricorrente, la disposizione censurata, «pur in linea con quanto già stabilito dalla legge n. 21/1992 [legge 15 gennaio 1992, n. 21] "Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea", eccede dalle competenze regionali».

La legge quadro statale da ultimo richiamata, «risalendo al 1992, appare inadeguata rispetto alle nuove possibilità di mobilità offerte dalle innovazioni tecnologiche e ulteriormente possibili in futuro»: segnatamente, i trasporti con tricicli elettroassistiti, diffusi nei centri storici; il car sharing («servizio che utilizza tecnologie satellitari e smartphone per effettuare la chiamata che rende disponibile il veicolo e per calcolare il corrispettivo dovuto»); il «c.d. servizio Uber» («servizio di trasporto attivo dal 2013 in Italia, a Roma e a Milano, che consente di prenotare un servizio alternativo al taxi, riservando l'automobile con autista tramite un sms o un applet, attivata da uno smartphone e con le stesse modalità di pattuire preventivamente il corrispettivo»).

La censurata normativa piemontese vieterebbe l'offerta di questi servizi innovativi sul territorio regionale, senza che neppure «sia possibile da parte dello Stato, della regione o degli enti locali una qualsiasi forma di disciplina» degli stessi servizi e di eventuali loro requisiti. Così facendo, la legge eccederebbe dalla competenza regionale in materia di «trasporto locale», la quale riguarderebbe le modalità amministrative e tecniche dell'offerta dei servizi di trasporto, per invadere la competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza»:

sarebbe posta una barriera all'ingresso delle descritte offerte innovative nel «mercato dei servizi locali di trasporto non di linea su strada», incidendosi così sullo sviluppo attuale e futuro di tale mercato e, dunque, sulla concorrenza nell'ambito dello stesso. Da ciò deriverebbe la denunciata violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

1.2.2.– Inoltre, «sul piano sostanziale», l'ostacolo, che la normativa in questione porrebbe allo sviluppo del mercato dei trasporti, appare, al ricorrente, «ingiustificato e sproporzionato rispetto ad ogni possibile declinazione degli interessi pubblici sottesi alla disciplina del trasporto in questione»: esso si tradurrebbe in un divieto radicale e, quindi, nella rinuncia a conoscere e regolare le possibilità consentite dall'evoluzione economica e tecnologica, «solo perché si tratta di forme non inquadrabili nelle modalità tipiche del servizio di taxi o di NCC». Pertanto, quand'anche riconducibile alla competenza legislativa regionale, la norma in questione sarebbe, per il suo contenuto, incompatibile con il «principio di concorrenza», il quale, secondo la difesa statale, consente condizionamenti del mercato solo se strettamente necessari e concretamente idonei al perseguimento di uno scopo, «che peraltro la restrittiva innovazione normativa in esame neppure chiarisce in che cosa consista».

2.– Con atto depositato il 19 ottobre 2015, si è costituita in giudizio la Regione Piemonte, in persona del Presidente in carica, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile o, comunque, infondato.

2.1.– La Regione eccepisce anzitutto che il ricorso è generico nel motivare le ragioni di illegittimità costituzionale, specialmente per l'omissione di ogni considerazione sul complessivo quadro normativo di riferimento: la disposizione impugnata sarebbe analoga a quanto già previsto dalla legge n. 21 del 1992, nonché da leggi di altre Regioni, che il Governo ha deciso di non impugnare. A tale ultimo proposito, si fa riferimento alla legge della Regione Liguria 31 marzo 2015, n. 9, recante «Modifiche alla legge regionale 19 dicembre 2014, n. 40 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Liguria (Legge finanziaria 2015)) e alla legge regionale 4 luglio 2007, n. 25 (Testo unico in materia di trasporto di persone mediante servizi pubblici non di linea)».

In particolare, ad avviso della resistente, in virtù della legge n. 21 del 1992, nonché delle pertinenti disposizioni del nuovo codice della strada (decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, segnatamente artt. 82 e 86), l'attività di trasporto di persone mediante autoservizi non di linea può essere svolta solo da soggetti in possesso di determinati requisiti, titolari di licenza taxi o di autorizzazione di NCC, in mancanza delle quali chi svolga tale servizio pone in essere una condotta vietata dalla normativa statale, prima ancora che da quella regionale e comunale. Questa normativa è intesa a tutelare interessi pubblicistici quali non solo la mobilità e la libera circolazione delle persone, ma anche la tutela della loro salute e della sicurezza, in modo da garantire un servizio sicuro, anche in periodo e orari in cui la domanda è meno intensa. Ciò giustifica la previsione di un «regime amministrato» ed è conforme a quanto previsto dall'art. 41 Cost.

2.2.– Inoltre, prosegue la resistente, il settore [...] è espressamente escluso dal campo di applicazione di diversi interventi normativi di liberalizzazione, nazionali ed europei.

(omissis)

2.3.– In questo quadro si inserisce, ad avviso della resistente, la norma censurata, la quale «non introduce alcuna barriera all'ingresso, considerato che essa si limita a riprodurre una disposizione già insita nella disciplina vigente del settore del trasporto pubblico locale non di linea». La legge n. 21 del 1992 era stata già attuata dalla legge reg. Piemonte n. 24 del 1995, la quale detta disposizioni di dettaglio orientate a garantire le esigenze sociali di mobilità e la sicurezza dei passeggeri, attraverso il controllo di requisiti personali dei conducenti e garanzie di efficienza degli autoveicoli. La disposizione impugnata, precisando che

solo gli esercenti del servizio taxi o NCC possono svolgere attività di trasporto pubblico non di linea, si limita a chiarire e ribadire quanto già previsto dalla legge statale, la quale, nell'interesse pubblico alla garanzia della sicurezza e dell'integrità degli utenti, impone che il servizio di trasporto possa essere effettuato solo da soggetti titolari di apposite licenze o autorizzazioni e in possesso di specifici requisiti.

2.4.– La disposizione censurata è parsa opportuna, prosegue la resistente, «in un momento in cui il fenomeno dell'abusivismo era cresciuto in maniera esponenziale». Infatti, le società olandesi Uber International Holding e Raiser Operations avevano ideato e organizzato un sistema (attivo anche in alcune città italiane) simile al radio-taxi, basato su un'applicazione attraverso la quale una persona, interessata a spostarsi da un luogo cittadino a un altro, poteva richiamare, attraverso il proprio dispositivo informatico mobile, un conducente privato con autoveicolo, disposto a effettuare il servizio di trasporto lungo il tragitto richiesto, a prezzi inferiori rispetto alle tariffe praticate dagli operatori professionali (in quanto i conducenti occasionali, ad avviso della resistente, non rispettano la normativa pubblicistica sul trasporto non di linea e, pertanto, non sono onerati dei costi conseguenti). A causa della disponibilità di questa applicazione, si sarebbe avuto un incremento dei soggetti che svolgevano il servizio taxi senza licenza, i quali in precedenza avevano minori possibilità di contatto con l'utenza. Poiché alcuni giudici di pace avevano annullato le sanzioni inflitte a questi soggetti, la Regione Piemonte, con l'art. 1-bis introdotto nella legge regionale n. 24 del 1995, ha inteso ribadire ciò che essa ritiene, in realtà, già previsto dalla legislazione vigente.

La disposizione regionale non vieta che nel servizio taxi possano essere introdotte applicazioni informatiche (in luogo del sistema radio-taxi), né esclude dal mercato ogni innovazione per un migliore soddisfacimento della domanda di trasporto, ma ribadisce – anche a vantaggio degli addetti ai controlli – che i relativi servizi devono essere resi nel rispetto della normativa pubblicistica. Nemmeno il descritto servizio Uber potrebbe paragonarsi a forme di condivisione del trasporto su strada, quali il car sharing: in questi ultimi casi, l'autista esegue il tragitto per interesse proprio e, in genere, condivide con gli altri viaggiatori il costo di carburante e pedaggi, sicché non si tratta di uso del veicolo nell'interessi di terzi e non trova applicazione l'art. 82 cod. strad. Nel caso di Uber, invece, l'autista non ha alcun interesse personale a raggiungere il luogo indicato dall'utente e, senza la richiesta di costui, non effettuerebbe lo spostamento. Pertanto, questo servizio non solo non garantisce la sicurezza dei trasportati, ma nemmeno genera vantaggi per la collettività in termini di riduzione dell'inquinamento o del consumo energetico, stimolando al contrario l'uso dei mezzi privati, in contrasto con l'interesse pubblico alla programmazione e regolazione della mobilità e all'incentivazione dell'utilizzo dei mezzi pubblici.

Considerato in diritto

(*omissis*)

2.– La censura riferita all'art. 117, primo comma, Cost. è inammissibile (*omissis*).

3.– Deve invece essere respinta l'eccezione di inammissibilità relativa alla censura riferita all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. (*omissis*).

4.– In questi termini, la questione è fondata.

4.1.– Il contenuto dell'art. 1 della legge reg. Piemonte n. 14 del 2015, l'intitolazione di quest'ultima («Misure urgenti per il contrasto dell'abusivismo»), i lavori preparatori (Consiglio regionale del Piemonte, Il Commissione in sede legislativa, sintesi della seduta n. 41 del 18 giugno 2015) e le stesse argomentazioni difensive della Regione Piemonte concorrono univocamente a dimostrare che la disposizione in questione è stata approvata in considerazione della recente emersione di talune forme di trasporto di persone a chiamata, rese possibili dal-

la diffusione di nuovi strumenti tecnologici, a proposito delle quali sono stati sollevati, da varie prospettive, problemi di compatibilità con la vigente legislazione statale in tema di autoservizi pubblici non di linea. La difesa regionale si è concentrata sui servizi di trasporto a chiamata mediante applicazioni informatiche e, a tale riguardo, ha fatto precipuo riferimento alle pronunce di alcuni giudici di pace, relative a sanzioni amministrative applicate a chi offriva tali servizi; nonché, nel corso dell'udienza, all'ordinanza 2 luglio 2015 del Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa "A", che ha ritenuto sleale la concorrenza praticata da alcuni gestori di piattaforme informatiche nei confronti dei tradizionali operatori del settore dei trasporti non di linea di persone.

4.2.– In particolare, la disposizione impugnata prende posizione in merito a un aspetto cruciale della problematica in esame, dato che definisce il novero dei soggetti abilitati a operare nel settore dei trasporti di persone con le nuove modalità consentite dai supporti informatici, riservandolo in via esclusiva alle categorie abilitate a prestare i servizi di taxi e di noleggio con conducente.

La portata normativa della disposizione impugnata si desume inequivocabilmente, sia dalla rubrica dell'articolo: «[e]sclusività del servizio di trasporto»; sia dalla piana lettura del testo: «[i]l servizio di trasporto di persone, che prevede la chiamata, con qualunque modalità effettuata, di un autoveicolo con l'attribuzione di corresponsione economica, può essere esercitato esclusivamente dai soggetti che svolgono il servizio di cui all'art. 1, comma 3, lettere a) e b)», della legge reg. Piemonte n. 24 del 1995, vale a dire il servizio di taxi e di autonoleggio con conducente.

4.3.– Definire quali soggetti siano abilitati a offrire talune tipologie di servizi è decisivo ai fini della configurazione di un determinato settore di attività economica: si tratta di una scelta che impone un limite alla libertà di iniziativa economica individuale e incide sulla competizione tra operatori economici nel relativo mercato. Sicché, tale profilo rientra a pieno titolo nell'ampia nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost., la quale (ex plurimis, sentenza n. 125 del 2014) include sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese pregiudizievoli per l'assetto concorrenziale dei mercati; sia le misure di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, riducendo i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche, in particolare le barriere all'entrata, e al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese.

Del resto, proprio in merito al trasporto di viaggiatori mediante noleggio (di autobus) con conducente, questa Corte ancora di recente ha chiarito che rientra nella competenza legislativa esclusiva statale per la tutela della concorrenza definire i punti di equilibrio fra il libero esercizio di attività siffatte e gli interessi pubblici con esso interferenti (sentenza n. 30 del 2016).

Ciò è di per sé sufficiente ad attestare la fondatezza della censura dedotta nei confronti dell'art. 1 della legge reg. Piemonte n. 14 del 2015.

5.– È noto che, rispetto all'assetto delineato dalla legislazione statale in vigore, che risale nei suoi tratti essenziali al 1992, l'evoluzione tecnologica, e i cambiamenti economici e sociali conseguenti, suscitano questioni variamente discusse non solo nelle sedi giudiziarie, ma anche presso le autorità indipendenti e le istituzioni politiche, per la pluralità degli interessi coinvolti e i profili di novità dei loro intrecci. Del resto, con riguardo ad alcune modalità di trasporto a chiamata mediante applicazioni informatiche, interrogativi analoghi a quelli oggi posti a questa Corte sono attualmente in discussione anche in seno all'Unione europea, in molti degli Stati che ne fanno parte, nonché in numerosi altri ordinamenti in tutto il mondo. Nel contesto di un dibattito così animato, relativo a fenomeni la cui diffusione è grandemente agevolata dalle nuove tecnologie, è comprensibile che, soprattutto dalle aree metropolitane più direttamente inte-

ressate, si levi la domanda di un inquadramento giuridico univoco e aggiornato. È dunque auspicabile che il legislatore competente si faccia carico tempestivamente di queste nuove esigenze di regolamentazione.

Nondimeno, tenuto conto dell'oggetto dell'odierno giudizio e dei suoi limiti, direttamente per questa Corte non può che essere il puro e semplice rilievo che la disposizione regionale censurata tocca un profilo attinente alla concorrenza, come tale rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, che del resto riflette la dimensione (quanto meno) nazionale degli interessi coinvolti.

6.– Deve dunque essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione regionale impugnata, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Piemonte 6 luglio 2015, n. 14, recante «Misure urgenti per il contrasto dell'abusivismo. Modifiche alla legge regionale 23 febbraio 1995, n. 24 (Legge generale sui servizi di trasporto pubblico non di linea su strada)»;

2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge reg. Piemonte n. 14 del 2015, promossa, in riferimento all'art. 117, comma primo, della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri, con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'8 novembre 2016.

F.to:

Paolo GROSSI, Presidente

Marta CARTABIA, Redattore

Roberto MILANA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 15 dicembre 2016.

SOMMARIO: 1. Servizio *taxi* e servizio di noleggio con conducente fra obblighi di servizio pubblico e logiche di mercato. – 2. Il trasporto urbano non di linea e le nuove sfide della *sharing economy*. – 3. La vicenda: la sentenza della Corte Costituzionale n. 265/2016. – 4. L'avvento di *Uber* in Italia e le problematiche giuridiche sottese ai servizi *Uberblack* e *Uberpop*. – 5. Verso il "trasporto privato non di linea". – 6. Riflessioni conclusive.

1. Servizio *taxi* e servizio di noleggio con conducente fra obblighi di servizio pubblico e logiche di mercato

Il trasporto locale non di linea di persone costituisce un mercato fortemente regolato.

All'interno di esso si rilevano, tradizionalmente, il servizio *taxi* e il servizio di noleggio con conducente (NCC), ambedue previsti e disciplinati dalla legge 15 gennaio 1992, n. 21¹.

¹La legge 15 gennaio 1992, n. 21 ("Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea"), disciplina gli "autoservizi pubblici non di linea", intendendosi con tale espressione quei servizi "che provvedono al trasporto collettivo od individuale di persone, con funzione complementare e integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea ferroviari, automobilistici, marittimi, lacuali ed aerei, e che vengono effettuati, a richiesta dei trasportati

Secondo l'impostazione dell'art. 41 Cost., la regolazione del mercato, e dunque l'interesse ad organizzare il servizio in modo autoritativo, trova il suo fondamento nell'esigenza di coordinare e indirizzare a fini sociali l'attività economica². E nel caso in esame, in particolare, i programmi e i controlli che caratterizzano il mercato di riferimento intendono assicurare la (più ampia) libertà di circolazione (art. 16 Cost.) e tutti quei diritti rispetto ai quali la mobilità funge da presupposto, oltre che la sicurezza stradale e l'incolumità dei passeggeri.

Preliminare a qualsiasi riflessione sul tema è l'analisi delle regole fondamentali dei servizi *taxi* e NCC delineate dalla legge quadro testé citata.

Il servizio *taxi* si rivolge ad un'utenza indifferenziata, cioè a chiunque ne faccia richiesta e senza obbligo di preventiva prenotazione; costituisce un c.d. servizio di piazza, con stazionamento dei veicoli in luogo pubblico (presso le apposite piazzole di sosta) e con possibilità di fermata anche sulla pubblica via; le modalità del servizio e le tariffe sono predeterminate amministrativamente dal Comune che rilascia la licenza d'esercizio al conducente; l'inizio del servizio, coincidente con il prelevamento dell'utente, avviene nell'area comunale di riferimento. All'interno di quest'ultima, inoltre, la prestazione del servizio, a favore dell'utente che la richiede, è obbligatoria³.

Il servizio NCC, invece, si rivolge all'utenza specifica che avanza, presso la rimessa, e cioè presso la sede organizzativa del vettore, apposta richiesta di prenotazione per una determinata prestazione di trasporto. Il servizio non è reperibile sulla pubblica via e ciò si deduce dal fatto che: lo stazionamento dei veicoli deve avvenire obbligatoriamente all'interno della rimessa, con conseguente divieto di sosta su piazza; la rimessa, situata nel territorio del Comune che rilascia l'autorizzazione, non costituisce soltanto il luogo in cui il servizio ha inizio, ma anche quello in cui lo stesso termina, posto che il conducente, una volta raggiunta la destinazione indicata dall'utente, ha l'obbligo di ritorno presso la medesima. Il corrispettivo del trasporto è espressione di autonomia negoziale, in quanto pattuito fra le parti. La prestazione del servizio, infine, non è obbligatoria⁴.

Parallelamente alle poche ed essenziali disposizioni previste dalla legge quadro, trovano compiuta applicazione, nella fase di organizzazione dei summenzionati servizi, le previsioni degli enti territoriali: delle Regioni, (talora) de-

o del trasporto, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta" (art. 1, comma 1). All'interno di tale categoria, come già detto, rientrano il servizio *taxi* e il servizio di noleggio con conducente (art. 1, comma 2). Relativamente alla disciplina degli autoservizi pubblici non di linea, cfr., fra gli altri, E. MAGGIORA, *Gli esercizi pubblici*, Milano, 2007, pp. 420-448; S. ZUNARELLI, *Prime considerazioni sulla legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi non di linea*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, 1993, n. 60, pp. 65-80; con specifico riferimento al servizio *taxi*, cfr. C. IAONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale – bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008, pp. 147-187; G. CARDOSI, *Il servizio taxi*, in E.M. TRIPODI (a cura di), *Le attività economiche liberalizzate dai decreti Bersani*, Rimini, 2007, pp. 199-226; V. VISCO COMANDINI-S. GORI-F. VIOLATI, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, n. 3, pp. 515-547; L. MARTINI, *L'autotrasporto pubblico non di linea: il servizio di taxi*, in A. BRANCASI (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, pp. 251-286.

² Sulla contrapposizione fra libertà e autorità nell'art. 41 Cost., cfr. M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 121-162.

³ Cfr. art. 2, commi 1 e 2; art. 11, commi 1 e 2, legge n. 21/1992.

⁴ Cfr. art. 3, commi 1, 2 e 3; art. 11, commi 3 e 4; art. 13, comma 3, legge n. 21/1992.

gli enti intermedi, infine dei Comuni, veri e propri fulcri, questi ultimi, dell'assetto strutturale della mobilità locale non di linea⁵.

Sulla base di questa breve premessa di natura squisitamente normativa, è possibile ragionare, ora, sulla connotazione più o meno pubblicistica dei servizi in esame.

Il servizio *taxi*, in particolare, viene definito dalla legge quadro come “servizio pubblico”, in quanto gravato, per il legislatore, da una serie di obblighi diseconomici che il professionista non assumerebbe se potesse agire sulla base del solo criterio della convenienza economica. In particolare:

– obblighi tariffari, in quanto le tariffe, come già visto, non sono espressione di autonomia negoziale, bensì sono amministrate, predeterminate dai Comuni per garantirne la stabilità (rispetto alle variazioni della domanda) e consentirne l'accessibilità all'utenza⁶.

– obblighi di prestazione, poiché il tassista, come emerge dal complesso normativo sopra riportato, non può rifiutare la prestazione all'interno del territorio di competenza e durante il proprio turno di servizio, anche a fronte di corse poco redditizie (ad esempio, le corse molto brevi o quelle indirizzate verso zone lontane dal centro della città, caratterizzate, queste ultime, da perdite dovute al rientro in centro senza clienti a bordo della vettura).

– obblighi di continuità (spazio-temporale) del servizio⁷. Il sistema di turni predisposto dalle amministrazioni comunali, infatti, assicura l'erogazione di un servizio minimo per l'intero arco delle 24 ore e in tutte le zone del territorio comunale di competenza. Pertanto, il servizio viene garantito non solo in orari in cui la domanda è alta (negli orari di punta) e nelle zone redditizie (come i centri delle città), ma anche in fasce orarie (tipicamente gli orari notturni) e zone (come le periferie) scarsamente remunerative.

Diversamente, il servizio NCC, pur essendo definito “servizio pubblico” dalla legge quadro, presenta profili che lo avvicinano al trasporto privato. Tale

⁵ Cfr. artt. 4 e 5, legge n. 21/1992. In particolare, la legge quadro stabilisce che i Comuni, nel rispetto delle previsioni statali e dei criteri stabiliti dalle Regioni con legge regionale, determinino: il numero dei veicoli da adibire ad ogni singolo servizio (sicché il grado di contingentamento è affidato a scelte discrezionali dei singoli enti locali); le modalità per lo svolgimento del servizio (e cioè i turni quotidiani, gli orari di lavoro, le regole di condotta dei conducenti e le condizioni di sicurezza da garantire agli utenti); i criteri per la determinazione delle tariffe per il servizio *taxi* (fissate in concreto, di norma, con delibere adottate dalle giunte comunali); i requisiti e le condizioni per il rilascio della licenza per l'esercizio del servizio *taxi* e dell'autorizzazione per l'esercizio del servizio NCC.

⁶ La regolazione amministrativa del prezzo impedisce al tassista di determinare l'importo della prestazione di trasporto. Il mercato di riferimento è, infatti, caratterizzato da asimmetrie informative. Se il prezzo non fosse amministrato, vi sarebbero rischi di discriminazione a danno degli utenti, parti deboli del contratto. Da tale regime discende, altresì, l'impossibilità per il tassista di calcolare i corrispettivi in base al livello della domanda, in una pura logica di mercato (ciò che avviene, invece, come si vedrà, per i servizi di *Uber*, con calcolo del prezzo basato sul metodo del c.d. *surge pricing*). Cfr. A. SOMMA, *Il caso Uber. Mercati amministrati e disciplina del trasporto pubblico non di linea*, in E. MOSTACCI-A. SOMMA (a cura di), *Il caso Uber – La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016, pp. 2-3.

⁷ Tale obbligo di servizio pubblico è l'unico a non trovare un riferimento normativo espresso all'interno della legge quadro. Tuttavia, parte della dottrina rinviene il suo fondamento giuridico negli artt. 1, comma 2, e 2, comma 1, regolamento 2007/1370/CE, dai quali emerge una nozione ampia di “trasporto pubblico di passeggeri su strada”, in cui sarebbe incluso a pieno titolo il servizio *taxi*, oltre che alcuni principi riferibili alla categoria medesima, fra cui quello di continuità del servizio. Cfr. C. IAONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale – bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 159; M.A. CARNEVALI VENCHI, *Trasporti pubblici in concessione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 1109 (seppur con riferimento ai precedenti regolamenti comunitari, che contenevano, a loro volta, analoga definizione e connessi principi).

servizio, infatti, non è gravato da obblighi di servizio pubblico. Si caratterizza per un corrispettivo liberamente determinato dalle parti. Non è connotato da alcun obbligo di prestazione e di continuità del servizio.

La natura pubblicistica potrebbe, invero, cogliersi dalla sussistenza di altri obblighi diseconomici che gravano sui conducenti del relativo servizio, in particolare quello di stazionare nella rimessa, ovvero sia la sede organizzativa del vettore, con divieto di procacciarsi clientela in luogo pubblico, nonché quello di tornare presso la rimessa dopo ogni prestazione di trasporto. Obblighi, questi, giustificati dalla volontà di evitare una sovrapposizione con il servizio *taxi*, diversamente concepito quale servizio di piazza, e così non pregiudicare la sostenibilità economica dell'attività svolta dai tassisti⁸.

L'assunzione dei predetti obblighi, tuttavia, non viene compensata dagli enti locali in maniera diretta, con sovvenzioni, come avviene tradizionalmente nei servizi pubblici, bensì tramite il contingentamento dell'offerta su base territoriale, con la previsione di un numero massimo di soggetti e di veicoli ammessi a prestare il servizio nell'ambito di uno specifico contesto locale. Evitare la proliferazione indiscriminata dell'offerta assicura, infatti, ai conducenti di entrambi i servizi, la sostenibilità economica del servizio erogato⁹. Il contingentamento,

⁸ Sulla differenziazione fra i due servizi quale misura per "mantenere in equilibrio il sistema", cfr. A. SOMMA, *Il caso Uber. Mercati amministrati e disciplina del trasporto pubblico non di linea*, cit., p. 4. Tuttavia, occorre rilevare che l'obbligo di ritorno in rimessa, introdotto (non già nel 1992, ma) con alcune modifiche alla legge quadro apportate nel 2008 (cfr. art. 29, comma 1-*quater*, d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv. in legge 27 febbraio 2009, n. 14), non ha mai trovato certa applicazione. L'efficacia di tale disposizione (e del conseguente vincolo di ritorno in rimessa), infatti, è stata fin dall'origine sospesa (cfr. art. 7-*bis*, comma 1, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. in legge 9 aprile 2009, n. 33). Ciò, nell'ottica che il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti adottasse un decreto di attuazione volto ad impedire pratiche di esercizio abusivo del servizio (art. 2, comma 3, d.l. 25 marzo 2010, n. 40, conv. in legge 22 maggio 2010, n. 73), intervento che, però, dal 2009, è stato continuamente prorogato. Se anche la disposizione che prevedeva l'introduzione di tale obbligo diseconomico fosse entrata formalmente in vigore, dopo una serie di differimenti, in data 1 aprile 2010, la mancata adozione del decreto di attuazione ha comportato, nei fatti, una scarsa ed incerta applicazione della medesima disposizione da parte dei conducenti stessi. Molti di essi, infatti, ritenevano che la disposizione che sanciva l'obbligo di ritorno in rimessa fosse da ritenersi non operativa in mancanza del decreto attuativo. La stessa giurisprudenza, rivelandosi piuttosto divisa circa l'applicazione del summenzionato vincolo, ha contribuito ad accrescere il clima di incertezza (cfr., a favore dell'operatività, Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 261, nonché TAR Lazio, Roma, sez. II, 4 settembre 2012, n. 7516; nel senso contrario, TAR Campania, Napoli, sez. III, 9 aprile 2013, n. 1898, nonché TAR Campania, Napoli, 8 aprile 2013, n. 1857). Recentemente, con l'approvazione in via definitiva della legge di conversione del c.d. decreto milleproroghe (art. 9, comma 3, d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, conv. in legge 27 febbraio 2017, n. 19), si è realizzata la ben undicesima proroga del termine per l'adozione del suddetto decreto, fissato ora al 31 dicembre 2017.

⁹ Sul contingentamento quale strumento per controbilanciare (e contestualmente assicurare) l'assunzione degli obblighi di servizio pubblico, A. SOMMA, *Il caso Uber. Mercati amministrati e disciplina del trasporto pubblico non di linea*, cit., p. 4; cfr. C. IAONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale – bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 149. Secondo quest'ultimo Autore, addirittura, con riferimento al servizio *taxi*, "in alcuni casi si impongono sul settore condizioni di svolgimento del servizio del tutto antieconomiche. È questo il caso dell'aumento arbitrario del numero di licenze slegato da qualsiasi relazione (automatica o oggettiva) con il volume della domanda. [...] Molto spesso questi oneri senza ristoro e queste condizioni di impraticabilità del servizio rendono arduo il compito di adempiere alla missione di servizio pubblico assegnata al trasporto pubblico non di linea e prima ancora mettono in serio pericolo la stessa stabilità finanziaria degli operatori" (p. 161). Diametralmente opposta è la preoccupazione di coloro che hanno evidenziato che l'offerta di trasporto non è adeguata, spesso, rispetto alla domanda, circostanza che conferisce agli stessi tassisti attivi sul mercato un potere corporativo molto forte, che è stato in grado di ostacolare, fino ad oggi, i diversi tentativi di liberalizzazione in un'ottica protezionistica (dei redditi) della categoria. Da qui la conseguenza che si tratti di un servizio "fornito in modo nominalmente concorrenziale, ma sostanzialmente monopolistico, ove

peraltro, va ad aggiungersi ad un sistema d'ingresso al mercato già piuttosto rigoroso, basato sulla titolarità di licenze e autorizzazioni, rispettivamente per il servizio *taxi* e per quello NCC, che vengono rilasciate dai Comuni solo in presenza di stretti requisiti professionali, a garanzia della sicurezza della circolazione stradale e dell'incolumità dei passeggeri¹⁰.

Il quadro regolatorio delineato, pur valorizzando il dato testuale della legge quadro e pur conforme ad esigenze di chiarezza e linearità espositiva, sconta i problemi di un'eccessiva semplificazione. Parte della dottrina, infatti, in contrapposizione alle indicazioni offerte dal legislatore, ritiene che tali servizi siano, invero, ascrivibili a forme di trasporto locale non di linea regolate dal diritto privato. Ciò vale per il servizio *taxi* e, tanto più, per quello NCC. L'argomentazione principale che mira a negare la natura pubblica ai predetti servizi fa leva, per il servizio *taxi*, sulla mancanza di veri e propri obblighi diseconomici, per il servizio NCC, sulla minima regolazione pubblica dell'attività economica¹¹. La questione è tuttavia complessa e richiederebbe una trattazione più

coesistono regolamentazione, rendita ed inefficienza". Così, V. VISCO COMANDINI, S. GORI, F. VIOLATI, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, cit., p. 515. Cfr. nota n. 32, per le considerazioni compiute in tal senso dall'AGCM.

¹⁰ Cfr. artt. 6, 8 e 9, legge n. 21/1992. Tali disposizioni disciplinano i requisiti necessari per l'esercizio del servizio *taxi* e del servizio NCC. In particolare, colui che vuole svolgere professionalmente tali attività deve: superare un esame che accerti i requisiti di idoneità all'esercizio del servizio, con particolare riferimento alla conoscenza geografica e toponomastica del territorio di riferimento, e ottenere così il certificato di abilitazione professionale; iscriversi nel ruolo dei conducenti di veicoli adibiti ad autoservizi pubblici non di linea presso le camere di commercio, industria, artigianato, agricoltura; partecipare – con esito positivo – alla procedura competitiva conseguente all'adozione del bando di pubblico concorso da parte del Comune e così ottenere il rilascio della licenza *taxi* o dell'autorizzazione NCC (a ben vedere, in alternativa al pubblico concorso, la legge prevede anche la possibilità di vendita delle licenze e delle autorizzazioni, da cui origina, nel primo caso, il tanto discusso "mercato delle licenze"). Del resto "la guida su strada è un'attività pericolosa ma giuridicamente autorizzata per ragioni di utilità sociale, inerenti alla rapidità ed efficienza degli spostamenti di persone e cose accessorie. Tale autorizzazione assume contorni particolari allorché l'attività non è svolta nel proprio esclusivo interesse, ma viene offerta – dietro corrispettivo – ai terzi. In tali casi, infatti, l'ordinamento prescrive una serie di cautele supplementari, perché lo svolgimento professionale della guida – con il correlato aggravio in termini di usura psico-fisica del conducente – espone a rischio l'incolumità delle persone trasportate e la sicurezza della circolazione stradale" (cfr. Cons. St., sez. I, parere 23 dicembre 2015, n. 3586).

¹¹ Infatti, al di là della qualificazione legislativa, dubbi particolarmente diffusi sussistono sulla pubblicità del servizio. Relativamente al servizio *taxi*, cfr. M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata – Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011, pp. 192-193, secondo cui la nozione di servizio pubblico è utilizzata qui impropriamente dal legislatore. Secondo l'Autrice, infatti, il servizio *taxi*, seppur riconducibile ad un servizio di interesse economico generale (in base alla nozione che ne dà il diritto europeo), non è configurabile quale servizio pubblico, "mancando la scelta politica di intervenire a fornire prestazioni diversamente non economicamente convenienti per i soggetti privati". Si tratterebbe, invece, di un servizio privato, contingentato, peraltro, illegittimamente sotto il profilo costituzionale, "stante l'assenza di controlli e programmi che si rivelino opportuni rispetto ai fini", in base al *dictum* dell'art. 41, comma 3, della Costituzione; a sostegno della tesi che nega che si tratti di un servizio pubblico, in particolare non sussistendo alcun obbligo di continuità del servizio, cfr. N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, p. 2266, nota 3; L. MARTINI, *L'autotrasporto pubblico non di linea: il servizio di taxi*, cit., pp. 251-286, la quale sviluppa la propria trattazione proprio con la precipua finalità di valutare, tramite l'analisi degli elementi normativi da cui è possibile dedurre gli obblighi diseconomici, se sussista la natura di servizio pubblico o meno, concludendo in senso negativo. In contrapposizione, per la natura di servizio pubblico, cfr. Cons. St., sez. I, parere 23 dicembre 2015, n. 3586; in dottrina, cfr. A. SOMMA, *Il caso Uber. Mercati amministrati e disciplina del trasporto pubblico non di linea*, cit., p. 2; C. IAONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale – bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., pp. 155; M.A. CARNEVALI VENCHI, *Trasporti pubblici in concessione*, cit., p. 1109. Ancora più discussa è la natura pubblica del servizio NCC. Parte di

approfondita. Pertanto, si tenga in considerazione che un buon margine di incertezza sussiste intorno al grado di pubblicità dei servizi richiamati e che, nel presente elaborato, ragioni (solo) sistematiche inducono a ricondurre gli stessi alla categoria del trasporto locale non di linea regolato dal diritto pubblico.

2. Il trasporto urbano non di linea e le nuove sfide della *sharing economy*

Il mercato testé descritto acquisisce oggi nuova luce ed interesse, presentandosi come denso di profili problematici, a causa delle nuove sfide sorte con la *sharing economy*¹².

Con l'avvento dell'economia della condivisione, in particolare, si afferma "un sistema economico nel quale beni e servizi sono condivisi fra privati, gratuitamente o in cambio di una somma di denaro, tipicamente attraverso internet"¹³. Diverse sono le novità che l'economia della *share* reca con sé. Innanzitutto, si passa dal tradizionale acquisto e consumo proprietario alla condivisione e all'accesso temporaneo a beni e servizi. Inoltre, il modello dello scambio fra imprenditore e privato lascia spazio all'intermediazione di un'impresa fra domanda e offerta di beni e servizi fra privati. Ultimo tassello è, infine, l'innovazione tecnologica, la presenza di piattaforme *online* che consentono, prima, l'intermediazione, poi, la condivisione¹⁴.

Numerosi e sempre in aumento sono i settori economici trasformati dalla *sharing economy*. Fra di essi, com'è noto, anche la mobilità urbana non di linea, con privati disponibili a condividere la propria automobile e/o la propria attività di guida a favore di altri privati¹⁵. L'attività di intermediazione, presupp-

coloro che, peraltro, argomentano nel senso di configurare il servizio *taxi* come servizio di trasporto locale regolato dal diritto pubblico, non giungono a medesimo esito per il servizio NCC. Cfr. Cons. St., sez. I, parere 23 dicembre 2015, n. 3586, per il quale "la legge quadro [...] parrebbe aver avuto l'intenzione di ricondurre ad unità due fenomeni diversi tra loro – e cioè il servizio *taxi* e quello NCC – allo scopo di regolamentare il trasporto di persone, con autista, svolto mediante l'utilizzo di mezzi di lusso, quale alternativa al servizio *taxi*, qualificando, entrambe le tipologie di trasporto, come pubblico"; eppure – prosegue il Consiglio di Stato – il servizio NCC è caratterizzato da una serie di elementi, fra cui la non obbligatorietà della prestazione e la determinazione in via pattizia del prezzo, "che potrebbero indurre in astratto a ritenere più corretto l'inquadramento nell'ambito del trasporto privato non di linea". In dottrina, cfr. C. IAONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale – bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., p. 148, secondo cui la rilevanza pubblicistica, spiccata per il servizio *taxi*, appare invece minima per il servizio NCC, dove "non varca la soglia della mera previsione di un regime di accesso al servizio".

¹² Sulla *sharing economy*, in generale, R. BOTSMAN-R. ROGERS, *What's mine is yours. How collaborative consumption is changing the way we live*, London, 2010; M. MAINIERI, *Collaboriamo. Come i social media ci aiutano a lavorare bene e a vivere bene in tempo di crisi*, Milano, 2013. Per una lettura giuridica, cfr. G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, n. 2, pp. 245-277.

¹³ Si tratta della definizione offerta dall'*Oxford Dictionary* nel 2015, in www.oxforddictionaries.com.

¹⁴ Per un'analisi puntuale di ciascun elemento definitorio, cfr. G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, cit., pp. 245-277. L'Autore analizza, infatti, il modello di consumo basato sull'accesso temporaneo a beni e servizi, le caratteristiche dei beni e dei servizi condivisibili, le diverse forme di condivisione (con il distinguo fra quelle orientate al mercato e quelle orientate alla comunità), la struttura dei mercati della *sharing economy* come *two-sided markets*, il ruolo dell'intermediatore e il rapporto tra pari (*peer to peer*).

¹⁵ Numerose sono le possibilità che derivano dall'applicazione della logica della condivisione alla mobilità urbana. Un privato può oggi noleggiare ad altro privato la propria automobile, a ore

posto per la successiva condivisione, viene esercitata, di norma, da operatori economici di recente costituzione – fra cui il gruppo *Uber* – che, con le loro applicazioni *software mobile (apps)*, scaricabili su *smartphone*, mettono in contatto diretto i privati che esprimono il bisogno di mobilità con altri privati disposti a soddisfare tale esigenza.

Il diretto rapporto fra privati ha però creato tensioni in un mercato pressoché dovunque, e anche in Italia, fortemente regolato e controllato da professionisti. Le regole che caratterizzano il mercato del trasporto locale non di linea, peraltro, sono state messe in crisi non solo dall'erogazione non professionale dei servizi, ma anche dall'utilizzo delle piattaforme *online* di intermediazione ad opera (di una parte più avanguardista) dei professionisti medesimi, desiderosi di svincolarsi da alcuni vincoli ritenuti, alla luce del progresso tecnologico, oramai obsoleti.

Forti sono stati gli scontri sociali che hanno accompagnato l'ascesa di queste piattaforme sul mercato, con accese e prolungate proteste (di una parte più conservatrice) dei vettori tradizionali. Quando poi le istanze sociali si sono proiettate sul terreno giuridico, le amministrazioni locali e le Corti nazionali si sono fatte prime interpreti del dibattito, in uno sfondo di profonda incertezza giuridica, dovuta alla mancanza di un'ideale regolazione, e con interventi non univoci circa l'opportunità di sostenere o frenare l'avanzamento economico dei nuovi operatori.

In questo contesto, che verrà approfondito e analizzato nelle pagine che seguono, talune Regioni, ed è questo il caso che ci riguarda direttamente, hanno emanato leggi regionali introducendo un vincolo di esclusività nell'offerta dei servizi di mobilità urbana non di linea. Le stesse, cioè, hanno stabilito che le prestazioni di trasporto potessero essere erogate, in via esclusiva, dai vettori tradizionali, e cioè dai tassisti e dai conducenti del servizio di noleggio con conducente (NCC), con un limite di accesso al mercato per gli operatori riconducibili ai nuovi servizi tecnologici di mobilità. È questo il quadro giuridico e sociale in cui la Corte Costituzionale si pronuncia.

e a fronte del pagamento di un prezzo di mercato o di una tariffa a copertura dei costi (*carsharing*); ancora, un privato ha la possibilità di condividere con altri privati la propria automobile, per raggiungere una destinazione da lui individuata, in cambio della divisione delle spese e senza scopo di lucro (*car pooling*, rispetto a cui svolgono servizi di intermediazione noti operatori economici come *Blablacar*); infine, un privato può condividere contestualmente la propria auto e la propria attività di guida, e dunque offrire un passaggio, su richiesta di altri privati, anche al fine di produrre un guadagno (*ridesharing*). Quest'ultima modalità di condivisione, che apparentemente si avvicina al *carpooling*, in realtà se ne distacca: il *ridesharing* è un servizio su richiesta, a differenza del *carpooling* in cui il conducente decide di percorrere una tratta indipendentemente dal fatto che trovi o no persone con cui viaggiare. Non rientrano invece nella *sharing economy* le forme di *car sharing* gestite da soggetti professionali, con noleggio dell'automobile da parte di un'impresa ad un privato (si pensi a *Car2go* o ad *Enjoy*). In tal caso, infatti, pur essendovi l'accesso temporaneo al bene, non vi è intermediazione e rapporto tra pari. Cfr. G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, cit., pp. 249-250. Relativamente ai servizi resi da *Uber*, il servizio *Uberblack* non rientra nell'alveo della *sharing economy*, non essendo connotato da un rapporto *peer to peer*, mentre dubbi sussistono relativamente al servizio *Uberpop*. Secondo taluni, infatti, vi sarebbe *sharing economy* solo nelle forme di condivisione orientate alla comunità, ovverossia quelle caratterizzate dalla pura logica della *share* e non del profitto (in questi casi l'erogatore materiale del servizio percepisce, al più, un rimborso per le "spese vive" sostenute). Contrari alla riconduzione di *Uberpop* nell'alveo della *sharing economy*, cfr., fra gli altri, A. SOMMA, *Il caso Uber. Mercati amministrati e disciplina del trasporto pubblico non di linea*, cit., p. 6; V.C. ROMANO, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uberpop*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, n. 1, pp. 136-137. Sul rapporto fra *Uber* e la *sharing economy*, cfr. anche A. DI AMATO, *Uber and sharing economy*, in *The Italian Law Journal*, 2016, n. 1, pp. 177-190.

3. La vicenda: la sentenza della Corte Costituzionale n. 265/2016

Con ricorso in via principale il Presidente del Consiglio dei Ministri solleva direttamente innanzi alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Piemonte 6 luglio 2015, n. 14.

Al di là del complesso quadro normativo sotteso alla fattispecie¹⁶, la Regione Piemonte introduce, con la disposizione citata, un principio di esclusività nell'erogazione dei servizi di mobilità locale non di linea di persone, riservando tali prestazioni, ora, in via esclusiva, ai titolari di licenza *taxi* o di autorizzazione NCC, in contrapposizione al precedente regime in cui anche soggetti diversi potevano erogare il servizio.

Tale limite alla libertà d'impresa è – per il ricorrente – contrario ai dettami della Costituzione. Secondo lo Stato, infatti, la disposizione censurata contrasta: sul piano formale, con l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., nella parte in cui riserva alla competenza legislativa esclusiva statale la “*tutela della concorrenza*”; sul piano sostanziale, con l'art. 117, comma 1, Cost., in forza del quale anche la legislazione regionale deve rispettare i principi dell'ordinamento comunitario, fra cui il principio di concorrenza.

Quanto alla prima censura, lo Stato ricorda di avere competenza legislativa esclusiva in materia di “*tutela della concorrenza*”, pur avendo le Regioni competenza legislativa esclusiva residuale in materia di “*trasporto locale*”. In base a tale ripartizione, le Regioni possono determinare le modalità (amministrative e tecniche) con cui il servizio di trasporto debba essere erogato, senza che ciò comporti, però – com'è invece evidentemente avvenuto, per lo Stato, nel caso

¹⁶ L'art. 1 della legge della Regione Piemonte n. 14/2015 (legge dal titolo “*Misure urgenti per il contrasto dell'abusivismo. Modifiche alla legge regionale 23 febbraio 1995, n. 24*”), oggetto di censura da parte dello Stato, inserisce l'art. 1-bis nell'impianto dell'antecedente legge della Regione Piemonte 23 febbraio 1995, n. 24 (“*Legge generale sui servizi di trasporto pubblico non di linea su strada*”). Il precedente art. 1 della legge reg. n. 24/1995, dalla cui analisi occorre partire, costituisce una norma contestualmente definitoria ed esemplificativa. Definitoria, laddove definisce i servizi di trasporto pubblico locale non di linea come quei “*servizi che provvedono al trasporto collettivo od individuale di persone, con funzione complementare ed integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea e che vengono effettuati, a richiesta dei trasportati o del trasportato in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta*” (comma 2); esemplificativa, nella misura in cui offre un elenco (si badi bene, non tassativo) di servizi rientranti nel trasporto pubblico locale non di linea, in particolare affermando che “*costituiscono servizi pubblici non di linea su strada: a) il servizio di taxi con autovettura, motocarozzetta e veicoli a trazione animale; b) il servizio di noleggio con conducente e autovettura, motocarozzetta e veicoli a trazione animale*” (comma 3). Tale elencazione, in quanto esemplificativa e non tassativa, consentirebbe il libero dispiegarsi dell'iniziativa economica privata, permettendo anche a soggetti non muniti di licenza *taxi* o autorizzazione NCC di svolgere il servizio. Tuttavia, dopo le modifiche normative apportate dalla legge reg. n. 14/2015, e in particolare con la previsione del nuovo art. 1-bis, viene introdotto un significativo limite alla libertà d'impresa. Infatti, la nuova disposizione, rubricata “*esclusività del servizio di trasporto*”, stabilisce che: “*il servizio di trasporto di persone, che prevede la chiamata, con qualunque modalità effettuata, di un autoveicolo con l'attribuzione di corresponsione economica, può essere esercitato esclusivamente dai soggetti che svolgono il servizio di cui all'articolo 1, comma 3, lettere a) e b) – e cioè i titolari di licenza taxi e autorizzazione NCC*” (comma 1); “*il mancato rispetto delle disposizioni di cui al comma 1 – e cioè la violazione del vincolo di esclusività appena introdotto – comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 6, comma 2 bis*” (comma 2), ovvero sia – con una serie di rinvii – le sanzioni previste dagli artt. 85, comma 4 e 86, comma 2, del codice della strada, riguardanti, rispettivamente, l'esercizio illegittimo del servizio NCC e lo svolgimento del servizio *taxi* senza licenza. Per un approfondimento sul richiamato regime sanzionatorio, cfr. G. DI MARCO, *Le sanzioni amministrative nel trasporto privato*, in A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI-C. POZZI (a cura di), *Le sanzioni in materia di trasporto marittimo, aereo, terrestre e codice della strada*, Torino, 2012, pp. 1029-1034.

di specie – un’invasione della sfera di competenza legislativa statale relativa alla tutela dell’assetto concorrenziale del mercato. La Regione Piemonte, infatti, nello specificare le modalità dell’offerta, pone una barriera all’ingresso al mercato per tutti i servizi di trasporto urbano non di linea diversi dai servizi *taxi* e NCC, in particolare impedendo l’offerta dei nuovi servizi di mobilità resi possibili dall’evoluzione tecnologica (fra cui i servizi di *Uber*). E la scelta regionale di non regolare, bensì di vietare, e dunque limitare l’iniziativa economica, inciderebbe sulla materia della “*tutela della concorrenza*”¹⁷.

Quanto alla seconda censura, lo Stato ritiene che la disposizione impugnata, quand’anche riconducibile al “*trasporto locale*”, e cioè alla competenza legislativa regionale, violi il principio di concorrenza, che postula la possibilità di limitare la libertà d’impresa, solo in presenza di un limite strettamente necessario e concretamente idoneo al perseguimento di uno scopo di interesse pubblico. Limite che – per il ricorrente – nella fattispecie in esame non si rileva. La Regione, infatti, come già emerso, decide di vietare, rinunciando a conoscere e regolare, i nuovi servizi resi possibili dall’evoluzione tecnologica. Così facendo, la stessa apporrebbe un limite eccessivamente restrittivo, un ostacolo ingiustificato e sproporzionato allo sviluppo attuale e futuro del mercato dei trasporti.

Secondo la Regione Piemonte, costituitasi in giudizio, il ricorso è invece inammissibile o, comunque, infondato.

Infatti, primariamente, il ricorso sarebbe generico nel motivare le ragioni di illegittimità costituzionale. La norma impugnata, infatti, presenta una finalità ed un contenuto del tutto analogo a quello previsto dalla legge n. 21/1992¹⁸. Quest’ultima, in particolare, con lo scopo di garantire non solo la (più ampia) mobilità e libera circolazione di persone, ma anche la sicurezza dei passeggeri e la continuità temporale del servizio (relativamente al servizio *taxi*), prevede che tali attività di trasporto vengano erogate, in base ad un “regime amministrato”, solamente dai titolari di licenza *taxi* o di autorizzazione NCC. Diversamente – afferma la difesa regionale – si porrebbe in essere una condotta vie-

¹⁷ Secondo lo Stato, neppure rilevarebbe che la disposizione censurata fosse in linea con la legge n. 21/1992. Quest’ultima, infatti, a sua volta, “*risalendo al 1992, appare inadeguata rispetto alle nuove possibilità di mobilità offerte dalle innovazioni tecnologiche e ulteriormente possibili in futuro*”. Relativamente a tale osservazione, si segnala che anche l’AGCM, in un suo parere (cfr. AS1202 – Legge Regione Piemonte n. 14/2015 – Misure urgenti per il contrasto dell’abusivismo (24 luglio 2015), ha prospettato dubbi di legittimità costituzionale relativi all’art. 1 della legge reg. n. 14/2015, per contrasto con l’art. 117, comma 2, lett. e), Cost. Tale Autorità, infatti, analizzando la doglianza relativa al carattere meramente confermativo della legge regionale rispetto alle previsioni statali, ha sostenuto che “*l’individuazione delle categorie di soggetti che possono offrire servizi di trasporto non di linea attiene alla materia della concorrenza che, ai sensi dell’articolo 117, comma 2, lett. e), della Costituzione, è rimessa alla esclusiva competenza dello Stato. Come tale, la disciplina in questione non può essere stabilita a livello regionale. Tale rilievo non è superato dal fatto che la norma regionale sia meramente confermativa rispetto a quella statale atteso che – ove future modifiche dell’impianto normativo statale in senso pro-concorrenziale dovessero risultare non allineate con le previsioni regionali – verrebbe a crearsi un contesto normativo non uniforme, con pregiudizio della concorrenza. Si rileva inoltre che in ogni caso la questione del corretto riparto di competenze legislative precede quella attinente al contenuto della disciplina introdotta e, di conseguenza, il riconoscimento della sussistenza della competenza legislativa non può dipendere da tale contenuto*”.

¹⁸ Oltre ad essa, anche da altre leggi regionali che il Governo ha deciso di non impugnare. Cfr. art. 16, comma 1-bis, lett. b), legge della Regione Liguria 4 luglio 2007, n. 25, introdotto dall’art. 3 della legge della Regione Liguria 31 marzo 2015, n. 9 (“*Modifiche alla legge regionale 19 dicembre 2014, n. 40 e alla legge regionale 4 luglio 2007, n. 25*”), che fa riferimento all’esclusività del servizio di trasporto pubblico locale non di linea, con riserva a favore dei titolari di licenza *taxi* e di autorizzazione NCC.

tata da una normativa statale, prima ancora che da quella regionale. Del resto – continua – anche osservando l’ordinamento nell’ottica di un’interpretazione sistematica, il mercato di riferimento è escluso da diversi interventi normativi di liberalizzazione¹⁹.

Oltre alla genericità del contenuto del ricorso, la Regione afferma che l’intervento normativo è apparso opportuno in un periodo di crescente abusivismo. Operatori economici come *Uber*, infatti, consentono a qualunque soggetto, anche non munito di licenza *taxi* o autorizzazione NCC, di diventare *driver* ed erogare un servizio di mobilità locale non di linea di persone. Il sistema messo in atto dallo stesso gruppo societario, tuttavia, se da una parte consente all’utente di ottenere una prestazione di trasporto meno costosa, dall’altra non garantisce la sicurezza dell’utente e la continuità temporale del servizio, interessi pubblici, questi ultimi, che la legge statale impone di tenere in considerazione. Per tale ragione è stata adottata la legge regionale, che ha ribadito, di fatto, quanto già previsto dalla normativa statale.

La Corte Costituzionale analizza entrambe le censure, a partire da quella di natura sostanziale, che viene dichiarata inammissibile²⁰, diversamente da quella avente natura formale, ritenuta sia ammissibile²¹ che fondata.

Con riguardo alla fondatezza di tale doglianza, la Corte ritiene che dalla lettura dell’art. 1 della legge reg. n. 14/2015 (con il riferimento all’esclusività sia nella rubrica che nel testo dell’articolo impugnato), dal titolo di tale legge regionale (recante “*misure urgenti per il contrasto dell’abusivismo*”), dai lavori preparatori alla stessa²², nonché dalle argomentazioni difensive della Regione Piemonte, si deduce che la disposizione contestata è intervenuta proprio per contrastare la diffusione dei nuovi servizi tecnologici di mobilità. E, come afferma la Corte, “*la disposizione impugnata [...] definisce il novero dei soggetti abilitati a operare nel settore dei trasporti di persone [...] riservandolo in via esclusiva alle categorie abilitate a prestare i servizi di taxi e di noleggio con conducente. [...] Definire quali soggetti siano abilitati a offrire talune tipologie di servizi è decisivo ai fini della configurazione di un determinato settore di attività economica: si tratta di una scelta che impone un limite alla libertà di iniziativa economica individuale e incide sulla competizione tra operatori economici nel relativo mercato. Sicché, tale profilo rientra a pieno titolo nell’ampia nozione di concorrenza di cui al comma 2, lett. e), dell’art. 117 Cost., come ta-*

¹⁹ Cfr. art. 2, direttiva 2006/123/CE; art. 6, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59; art. 3, commi 1, 5, 11-bis, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in legge 14 settembre 2011, n. 148; art. 1, comma 5 e art. 36, comma 2, lett. m), n. 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27.

²⁰ In particolare, la doglianza di carattere sostanziale viene dichiarata inammissibile per due ragioni: la non corrispondenza fra il ricorso e la delibera del Consiglio dei Ministri che l’ha autorizzato, la quale non contiene alcun riferimento a tale censura (cfr. Corte Cost. sent. 14 gennaio 2016, n. 1; Corte Cost. sent. 3 dicembre 2015, n. 250; Corte Cost. sent. 14 luglio 2015, n. 15); il richiamo generico al principio di concorrenza, senza la specifica indicazione delle norme europee di riferimento (cfr. Corte Cost. sent. 23 marzo 2016, n. 63; Corte Cost. sent. 8 aprile 2014, n. 79; Corte Cost. sent. 20 luglio 2012, n. 199).

²¹ Quanto all’ammissibilità della censura di natura formale, la Consulta afferma che, nonostante sia prospettata in maniera generica (cfr. Corte Cost. sent. 10 giugno 2016, n. 131; Corte Cost. sent. 13 aprile 2016, n. 86; Corte Cost. sent. 16 luglio 2015, n. 171; Corte Cost. sent. 15 maggio 2015, n. 82; Corte Cost. sent. 16 aprile 2015, n. 60), il nucleo centrale dell’argomentazione appare chiaro, vertendo sull’invasione della competenza legislativa statale da parte della Regione.

²² Cfr. Consiglio regionale del Piemonte, II Commissione in sede legislativa, sintesi della seduta 18 giugno 2015, n. 41.

le rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato²³". Da tale affermazione, pertanto, deriva l'incostituzionalità dell'art. 1 della legge reg. n. 14/2015, per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost.

4. L'avvento di Uber in Italia e le problematiche giuridiche sottese ai servizi Uberblack e Uberpop

Ma l'avvento di Uber, gruppo societario statunitense attivo dal 2013 anche in Italia, sconvolge il mercato della mobilità urbana non di linea.

La *start-up* Uber offre un servizio tecnologico di intermediazione, tramite un'applicazione *software* mobile (*app*), scaricabile su *smartphone*, fra la domanda e l'offerta di trasporto. Quest'ultimo, dunque, non è direttamente erogato da Uber, che si limita ad instaurare, con l'omonima *app*, un contatto diretto fra colui che richiede e colui che è disposto ad offrire il servizio di mobilità. Coloro che intendono assumere la veste di autisti (*drivers*) e di utenti scaricano l'applicazione, si registrano alla piattaforma *online* divenendo membri della *community*, accedono alla medesima, si geo-localizzano reciprocamente con sistema satellitare GPS, infine si incontrano per la prestazione concordata. I primi erogano il servizio. I secondi ne usufruiscono, dietro pagamento, con carta di credito, di un corrispettivo. Quest'ultimo viene determinato da Uber con un algoritmo automatizzato e secondo il meccanismo del *surge pricing*, con un prezzo che cresce (fino al 500%) all'aumentare della domanda. Il pagamento, inoltre, viene anche mediato da Uber, che, dapprima, introita l'intero importo, in seguito, trattiene una parte (circa il 20%) quale compenso per i servizi di competenza, provvede ad accreditare al *driver* la restante quota (circa l'80%). Al termine della corsa, i trasportati valutano gli autisti (e viceversa) e Uber, in presenza di valutazioni al di sotto di una certa soglia, può decidere di disattivare i *drivers* (e gli utenti)²⁴.

Ma la modalità con cui Uber opera sul mercato solleva non poche questioni

²³ Cfr. Corte Cost. sent. 17 febbraio 2016, n. 30 (con riferimento al trasporto di viaggiatori mediante noleggio di *autobus* con conducente); Corte Cost. sent. 25 marzo 2014, n. 125. Si tratta di una serie di decisioni richiamate dalla Corte, dalle quali si evince un'ampia nozione di "tutela della concorrenza" di cui al comma 2, lett. e), dell'art. 117 Cost.

²⁴ Sulla diffusione dei sistemi di monitoraggio *ex ante* (basati su meccanismi di *feedback*) in luogo di quelli di *enforcement ex post* (come i tradizionali sistemi di giustiziabilità dei diritti), cfr. G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eu. dir. priv.*, 2016, n. 1, pp. 199-218. Infatti, con la diffusione del commercio via *internet* aumentano i rischi relativi all'adempimento dei contratti e più complessa risulta l'attuazione dei diritti in via giurisdizionale. Come afferma l'Autore, "la distanza geografica, la bassa probabilità di interazioni ripetute, il loro carattere spesso anonimo e costi di uscita irrisori, insieme con l'assenza di un quadro di regole condivise, hanno accresciuto in modo considerevole la complessità dei mercati e amplificato le asimmetrie informative, facendo aumentare i rischi di comportamenti opportunistici [...]. Così la soluzione che sta emergendo per alleviare i problemi legati all'assenza di fiducia è la creazione, da parte dei privati, di strumenti di verifica preventiva della reputazione, in modo da stabilire la credibilità del singolo e contenerne i rischi di inadempimento". Tali sistemi reputazionali si sono largamente diffusi anche nei *two-sided markets*, mercati in cui l'impresa non eroga direttamente il servizio, ma svolge una funzione di intermediazione fra la domanda e l'offerta di servizi. In tali casi, infatti, "la drastica riduzione dei costi di informazione e di decisione e la conseguente aumentata capacità degli intermediari di raccogliere dati sugli utenti, di osservarne i comportamenti, di dettare le regole e di sanzionare le condotte difformi facilitano il coordinamento di domanda e offerta e soprattutto la creazione di un sistema di fiducia". Dello stesso Autore, cfr. anche G. SMORTO, *Verso la regolazione della sharing economy*, cit., pp. 264-268.

giuridiche. Problematiche, queste ultime, che sono diverse a seconda dello specifico servizio offerto dal gruppo, eterogenee fra loro e diffuse in buona parte dei Paesi nei quali il gruppo è attivo²⁵.

Il *focus* del presente lavoro sarà limitato all'ordinamento giuridico nazionale e ai problemi che il sistema-*Uber* genera sulla competizione e sul rispetto delle regole che caratterizzano il mercato del trasporto locale non di linea.

I nodi problematici convergono verso un unico interrogativo di fondo, che attiene alla natura dei servizi effettivamente resi da *Uber*. In particolare, non appare così pacifica la qualificazione di *Uber* come mero intermediario fra domanda e offerta. Il gruppo societario determina, del resto, il corrispettivo, media il pagamento, trattiene una quota dalla prestazione di trasporto resa dai *drivers*, congiuntamente ai quali sembra costituire, allora, un'unica unità economica. Potrebbe ritenersi, dunque, in maniera altrettanto ragionevole, che, in fin dei conti, *Uber* non sia terzo rispetto alle parti, ma anzi svolga, alla pari ed assieme ai propri *drivers*, un servizio di trasporto pubblico.

La riconduzione di *Uber* in un senso o nell'altro non è scevra di conseguenze giuridiche.

Configurare il gruppo societario come un *marketplace*, e cioè un operatore che svolge servizi di intermediazione tecnologica, consente di distinguerlo dai vettori tradizionali, di collocarlo in un mercato diverso da quello della mobilità urbana non di linea, di esentare i suoi *drivers*, in ultima istanza, dal rispetto degli obblighi diseconomici e delle regole che, a causa della connotazione (più o meno) pubblicitaria dei servizi resi dai tassisti e dai conducenti NCC, caratterizzano il predetto mercato.

Diversamente opinando, la qualificazione di *Uber* quale *service provider*, come gruppo societario che eroga servizi di mobilità, implica la riconduzione della sua offerta al mercato del trasporto urbano non di linea, oltre che la soggezione dei propri autisti ai medesimi obblighi e vincoli pubblicitari che connotano i servizi *taxi* e NCC.

È possibile analizzare, ora, i servizi resi da *Uber*. Sono due, in particolare, quelli attivi in Italia che hanno suscitato tensioni e scontri sociali e giuridici: *Uberblack*, servizio di intermediazione fra autisti professionisti ed utenti; *Uberpop*, servizio di intermediazione fra autisti non professionisti ed utenti.

Con riguardo ad *Uberblack*, come già rilevato, sono autisti professionisti ad

²⁵ Le questioni giuridiche, infatti, si differenziano a seconda del tipo di servizio offerto da *Uber* e, in particolare, diversi sono i nodi problematici relativi al servizio *Uberblack* e al servizio *Uberpop*. Quanto alla eterogeneità dei problemi, che è molto evidente nel servizio *Uberpop*, occorre rilevare che, al di là dei profili – trattati analiticamente nell'elaborato – relativi alla concorrenza e alla regolazione del mercato della mobilità urbana non di linea, altre questioni piuttosto discusse concernono l'indipendenza giuridica di *Uber* rispetto al rapporto *driver*-utente (con le conseguenze connesse in materia di responsabilità civile e obblighi assicurativi), all'inquadramento dei *drivers* come lavoratori autonomi o dipendenti (con le ripercussioni relative al trattamento e alle garanzie di ciascuna categoria), al rispetto delle normative interne relative al fisco, all'assistenza, alla previdenza e alla *privacy*. Sui problemi giuslavoristici, fra i molti, cfr. M. WEISS, *Sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, n. 3, pp. 651-663; A. DONINI, *Regole della concorrenza e attività di lavoro nella on demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda Uber (Nota a: Trib. Milano, sez. spec. in materia d'impresa, ord. 9 luglio 2015)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, n. 1, II, p. 46 ss.; E. BIALE, *Uber: il costo di un'innovazione senza regole*, in *Il Mulino*, 2015, n. 5, pp. 813-821. Relativamente ai problemi che l'arrivo di *Uber* ha sollevato in Europa e al di fuori di essa, cfr. A. SOMMA, E. MOSTACCI, *Il caso Uber – La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, cit., capitoli 2, 3, 5 e 6; E. RAFFIOTTA, *Trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie: il caso Uber nel diritto comparato*, in *Munus*, 2016, n. 1, pp. 75-95; N. RAMPAZZO, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Dir. inf. e inf.*, 2015, n. 6, pp. 957-984.

effettuare la prestazione di trasporto. Alcuni conducenti, cioè, già titolari di autorizzazione NCC, svolgono, per il tramite della piattaforma *Uber*, un servizio aggiuntivo a quello tradizionale.

In particolare, ci si è chiesti se tali autisti, nell'ambito del servizio *Uberblack*, siano liberi di operare in base all'esclusivo interesse commerciale, come ritengono i *drivers* medesimi e *Uber*, o debbano sottostare ai vincoli gravanti sui conducenti del servizio NCC, in particolare all'obbligo diseconomico del rientro presso la rimessa dopo ogni prestazione di trasporto, tesi sostenuta dai tassisti. Il predetto obbligo, infatti, pur costituendo un rilevante tratto differenziale fra il servizio *taxi* e il servizio NCC, giustificato dalla volontà politica di assicurare la sostenibilità economica della professione di tassista, potrebbe sembrare oggi eccessivamente anacronistico, alla luce, soprattutto, del progresso tecnologico e della possibilità di ricevere le chiamate ed accettare le prenotazioni anche con veicolo in movimento, dunque lontano dalla rimessa²⁶.

La giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, sembra, fino ad oggi, orientata a ritenere equiparabili i servizi NCC e *Uberblack*, così da estendere anche al secondo, con una rigorosa applicazione della legge quadro, l'obbligo di cui sopra. In una serie di decisioni, infatti, si afferma che il conducente *Uberblack* venuto meno all'obbligo di ritorno in rimessa viola, allo stesso modo di un conducente NCC, le disposizioni precettive contenute nella legge quadro (artt. 3 e 11), con conseguente sottoposizione alle sanzioni previste dalla legge quadro medesima (art. 11-*bis*) e dal codice della strada (art. 85, comma 4)²⁷.

²⁶ A tal fine, si segnala una pronuncia che, sebbene riguardi specificamente il rispetto dell'obbligo di ritorno in rimessa per il servizio NCC, è estensibile, ragionando *a fortiori*, anche al servizio *Uberblack*. Cfr. TAR Lombardia, Milano, decr. presidenziale 10 ottobre 2013, n. 1105, che sospende in via cautelare l'efficacia della determinazione dirigenziale, con cui il Comune di Milano ribadiva la rigorosa applicazione delle disposizioni relative al servizio NCC contenute nella legge n. 21/1992, fra cui l'obbligo di ritorno in rimessa dopo ogni corsa (artt. 3 e 11), nonostante gli strumenti tecnologici (quali la telefonia mobile e, ancora di più, le *apps* utilizzabili su *computer* e *smartphone*) consentano oramai la ricezione di chiamate e l'accettazione di richieste di servizio anche con veicolo in movimento, dunque in luoghi diversi dalla rimessa (Cfr. Comune di Milano, direzione centrale mobilità trasporti ambiente, determinazione dirigenziale 29 luglio 2013, n. 209). In particolare, nel decreto presidenziale, confermato con successiva ordinanza collegiale (cfr. TAR Lombardia, Milano, ord. 23 ottobre 2013, n. 1131) si legge: "*sembra [...] irrazionale alla luce del progresso della tecnica che, dopo la conclusione di una corsa, il conducente, che immediatamente dopo riceva in via telematica altra richiesta, debba necessariamente fare ritorno alla propria rimessa [...] anziché raggiungere direttamente il cliente in attesa*". A seguito della sospensiva accordata dal giudice amministrativo, il Comune di Milano ritira in autotutela il proprio atto in data 14 febbraio 2014.

²⁷ Cfr. Trib. Milano, sez. I, sent. 6 luglio 2015, n. 8359, che ritiene fondato e accoglie l'appello del Comune di Milano, soccombente nel giudizio di primo grado avanti al giudice di pace (Cfr. Giudice di pace di Milano, sent. 12 novembre 2013, n. 113858), che aveva annullato una sanzione amministrativa irrogata dagli agenti della polizia locale per violazione dell'art. 85, comma 4, del codice della strada, ai danni di un conducente del servizio *Uberblack* che accettava una corsa senza prima tornare in rimessa. In particolare, il Tribunale di Milano, di fronte alla tesi che consentirebbe agli autisti professionisti di *Uber* di non fare ritorno in rimessa dopo ogni corsa, incentrata sull'equiparazione fra lo *smartphone* e la rimessa, nonché fra *Uber* e la segreteria telefonica, ha affermato che "*non può certo ritenersi, senza stravolgere il senso della normativa, oltre che il buon senso, che la sede operativa/rimessa sia l'iphone e che Uber sia la segreteria che passa le chiamate*", confermando pertanto la sanzione inflitta. Cfr. anche TAR Lombardia, Milano, ord. 8 luglio 2016, n. 860. Con questa recente pronuncia il TAR Lombardia ha respinto, in forza della "*perdurante vigenza della legge n. 21/1992*", la domanda cautelare contestuale al ricorso proposto da diversi autisti professionisti titolari di autorizzazione NCC, nonché esercenti frequenti del servizio *Uberblack*, per l'annullamento della nota del Comando di Polizia Municipale di Milano, con cui si stabilisce la possibilità di applicare loro, per la mobilità resa con il servizio di *Uber*, la sanzione prevista dall'art. 85, comma 4, del codice della strada.

Il servizio di *Uber* che ha tuttavia generato maggiori problematiche è *Uberpop*. In questo caso, infatti, l'offerta di mobilità viene resa da parte di autisti non professionisti. Questi ultimi, infatti, non sono titolari né di licenza *taxi*, né di autorizzazione NCC. Posseggono solo uno *smartphone* con l'*app* di *Uber*, un'automobile a 5 porte immatricolata da non più di 8 anni, una patente di guida non sospesa da almeno 3 anni. Requisiti molto poco stringenti, dunque, rispetto a quelli propri degli autisti professionisti.

Non appena divenuto operativo in Italia, il servizio *Uberpop* è stato osteggiato con forza da parte dei tassisti. Il servizio reso, del resto, si rivolge senza dubbio, nei fatti, alla stessa clientela del servizio *taxi*, consentendo di soddisfare il medesimo bisogno. Eppure i *drivers* di *Uberpop* ritengono di non dover rispettare le regole di accesso al mercato e gli obblighi di pubblico servizio, di non assumersi dunque i relativi costi, potendo così acquisire un notevole vantaggio competitivo ed offrire un servizio a prezzi più contenuti. Sul fronte opposto, i vettori tradizionali sostengono che un sistema analogo possa inficiare la sostenibilità economica della loro attività e pregiudicare il servizio pubblico, oltre che mettere a rischio la circolazione stradale e la sicurezza dell'utenza, interessi pubblici non garantiti dai requisiti minimali che *Uber* impone ai propri *drivers* non professionisti.

In questo contesto diviene essenziale qualificare, ancora una volta, la natura del servizio offerto da *Uber*²⁸. Occorre capire, infatti, se il gruppo operi in un mercato diverso dalla mobilità urbana non di linea o se offra una prestazione in competizione con il servizio *taxi*, se i suoi *drivers* siano liberi di offrire le loro prestazioni in base ad una logica di mercato o se debbano rispettare i medesimi obblighi e regole cui sono soggetti i tassisti.

Dopo una serie di sentenze adottate dai giudici di pace che hanno annullato le sanzioni amministrative inflitte dalla polizia municipale²⁹, il Tribunale di Milano ha ritenuto che i *drivers* non professionisti di *Uber* violassero le

²⁸ La problematica relativa ai servizi offerti da *Uber* si rileva pressoché in ogni Paese in cui il gruppo opera. Si attende, peraltro, sul punto, la decisione della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale proposto dal Giudice Mercantile di Barcellona, che, in data 16 luglio 2015, ha emesso apposita ordinanza, in una causa sollevata da un'associazione di tassisti di Barcellona contro la società *Uber System Spain*. In particolare, il giudice spagnolo ha chiesto alla Corte se il servizio *Uberpop* debba essere considerato una mera attività di trasporto (da cui deriverebbe il tema dell'interferenza con i servizi tradizionali offerti in regime di obblighi di servizio pubblico e/o soggetti a forme di controllo all'accesso) o un servizio elettronico di intermediazione o, infine, un servizio della società dell'informazione ai sensi dell'art. 1, par. 2, direttiva 98/34/CE. Cfr. domanda di pronuncia pregiudiziale da parte del Juzgado Mercantil n. 3 de Barcelona nella causa C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi C. Uber Systems Spain S.L.* L'attesa verso la decisione della Corte di Giustizia si è recentemente acuita, a seguito delle considerazioni compiute dall'Avvocato Generale M. Szpunar, il quale ha qualificato il gruppo *Uber* come un "vero e proprio organizzatore e operatore di servizi di trasporto urbano". Se la Corte di Giustizia dovesse accogliere le considerazioni dell'Avvocato Generale, l'agire del nuovo operatore economico verrebbe particolarmente limitato, in virtù della rilevanza che assumono le decisioni del Giudice europeo all'interno degli Stati membri e dell'obbligo, in capo a questi ultimi, di adattamento al diritto secondario o derivato dell'Unione europea. Per alcune considerazioni, cfr. O. POLLICINO-V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: uber tra giudici e legislatori (nota a: Corte Cost, sent. 15 dicembre 2016, n. 265)*, in www.osservatorioaic.it, 2017, n. 2, pp. 1-16.

²⁹ Cfr. Giudice di pace di Genova, sent. 16 febbraio 2015, n. 509; Giudice di pace di Milano, sent. 2 aprile 2015, n. 4907. Tali decisioni hanno un valore limitato, in quanto contingente alla fattispecie. Infatti, dette pronunce annullano le sanzioni amministrative inflitte dalla polizia municipale, ma per motivi che attengono al caso di specie, senza affrontare la questione relativa alla natura giuridica del servizio offerto e la conseguente possibilità di applicare in via analogica le sanzioni previste dal codice della strada.

“regole del gioco”, che la predisposizione e l'utilizzazione di *Uberpop* integrassero degli atti di concorrenza sleale, per inibire così la funzionalità del servizio sull'intero territorio nazionale³⁰. Anche in questo caso, poi, *Uber* viene rappresentato come operatore economico che effettua, tramite i *drivers* di *Uberpop*, con i quali si instaura un'unica unità economica, un servizio di trasporto, in particolare assimilabile, quanto alle modalità di contatto fra domanda e offerta, al sistema *radiotaxi*. Il mercato di riferimento, del resto, secondo il giudicante, non andrebbe definito sulla base delle modalità con cui si incontrano domanda e offerta, ma tenendo in considerazione la tipologia di clientela, la soddisfazione dei medesimi bisogni, nonché la fungibilità delle prestazioni. Si rileva che ad analoghe considerazioni ed esiti è giunto, recentemente, anche il Tribunale di Torino³¹, con una decisione che tende a rafforzare l'orientamento pretorio piuttosto restrittivo nei confronti del servizio *Uberpop*.

5. Verso il “trasporto privato non di linea”

Nella parte finale della decisione in commento, la Consulta chiede un celebre intervento normativo al legislatore.

Come evidenzia la Corte, infatti, *“rispetto all’assetto delineato dalla legislazione statale in vigore, che risale nei suoi tratti essenziali al 1992, l’evoluzione tecnologica, e i cambiamenti economici e sociali conseguenti, suscitano questioni variamente discusse non solo nelle sedi giudiziarie, ma anche presso le autorità indipendenti e le istituzioni politiche [...] in seno all’Unione Europea, in molti degli Stati che ne fanno parte, nonché in numerosi altri ordinamenti in tutto il mondo. Nel contesto di un dibattito così animato [...] è comprensibile che si levi la domanda di un inquadramento giuridico univoco e aggiornato. È*

³⁰ Cfr. Trib. Milano, sez. specializzata in materia d'impresa, ord. 25 maggio 2015 (R.G. n. 16612/2015), confermata in sede di reclamo da Trib. Milano, sez. specializzata in materia d'impresa, ord. 2 luglio 2015 (R.G. nn. 35445/2015 e 36491/2015). Con queste due ordinanze, il giudice dapprima inibisce, in via cautelare ex art. 700 c.p.c., il servizio *Uberpop* sull'intero territorio nazionale, in seguito conferma tale disposto. La predisposizione e l'utilizzazione dell'*app Uberpop*, infatti, secondo il giudicante, integrano la FATTISPECIE di illecito concorrenziale di cui all'art. 2598 c.c. Fra i numerosi commenti alle ordinanze, cfr. A. DONINI, *Regole della concorrenza e attività di lavoro nella on demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda*, cit., p. 46 ss.; L. GIOVE-A. COMELLI, *Il blocco dell'app Uber pop: concorrenza sleale nei confronti del servizio pubblico taxi (Nota a: Trib. Milano, sez. spec. in materia d'impresa, ord. 25 maggio 2015)*, in *Dir. ind.*, 2015, n. 3, p. 245 ss.; cfr. V.C. ROMANO, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uberpop*, cit., pp. 133-140. Da tali decisioni emerge che l'esito cui la giurisprudenza è approdata relativamente al servizio *Uberpop* è ben più radicale rispetto a quello del servizio *Uberblack*. I giudici, infatti, non si sono limitati ad estendere anche ai *drivers* di *Uberpop* gli obblighi di servizio pubblico e le regole al cui rispetto sono tenuti i tassisti, pena l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste dalla legge quadro (art. 11-bis) e dal codice della strada (art. 86, comma 2), diversamente optando per un trattamento altamente punitivo (per l'attività già compiuta) e restrittivo (per il futuro): l'integrazione della concorrenza sleale e l'inibizione del servizio. Si rileva, tuttavia, che, recentemente, il Tribunale di Roma ha adottato un'ordinanza, nella quale ha ritenuto che il gruppo *Uber*, (anche) con il servizio *Uberblack*, svolgesse una attività in concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 c.c., e che il servizio *Uberblack* dovesse essere anch'esso inibito su tutto il territorio nazionale. Tale ordinanza, tuttavia, è stata successivamente revocata. Cfr. Trib. Roma, sez. IX – specializzata in materia d'impresa, ord. 7 aprile 2017 (R.G. n. 76465/2016), revocata da Trib. Roma, sez. IX – specializzata in materia d'impresa, ord. 26 maggio 2017, (R.G. n. 25857/2017).

³¹ Cfr. Trib. Torino, sez. I – civile, sent. 24 marzo 2017, n. 1553.

dunque auspicabile che il legislatore competente si faccia carico tempestivamente di queste nuove esigenze di regolamentazione”.

Il monito della Corte Costituzionale, come si vedrà, non rappresenta un caso isolato. Del resto, come emerge dalla pronuncia in epigrafe, il suo intervento si inserisce in un ampio dibattito, che vede coinvolte le autorità amministrative indipendenti, in particolare l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e l’Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), il Consiglio di Stato, gli organi politici, la magistratura ordinaria e amministrativa e le istituzioni dell’Unione Europea. Discussione, questa, che, peraltro, attenendo sostanzialmente alla regolazione giuridica della *sharing economy*, e dunque ad un sistema economico oramai globalmente diffuso, si rileva in una moltitudine di ordinamenti.

Di seguito le indicazioni offerte dai protagonisti di questa “tavola rotonda”. L’AGCM ha più volte lamentato una scarsa apertura alla concorrenza del mercato dei trasporti urbani non di linea, notoriamente resistente ad ogni tentativo di liberalizzazione a causa della strenua opposizione degli operatori tradizionali³².

Spesso, e anche recentemente, l’AGCM ha anche proposto modifiche normative volte ad aumentare la competizione all’interno del predetto mercato³³, con scarsa recezione, però, dei decisori pubblici, sordi al grido di cam-

³² Infatti, come sostiene l’AGCM, *“nella regolamentazione del servizio taxi è preponderante il ruolo degli operatori già presenti sul mercato che influenzano direttamente tutte le variabili strategiche (prezzi e quantità) che regolano il settore. Una peculiarità del sistema del servizio taxi in Italia è che la licenza può soltanto essere individuale. Ciò implica che il servizio non può essere fornito da imprese organizzate in forma societaria. Pertanto ogni tentativo, anche minimo, di liberalizzazione si scontra con l’effettiva impossibilità per il singolo tassista di garantire individualmente gli obblighi di servizio pubblico che finora sono stati rispettati solo tramite l’accordo di tutti i tassisti presenti sul mercato”*. Cfr. segnalazione AS226/2002 – Riforma della regolazione e promozione della concorrenza. In altra segnalazione successiva, l’AGCM afferma che *“il mercato del servizio taxi risulta generalmente caratterizzato, a livello locale, da una insufficiente apertura alla concorrenza, che si manifesta in una domanda da parte dei consumatori non pienamente soddisfatta dall’attuale offerta del servizio da parte dei conducenti di taxi. Si rileva, al riguardo, come in gran parte dei principali Comuni italiani la densità di taxi in rapporto alla popolazione risulti inadeguata. Tale circostanza è dimostrata dai lunghi tempi di attesa dei taxi, in particolar modo negli orari in cui la domanda da parte dell’utenza risulta più elevata. Sebbene la normativa vigente attribuisca ai Comuni la competenza in ordine alla determinazione del numero dei veicoli da adibire al servizio di taxi, e quindi ad incrementare eventualmente le licenze a fronte di un’insufficienza dell’offerta, tale facoltà incontra una forte resistenza da parte degli operatori del settore, favorevoli al mantenimento delle restrizioni quantitative. Va osservato che tali comportamenti trovano fondamento nell’elevato costo che gli operatori già attivi sul mercato hanno sostenuto per l’acquisto di una licenza da altri soggetti. Infatti, benché le licenze siano state originariamente rilasciate gratuitamente da parte delle autorità pubbliche, le stesse sono state sovente alienate sulla base di valori economici, di volta in volta crescenti in termini reali, circostanza questa che, di per sé, riflette la scarsità del numero delle licenze, ovvero del numero di taxi attualmente in circolazione. In questo contesto, il valore della licenza rappresenta un asset il cui valore economico assume particolare rilievo al momento della rivendita della licenza stessa da parte del fornitore del servizio, mentre ogni emissione di nuove licenze comporta necessariamente una riduzione del valore di quelle originariamente rilasciate. In tal senso, il timore che un incremento del numero delle licenze possa determinare una riduzione del valore di mercato delle stesse, nonché una riduzione dei ricavi attesi, spiega le resistenze dei fornitori del servizio di taxi a fronte di interventi, da parte delle Amministrazioni locali, volti a favorire una maggiore apertura del mercato”*. Cfr. AS277/2004 – Distorsioni della concorrenza nel mercato dei servizi taxi.

³³ Cfr. AS 1137/2014 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza (anno 2014) (4 luglio 2014). Con tale atto l’Autorità ha sottolineato *“la distorsione riconducibile al fatto che i trasporti non di linea disciplinati dalla legge n. 21/1992 siano stati esclusi dall’ambito di applicabilità delle norme di liberalizzazione introdotte dai d.l. nn.*

biamento. Ma qualcosa sembra stia mutando. I cambiamenti socio-economici e l'innovazione tecnologica hanno aperto il mercato di riferimento alle nuove sfide dell'economia condivisa e, con esse, a nuove tendenze di liberalizzazione che impattano – forse mai così vigorosamente – sul mercato della mobilità locale non di linea³⁴.

A tal fine, l'Autorità – conformemente a quanto espresso da un parere interlocutorio reso dalla prima sezione del Consiglio di Stato³⁵ – ha ricondotto i servizi che mettono in connessione tra loro domanda di mobilità e offerta di trasporto da parte di autisti non professionisti, come il servizio *Uberpop*, alla categoria dei servizi di trasporto privato non di linea. Un mercato, cioè, diverso sia da quello dell'intermediazione, che da quello dei trasporti pubblici non di linea. Un servizio, ancora, terzo e differente sia dal servizio *taxi* che da quello NCC. E, in una prospettiva *de iure condendo*, ha poi auspicato “l'adozione di una regolamentazione minima di questo tipo di servizi [...] anche definendo un “terzo genere” di fornitori di servizi di mobilità non di linea (in aggiunta ai taxi ed agli NCC), ovvero piattaforme on line che connettono i passeggeri con autisti non professionisti”³⁶. Una regolazione leggera e poco invasiva, infatti, secondo l'Autorità, sarebbe in grado di contemperare, da un lato, le ragioni della concorrenza, dall'altro, la sicurezza stradale e l'incolumità dei passeggeri, interessi entrambi degni di protezione³⁷.

138/2011, 201/2011 e 1/2012. In particolare, l'Autorità ha auspicato l'abolizione degli elementi di discriminazione competitiva tra taxi e NCC in una prospettiva di piena sostituibilità dei due servizi” (es. per il servizio NCC, l'Autorità ha proposto l'eliminazione dell'obbligo di disporre di rimesse site nel Comune che ha rilasciato l'autorizzazione, di stazionare solo all'interno di tali rimesse, di tornare presso le stesse per l'offerta di ogni nuova prestazione, misura, quest'ultima, che si estenderebbe al servizio *Uberblack*).

³⁴ Cfr. AS 1137/2014 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza (anno 2014) (4 luglio 2014), laddove l'AGCM ha evidenziato che “l'inadeguatezza del complesso delle norme vigenti emerge anche in considerazione delle nuove possibilità offerte dall'innovazione tecnologica che ha determinato l'affermazione di diverse piattaforme on line che agevolano la comunicazione fra offerta e domanda di mobilità, consentendo un miglioramento delle modalità di offerta del servizio di trasporto di passeggeri non di linea, in termini sia di qualità sia di prezzi”.

³⁵ Cfr. Cons. St., sez. I, parere interlocutorio 27 maggio 2015, n. 757.

³⁶ Cfr. AS1222/2015 – Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea (29 settembre 2015). In questa sede, come richiesto dalla prima sezione del Consiglio di Stato con parere interlocutorio n. 757/2015, l'AGCM prende posizione circa l'applicabilità della legge quadro n. 21/1992 e delle conseguenti sanzioni previste dagli artt. 85 e 86 del codice della strada ai conducenti delle nuove piattaforme informatiche. A ben vedere, solo per il servizio *Uberpop* l'Autorità esclude l'applicazione delle sopra citate disposizioni precettive e sanzionatorie in base alla qualificazione dell'attività come servizio di trasporto regolato dal diritto privato. Per il servizio *Uberblack* non si rinvencono osservazioni circa la natura del servizio. Tuttavia, anche per *Uberblack* l'Autorità ritiene di escludere l'operatività delle disposizioni sopra riportate, non trovando applicazione il vincolo di ritorno in rimessa dopo ogni prestazione di trasporto. In tale occasione, infatti, l'AGCM afferma, in contrapposizione all'orientamento giurisprudenziale dominante già analizzato nel corso della trattazione, che “una piattaforma digitale che mette in collegamento tramite smartphone la domanda e l'offerta di servizi prestati da operatori NCC non può infatti per definizione rispettare una norma che impone agli autisti l'acquisizione del servizio dalla rimessa e il ritorno in rimessa a fine viaggio. Sotto questo profilo, e in un'ottica di giusto bilanciamento tra i vantaggi concorrenziali derivanti dallo sviluppo di questo tipo di piattaforme digitali (e di tutela degli interessi pubblici ad esse connessi) e la tutela di singole categorie di operatori, seguendo un'interpretazione delle norme costituzionalmente orientata rispettosa del principio di libertà di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 della Costituzione, si ritiene che ai servizi che mettono in collegamento autisti professionisti dotati di autorizzazione NCC da un lato e domanda di mobilità dall'altro non vadano applicati gli articoli 3 e 11 della legge 21/92”.

³⁷ Fra le misure suggerite dal Presidente dell'AGCM, la registrazione delle piattaforme e l'individuazione di una serie di obblighi e requisiti per i *drivers* non professionisti. Diversamente,

Non troppo dissimile appare la posizione assunta dall'ART, che, nell'esercizio delle funzioni di segnalazione al Governo e al Parlamento, ha fornito agli organi politici talune proposte di modifica della legge quadro più volte richiamata³⁸.

Anche l'ART, infatti, come l'AGCM, ha sostenuto, oltre all'opportunità di rimuovere alcuni vincoli connessi con lo svolgimento dei servizi *taxi* e NCC per sviluppare un reale confronto competitivo³⁹, la necessità di regolare le piattaforme tecnologiche che svolgono attività di intermediazione tra domanda e offerta di servizi di mobilità non di linea resi da conducenti non professionisti (cd. servizi tecnologici per la mobilità).

Le nuove esigenze di regolazione, in particolare, troverebbero fondamento in quella parte della domanda di mobilità non soddisfatta dai servizi offerti dai vettori tradizionali, specie per i costi inferiori e maggiormente sostenibili che contraddistinguono i nuovi servizi di trasporto. Per l'Autorità, dunque, si tratterebbe di un nuovo segmento di mercato di servizi da far emergere e da regolare, diverso da quello dei servizi *taxi* e NCC, ma complementare a questi ultimi in quanto riconducibile anch'esso al più ampio mercato di trasporto locale non di linea, connaturato da servizi aventi natura commerciale⁴⁰. E le regole proposte dall'ART, a ben vedere, con evidenti analogie rispetto alle "regole minime" dell'AGCM, sono anch'esse strumentali a rendere maggiormente trasparente l'offerta di questi servizi e a fornire all'utenza maggiori garanzie di sicurezza e qualità del servizio di trasporto⁴¹.

secondo l'Autorità, sarebbero da evitare rigidi massimali alle ore di lavoro per i conducenti, e cioè "soluzioni che, pur rappresentando una apertura a questi servizi, ne potrebbero sancire, di fatto, un'operatività ridotta, non in grado di aumentare la concorrenza sui servizi di trasporto non di linea". Piuttosto, appare preferibile "prevedere una piena libertà di orario per gli autisti non professionali delle piattaforme, a fronte di compensazioni esplicite per i soggetti gravati da obblighi di servizio pubblico". Cfr. audizione parlamentare del Presidente Giovanni Pitruzzella del 24 giugno 2015 sul disegno di legge per la concorrenza in discussione. Relativamente ai limiti orari per i *drivers*, la posizione assunta dall'AGCM si discosta piuttosto evidentemente da quella dell'ART (in merito, cfr. nota 41). Relativamente alla riforma del settore, si rileva che l'AGCM ha recentemente adottato anche una segnalazione, suggerendo agli organi politici di intervenire tempestivamente e introdurre: misure di equiparazione tra il servizio *taxi* e quello NCC; misure di liberalizzazione, a vantaggio dei nuovi servizi di mobilità a forte contenuto tecnologico; misure di compensazione a favore dei tassisti, categoria che verrebbe maggiormente pregiudicata dall'apertura del mercato. Cfr. AS1354 – Riforma del settore della mobilità non di linea (10 marzo 2017).

³⁸ Cfr. Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: *taxi*, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità (21 maggio 2015).

³⁹ Le proposte dell'ART riguardano sia il servizio *taxi*, sia il servizio NCC. In particolare, l'Autorità propone, per i tassisti: la possibilità di praticare sconti, dando spazio al potenziale aumento della domanda; la possibilità di esercizio nella forma di impresa e l'eliminazione del divieto di cumulo di più licenze in capo alla medesima impresa esercente il servizio *taxi*; la possibilità di fronteggiare incrementi occasionali della domanda con turni flessibili. Relativamente al servizio NCC, l'Autorità suggerisce invece l'eliminazione dell'obbligo di ritorno in rimessa dopo ogni singolo servizio di mobilità. In sostanza, si tratta di tutta una serie di misure che riducono le differenze fra i servizi *taxi* e NCC, alimentando un sano confronto concorrenziale, che, a loro volta, impatterebbero, seppur indirettamente, sul servizio *Uberblack* (in particolare tramite l'eliminazione dell'obbligo di ritorno in rimessa che, come si è già detto, estenderebbe i suoi effetti anche al relativo servizio di *Uber*). Cfr. all. 1 alla segnalazione; cfr., ancora, l'audizione parlamentare del Presidente Andrea Camanzi del 9 dicembre 2015, nell'ambito dell'audizione sulla legge annuale per la concorrenza.

⁴⁰ Più precisamente, nella segnalazione, l'ART distingue fra servizi di natura commerciale (come i servizi offerti da *Uber*), che devono essere regolati, e quelli di natura non commerciale (come i servizi di *car pooling*), per i quali non ritiene necessario un intervento regolatorio. Cfr. il proposto art. 3-*bis*, commi 1 e 2 (cfr. all. 1 alla segnalazione).

⁴¹ Relativamente agli intermediari, l'Autorità propone l'obbligo di registrazione nelle regioni

Un ulteriore apporto al dibattito deriva dal Consiglio di Stato, il quale – su impulso del Ministero dell’Interno – si è pronunciato, in sede consultiva, sull’applicabilità della legge quadro (e delle conseguenti sanzioni previste dagli artt. 85, comma 4, e 86, comma 2, del codice della strada) alle nuove forme di intermediazione tecnologica fra domanda e offerta di servizi di mobilità urbana non di linea⁴².

Come si legge nel parere *de quo*, “*la disciplina quadro del servizio pubblico di trasporto non di linea, di fronte alle nuove caratteristiche di mobilità che si sono affermate, mostra i segni del tempo e dello sviluppo dell’innovazione tecnologica, per cui si pone il problema di verificare se [...] le nuove tipologie di trasporto di persone non di linea, siano ammesse o vietate e, nella prima ipotesi, se siano ad essi applicabili i principi della legge quadro – con le relative sanzioni – oppure se siano espressione della libertà contrattuale delle parti. Tale incertezza perdurerà sino a quando il legislatore non interverrà con una disciplina che sia realmente in grado di ricomprendere sotto la propria vigenza tutta la possibile gamma di servizi di trasporto, siano essi da qualificare come pubblici o privati, in relazione alle proprie concrete modalità di svolgimento*”.

Preso atto dell’inadeguatezza dell’attuale disciplina e con l’auspicio di un intervento legislativo, il Consiglio di Stato ha preferito non esprimersi circa l’applicazione ai *drivers* del regime sanzionatorio indicato⁴³. Tuttavia, lo stesso ha assunto posizione relativamente alla natura dei servizi offerti da *Uber*, configurati quali servizi di trasporto non di linea regolati dal diritto privato. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che *Uber* non costituisce un mero intermediario, ma, al contrario, “*dalla dinamica contrattuale emerge che la prestazione del trasporto sia un’obbligazione diretta della società*” e non del *driver*, non sussistendo “*alcun legame contrattuale diretto tra richiedente e prestatore del trasporto, dato che anche il pagamento è mediato dalla società che gestisce la piattaforma*”, la quale “*introita l’intero corrispettivo di cui, detratte una parte quale compenso per i servizi di competenza, provvede ad accredita-*

ove è svolto il servizio di trasporto ed ulteriori obblighi in tema di assicurazione RC auto, di trasparenza nella fissazione delle tariffe, di controlli, di *privacy*, di carta della qualità di servizi e di ADR. Cfr. il proposto art. 3-bis, commi 3 e 6 (all. 1 alla segnalazione). Quanto invece ai conducenti non professionali, l’Autorità ritiene che dovrebbero, oltre ad essere iscritti in un apposito registro costituito su base regionale, essere inquadrati come lavoratori occasionali ed essere così tenuti al rispetto di un tetto massimo di reddito annuale e ad un limite di lavoro settimanale non eccedente le quindici ore (laddove i turni dei tassisti professionisti possono raggiungere le dodici ore giornaliere). Inoltre, gli stessi dovrebbero essere sottoposti ad ulteriori obblighi a garanzia della sicurezza dei trasportati, fra cui “*a) avere età maggiore di anni ventuno e possedere la patente da almeno tre anni; b) non avere subito provvedimenti di sospensione della patente; c) essere in possesso dei requisiti morali previsti per i conducenti del servizio; taxi; d) essere in possesso di idoneità psico-fisica; e) esercitare il servizio con auto di proprietà del conducente stesso o di un parente entro il primo grado; f) esercitare il servizio con auto immatricolata da non più di sette anni*”. Cfr. il proposto art. 3-bis, commi 5 e 7 (all. 1 alla segnalazione).

⁴² Cfr. Cons. St., sez. I, parere interlocutorio 27 maggio 2015, n. 757. Ma soprattutto cfr. Cons. St., sez. I, parere 23 dicembre 2015, n. 3586.

⁴³ Sul presupposto che la legge quadro e le sanzioni del codice della strada riportate si applicano ai conducenti delle nuove piattaforme tecnologiche solo ove si riconducano i servizi offerti tramite le stesse a quelli erogati dai vettori tradizionali, il Consiglio di Stato ritiene che i servizi offerti tramite tali *apps* si differenzino dal servizio NCC e, ancora più nettamente, dal servizio *taxi*. Tuttavia, lo stesso afferma che “*la legislazione in materia appare incompleta*” e così dispone la trasmissione del parere al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell’art. 58 del regolamento per l’esecuzione della legge sul Consiglio di Stato (secondo cui “*quando dall’esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta, il Consiglio ne fa rapporto al Capo del Governo*”).

re il restante al prestatore del trasporto”⁴⁴. Tale ricostruzione della fattispecie negoziale valorizza il ruolo di *Uber* a scapito dei *drivers* e ascrive la sua attività al mercato dei servizi di trasporto. Un servizio di mobilità, quello in questione, che, pur essendo rivolto al pubblico, sarebbe regolato, per il Consiglio di Stato, dal diritto privato, in quanto tale espressione del principio di sussidiarietà orizzontale.

In base alla qualificazione operata dal Consiglio di Stato, poi, il Ministero dell'Interno ha adottato una circolare per escludere l'applicabilità ai *drivers* di *Uber* degli artt. 85, comma 4, e 86, comma 2, del codice della strada (rimanendo invece ferma l'applicabilità dell'art. 82 del codice della strada)⁴⁵.

6. Riflessioni conclusive

In questo contesto ricco di prese di posizione, sull'orizzonte di un intervento normativo che ancora stenta a decollare, entrano in gioco quelle Regioni, come il Piemonte (ma, a ben vedere, anche la Liguria), che hanno deciso di risolvere le problematiche descritte in maniera drastica, vietando del tutto l'offerta da parte dei nuovi operatori economici. Ma la decisione di frenare legislativamente la diffusione di queste nuove piattaforme non viene condivisa dal Giudice delle leggi, essendo riconducibile ad un intervento accelerato, oltre che, probabilmente, non sufficientemente meditato, che sconfinava dalla competenza legislativa regionale per invadere quella statale.

La pronuncia esaminata, infatti, come già visto, ruota attorno ai confini della “*tutela della concorrenza*”, materia trasversale di competenza legislativa esclusiva statale, che rappresenta, a ben vedere, un contenitore dal perimetro non definito. Ne costituisce riprova il cospicuo contenzioso relativo alla ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni giunto all'attenzione della Consulta, adita in via principale. Lo stesso art. 41 Cost., dall'analisi del

⁴⁴ Infatti, secondo il Consiglio di Stato “*si può descrivere il negozio atipico in questione come una fattispecie doppiamente bilaterale che pone al vertice di due distinti rapporti [...] la società che gestisce la piattaforma informatica, che da un lato è legata da una prestazione sinallagmatica con il fruitore del servizio di trasporto ed annessi servizi telematici e finanziari, dall'altra è legata al trasportatore a cui riconoscerà una parte del compenso ricevuto quale remunerazione dell'attività in favore di terzi esercitata*”. I due rapporti contrattuali, che si collocano all'interno di un'unica fattispecie negoziale atipica e meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., legano pertanto *Uber* con l'utenza (con la fornitura di un servizio di trasporto e di servizi complementari, a fronte di un corrispettivo) e con i propri *drivers* (trasferimento al *driver* di circa l'80% di quanto ricevuto dall'utente in cambio dell'erogazione, da parte del *driver*, del servizio materiale di trasporto erogato a favore di terzi).

⁴⁵ Cfr. Circolare del Ministero dell'Interno – Dipartimento della pubblica sicurezza, n. 300/A/1842/16/113/1 del 11 marzo 2016. In particolare, il Ministero ricorda che il Consiglio di Stato, con il parere sopra richiamato, ha qualificato i servizi di *Uber* come servizi di trasporto privato non di linea, diversi dunque dai servizi *taxi* e NCC, ma che ciò nonostante, in virtù dell'incompletezza della legislazione vigente in materia, ha ritenuto di trasmettere il parere al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 58 del regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato. E ha aggiunto che “*in mancanza di elementi ermeneutici che consentano di superare gli esposti dubbi circa l'individuazione delle violazioni contestabili, si ritiene che, allo stato attuale, nelle more dell'intervento normativo auspicato dal Consiglio di Stato, non vi siano presupposti per l'applicazione di appropriate sanzioni a carico dei prestatori di tali nuovi servizi di trasporto di persone. Rimane ferma l'applicabilità, nei confronti del conducente del veicolo, della sanzione di cui all'art. 82 del codice della strada laddove venga accertato l'utilizzo del veicolo per una destinazione od uso diversi da quelli indicati sulla carta di circolazione*”.

quale viene messo in luce che la tutela della concorrenza non coincide con la libertà di iniziativa economica privata, ma piuttosto appare come la sintesi e il punto di equilibrio fra la stessa e i diversi interessi che sono espressione di utilità sociale, non aiuta a darne una rigorosa definizione⁴⁶. La Corte Costituzionale, dal canto suo, non ha mai risolto il problema definitorio, limitandosi ad adottare, in base ad un approccio prettamente casistico, un'interpretazione progressivamente estensiva di tale materia⁴⁷, quasi a bilanciare l'attribuzione alla competenza regionale di materie chiave per lo sviluppo economico⁴⁸. E la tendenza ermeneutica della Consulta si rileva con evidenza proprio in quelle decisioni in cui il Giudice delle leggi censura, sulla base degli effetti concretamente esplicitati, le barriere all'ingresso nel mercato poste da disposizioni di legge regionale, pur ascrivibili alla sfera delle attribuzioni della Regione⁴⁹. Casistica diffusa, questa, rinvenibile anche nella fattispecie *de qua*, caratterizzata, come già visto, dalla riconduzione nella materia di "tutela della concorrenza" di una disposizione regionale, relativa al "trasporto locale", che intende definire il novero dei soggetti abilitati ad erogare i servizi all'interno di quello specifico mercato.

Il contenuto del nuovo ed auspicato intervento normativo, tuttavia, che deve dunque provenire da fonte statale, rimane ancora assai incerto. Occorre legiferare in modo tale da porre sulla stessa soglia di partenza i vettori tradizionali e i nuovi operatori economici, senza che questi ultimi possano sfruttare, com'è avvenuto in una prima fase, le lacune dell'ordinamento e stravolgere il mercato, liberi di muoversi senza le briglie della regolazione. Ma che siano interventi giurisdizionali ad aver arrestato tali piattaforme sembra inopportuno, essendo la questione più propriamente riconducibile ad un problema regolatorio, relativo all'organizzazione di un mercato e alle modalità per esprimere e soddisfare la domanda di mobilità.

Una completa liberalizzazione, così come una piena riconduzione dei nuovi operatori ai vettori tradizionali, non sembrano essere le vie più idonee da percorrere.

La prima rivoluzionerebbe in ottica neo-liberale il mercato della mobilità urbana non di linea, ma verosimilmente a scapito di esigenze sociali degne invece di trovare protezione. Non può sottacersi il rischio che, a fronte di prezzi più competitivi, vengano pregiudicate le esigenze di servizio pubblico e meno

⁴⁶ Sulla tutela non assoluta alla libertà d'iniziativa economica privata prevista dall'art. 41 Cost., cfr. M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, cit., p. 122.

⁴⁷ Sull'approccio casistico tipico della Corte relativamente alla "tutela della concorrenza", cfr. Servizio studi della Corte Costituzionale dal titolo "La tutela della concorrenza nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale", a cura di M. FIERRO (aprile 2015); M. BELLOCCI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della concorrenza nel titolo V della parte II della Costituzione*, in www.astridonline.it, 2014; G. CAVALIERI, *Regolazione del mercato idroelettrico e tutela della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, p. 347; C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in www.osservatorioaic.it, 2014, n. 1, pp. 1-16. Sulla progressiva estensione della materia, cfr. C. BUZZACCHI, *Liberalizzazioni, regolazione e ora anche "ri-regolazione"*, in questa *Rivista*, 2015, n. 1, pp. 209-212; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione – Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, n. 3, pp. 503-560; M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, 2013, p. 76; V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, in *Regioni*, 2007, n. 1, p. 21.

⁴⁸ Cfr. M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, cit., p. 76.

⁴⁹ Cfr., ancora, M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, cit., p. 78.

valorizzati interessi generali, quali la sicurezza stradale e l'incolumità dei passeggeri. Si pensi al regime dei prezzi amministrati che connota il servizio *taxi*. Se non vi fosse la predeterminazione pubblica delle tariffe, *“la concorrenza determinerebbe il crollo del corrispettivo dovuto, e con esso l'impossibilità di rispettare i diversi obblighi di servizio, oltre agli standard qualitativi a tutela dei consumatori. Con il risultato che al trasporto non di linea dovrebbero provvedere direttamente i pubblici poteri, il che è difficilmente realizzabile, o quantomeno questi dovrebbero ricorrere alla concessione di sussidi”*⁵⁰. Si pensi, ancora, alle misure di controllo relative alla professionalità e al numero degli operatori ammessi, anch'esse a presidio degli obblighi di servizio pubblico e degli *standard* qualitativi del servizio⁵¹.

D'altra parte, una piena riconduzione dei nuovi operatori a quelli tradizionali sembra anch'essa sconsigliabile. Il legislatore si sostituirebbe al mercato, decidendo, a monte, chi debba vincere la competizione. Parallelamente e verosimilmente *Uber* si ritrarrebbe dal mercato, come è avvenuto in tutti i Paesi nei quali i decisori pubblici hanno troppo ridotto il suo campo di azione. Una tale regolazione rappresenterebbe, allora, la mortificazione dell'innovazione tecnologica e delle potenzialità di sviluppo del settore, in nome di quegli interessi protezionistici di categoria che, da troppo tempo, e oggi più che mai⁵², rendono il mercato di riferimento impermeabile a qualsiasi tentativo di apertura.

Sono note, del resto, le recenti polemiche e gli scioperi dei tassisti in occasione dell'approvazione della legge di conversione del c.d. decreto milleproroghe, un testo che si limita a prorogare un intervento governativo e, con esso, posticipare il momento in cui potrà dirsi effettivamente operativo l'obbligo di ritorno in rimessa per i conducenti NCC, vincolo contenuto in una disposizione ritenuta fino ad oggi, sostanzialmente, *“lettera morta”*⁵³. Se è vero, dunque, che, con tale proroga, come è stato affermato anche in sede politica, *“dal punto di vista formale-normativo non cambia nulla”*⁵⁴, allora le accuse della categoria, in questo caso circa la presunta volontà politica di favorire il servizio NCC (e indirettamente *Uber*, con riferimento al servizio *Uberblack*), sembrano essere l'appannaggio di una protesta strumentalizzata e finalizzata al mantenimento degli attuali *“privilegi”*.

Se poi si osservano le caratteristiche delle nuove offerte, è oltremodo innegabile che tali servizi rappresentino un'opportunità per rendere il mercato di

⁵⁰ Così, A. SOMMA, *Il caso Uber. Mercati amministrati e disciplina del trasporto pubblico non di linea*, cit., p. 3.

⁵¹ Cfr. ancora A. SOMMA, *Il caso Uber. Mercati amministrati e disciplina del trasporto pubblico non di linea*, cit., p. 4.

⁵² L'ostilità all'innovazione da parte dei tassisti è, infatti, talora, manifestamente evidente, quasi a mostrare un rifiuto indiscriminato verso qualsiasi cambiamento della struttura del mercato (anche minimo). Si pensi al recente caso riguardante il Comune di Milano, che ha adottato un bando di gara per l'affidamento della fornitura e gestione del sistema di chiamate *taxi*, al fine di sostituire le tradizionali colonnine (spesso oggetto di vandalismo e non funzionanti) con un'applicazione *software* mobile per *smartphone*. A seguito del ricorso presentato da alcune società che svolgevano il servizio di *radio taxi*, il Consiglio di Stato, dopo la decisione del giudice di prime cure, si è espresso sulla richiesta di annullamento del predetto atto, ritenendo il nuovo sistema di chiamate basato sull'innovazione tecnologica più efficiente e non arrestabile da meri interessi corporativistici. Cfr. Cons. St., sez. V, 11 aprile 2016, n. 1415.

⁵³ Per la ricostruzione in termini normativi, cfr. nota 8.

⁵⁴ Cfr. le dichiarazioni rese in data 17 febbraio da Linda Lanzillotta, senatrice che ha proposto l'emendamento al decreto milleproroghe che ha originato la protesta dei tassisti (http://www.repubblica.it/politica/2017/02/17/news/linda_lanzillotta_attacco_violento_e_personal_e_ma_non_mi_fermo_-158550213/).

riferimento più efficiente, con la possibilità degli utenti di fruire di prestazioni di trasporto a basso costo e di qualità. Da qui, pertanto, deriva il doveroso tentativo di regolare tali piattaforme, cercando di introdurre forme di adeguata tutela degli utenti, ma allo stesso tempo evitando quelle misure di accesso al mercato e di controllo dell'attività così penetranti da limitare smisuratamente, e concretamente vietare, l'offerta dei nuovi servizi di mobilità.

La strada indicata dalle amministrazioni indipendenti e dal Consiglio di Stato potrebbe costituire, allora, la via mediana, quella più socialmente realizzabile, meglio capace di bilanciare gli interessi dei rappresentanti delle contrapposte categorie. Una soluzione, questa, basata sul riconoscimento della natura privata dei servizi di trasporto offerti dai nuovi operatori economici, su una regolazione leggera e minimale delle nuove piattaforme, sulla predisposizione di misure in grado di contenere gli oneri della *platform economy* contestualmente assicurando accettabili livelli di tutela del consumatore, su un alleggerimento delle regole anche per i vettori tradizionali, che sembrerebbe essere la più idonea a non falsare la competizione, a porre ambedue i gruppi economici al medesimo livello di partenza, a coniugare, in ultima istanza, due valori solo apparentemente inconciliabili: la tradizione e l'innovazione.



COMMENTI

Rettifica del prezzo d'OPA e poteri della Consob: il TAR rinvia alla Corte di giustizia *

di Pierluigi De Biasi

TAR Lazio, Roma, Il quater, 19 luglio 2016-16 novembre 2016, n. 11441/2016, n. 11443/2016 e n. 11445/2016 Reg. Prov. Coll. Pres. L. Pasanisi. Est. F. Arzillo

«Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, provvede come segue:

– rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata al punto 7 della motivazione, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Se osti alla corretta applicazione dell'articolo 5, paragrafo 4, commi 1 e 2, della Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto, in relazione ai principi generali stabiliti dall'art. 3, paragrafo 1, della stessa Direttiva, nonché alla corretta applicazione dei principi generali di tutela del legittimo affidamento, proporzionalità, ragionevolezza, trasparenza e non discriminazione, una normativa nazionale, quale quella dell'articolo 106, comma 3, lett. d), numero 2), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), e successive modificazioni, e dell'art. 47-octies della deliberazione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 (Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti), e successive modificazioni, nella parte in cui le citate disposizioni, nell'autorizzare la Consob ad aumentare il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto di cui al citato articolo 106 a fronte dell'accertamento della collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori, si limitano a far riferimento al criterio del "prezzo accertato" senza specificare i parametri e i criteri di tale accertamento».

TAR Lazio, Roma, Il quater, 19 luglio 2016-16 novembre 2016, n. 11442/2016, n. 11444/2016 e n. 11445/2016 Reg. Prov. Coll. Pres. L. Pasanisi. Est. F. Arzillo

«Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, provvede come segue:

– rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata al punto 8 della motivazione, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;

* A commento già in bozze è stata pubblicata la sentenza della Corte di Giustizia UE (Terza Sez.) 20 luglio 2017 (C-206/16), vicenda alla quale il testo si riferisce spesso. La Corte dispone che l'art. 5, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva 2004/25/CE (Direttiva OPA) deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che consente all'autorità nazionale di aumentare il prezzo di un'OPA «in caso di «collusione» senza precisare le condotte specifiche che caratterizzano tale nozione, a condizione che l'interpretazione della suddetta nozione possa essere desunta da tale normativa in modo sufficientemente chiaro, preciso e prevedibile, mediante metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno» confermando la tesi già ipotizzata nel testo. Sono state aggiunte quindi poche righe come conclusione.

«Se osti alla corretta applicazione dell'articolo 5, paragrafo 4, comma 2, della Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto, in relazione ai principi generali stabiliti dall'art. 3, paragrafo 1, della stessa Direttiva, nonché alla corretta applicazione dei principi generali di diritto europeo della certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, di proporzionalità, di ragionevolezza, di trasparenza e di non discriminazione, una normativa nazionale, quale quella dell'articolo 106, comma 3, lett. d), numero 2), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), e successive modificazioni, e dell'art. 47-octies della deliberazione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 (Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti), e successive modificazioni, nella parte in cui le citate disposizioni autorizzano la Consob ad aumentare l'offerta pubblica di acquisto di cui al citato articolo 106, qualora ricorra la circostanza che "vi sia stata collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori", senza individuare le specifiche condotte che integrano tale fattispecie, e dunque senza determinare chiaramente le circostanze e i criteri, in presenza dei quali la Consob è autorizzata a rettificare in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto».

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Le norme rilevanti e i precedenti. – 3. La parità di trattamento. – 4. I poteri e i criteri per la determinazione del prezzo. – 5. La collusione. – 6. Il metodo presuntivo. – 7. Le modalità chiaramente determinate. – 8. Una conclusione provvisoria.

1. Il caso

Finmeccanica S.p.A., società quotata sul Mercato Telematico Azionario gestito da Borsa Italia S.p.A. vende all'acquirente Hitachi Ltd., e per lei alla società veicolo Hitachi Rail Italy Investments S.r.l. (i) una partecipazione del 40,70% del capitale in Ansaldo STS S.p.A., anche essa società quotata sul MTA, (ii) un ramo d'azienda di Ansaldo Breda S.p.A., società della quale Finmeccanica è socio unico, e (iii) il marchio AnsaldoBreda e alcuni immobili.

In conseguenza dell'aver acquistato il 40% di una società quotata (Ansaldo STS) su Hitachi grava l'obbligo, ex art. 106, comma 1, TUF, di lanciare un'offerta pubblica di acquisto (OPA) sul resto del capitale, al prezzo «non inferiore a quello più elevato pagato dall'offerente ... nei dodici mesi anteriori alla comunicazione di cui all'art. 102, comma 1, per acquisti di titoli della medesima categoria»¹, «al fine di assicurare la parità di trattamento a tutti gli

¹ Nel testo dell'art. 106 vigente prima che la direttiva 2004/25/CE sull'OPA fosse recepita il prezzo doveva essere «non inferiore alla media aritmetica fra il prezzo medio ponderato di mercato degli ultimi dodici mesi e quello più elevato pattuito nello stesso periodo dall'offerente per acquisti della medesima categoria». Formulano perplessità sul fatto che il maggior costo previsto dalla nuova norma se può offrire maggior protezione per gli azionisti, d'altro canto può anche scoraggiare operazioni di acquisizione ostile M. VENTORUZZO, *L'armonizzazione europea del diritto delle società per azioni quotate*, in *Diritto societario europeo e internazionale* diretto da M. Benedettelli e M. Lamandini, Utet, Torino, 2017, p.448 e F. MUCCIARELLI *Le offerte pubbliche d'acquisto e di scambio*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da V. Buonocore – diretto da R. Costi, Giappichelli, Torino, 2014, p. 150. Di converso L. ENRIQUES, *Mercato del controllo societario e tutela degli*

azionisti della società quotata», per usare le parole del TAR Lazio².

Durante il periodo, successivo alla comunicazione ex art. 102, comma 1, TUF relativa al lancio dell'OPA e al deposito del documento di offerta, nel quale la Consob è chiamata (art. 102, comma 4, TUF) a valutare la correttezza del documento di offerta³, due azionisti si rivolgono a Consob attivando il procedimento previsto dall'art. 47-sexies del c.d. Regolamento Emittenti⁴, proponendo di modificare in aumento il prezzo, in applicazione dell'art. 106, comma 3, TUF.

Tali azionisti di minoranza ritenevano infatti che la vendita contestuale allo stesso soggetto acquirente sia della partecipazione nella società quotata (Ansaldo STS) sia di altri beni (l'azienda e il marchio Ansaldo Breda) consentisse una formazione opaca del prezzo e, in particolare, che pur ipotizzando come corretta la somma dei prezzi, l'eccessivamente elevato prezzo pagato per l'azienda di Ansaldo Breda S.p.A. comportasse la definizione del prezzo per il 40,70% di Ansaldo STS S.p.A. a un valore troppo basso. L'ovvio effetto, secondo questa tesi, è che la vicenda si pone in termini di neutralità per il venditore, per il quale ricevere 100 come somma di 50 e 50 o come somma di 80 e 20 è indifferente, al netto da eventuali considerazioni di carattere fiscale, ma consente un risparmio consistente al compratore, che potrà lanciare l'OPA a un prezzo minore, in danno degli azionisti residui: ogni somma pagata "in più" per i beni non quotati riduce di pari importo il prezzo pagato per le azioni quotate. Con una distribuzione come quella del caso in discussione (acquisto del 40% e OPA sul 60%) ogni euro "risparmiato" nell'operazione con il venditore vale un "risparmio" di 1,5 euro nel costo dell'OPA. Alla luce di questo tipo di considerazioni gli azionisti di minoranza lamentavano l'accordo «collusivo» (termine sul quale torneremo) tra venditore e acquirente.

Il provvedimento reso da Consob, accertata la sussistenza dei presupposti, rettificava in aumento il prezzo d'OPA, ma per un importo molto minore delle fasce (tra loro diverse) indicate come corrette dai soci di minoranza: contro di esso sono state pertanto proposte cinque impugnazioni (sfociate nelle ordinanze in commento), proposte da tre fondi azionisti di minoranza di Ansaldo STS S.p.A., dal compratore e dal venditore.

Il TAR a oggi ha preso due provvedimenti, il primo dei quali forse inevitabile e il secondo oggetto del presente commento. In sede di provvedimento cautelare monocratico, confermato con il successivo provvedimento cautelare collegiale, il TAR ha sospeso provvisoriamente gli effetti della delibera Consob oggetto di impugnazione, nella sola parte in cui rettifica in aumento il prezzo dell'OPA. Obbligare il compratore a pagare l'integrazione di prezzo avrebbe

investitori. La disciplina dell'opa obbligatoria, il Mulino, Bologna, 2002, p. 42 commentando la regola originale, osservava che il legislatore non aveva imposto la regola del prezzo più alto pagato, discostandosi dalle regole in vigore in Inghilterra e in Francia, e sottolineava come non fosse giustificabile in termini di efficienza una regola che fissava un prezzo «tendenzialmente superiore a quello di mercato precedente la notizia del superamento della soglia».

² Per un'ampia disamina delle ragioni teoriche che militano a favore della esistenza dell'OPA totalitaria, occupando la bibliografia in argomento ormai alcuni scaffali, si indicano solo il primo ampio studio italiano di *law and economics*, ovvero L. ENRIQUES, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori*, cit., pp. 11-39 e, tra i più recenti contributi, A. POMELLI, *Trasferimento e consolidamento del controllo nelle società quotate*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 19-42 e M. VENTORUZZO, *L'armonizzazione europea*, cit., pp. 432-436.

³ F. MUCCIARELLI, *Le offerte pubbliche d'acquisto e di scambio*, cit., p. 63 et seq., come già prima in *Art. 102*, in F. VELLA (a cura di), *Commentario T.U.F.*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 1017-1021.

⁴ Deliberazione Consob 14 maggio 1999, n. 11971 (Regolamento di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti).

avuto per conseguenza, in caso di successiva demolizione della delibera Consob, l'obbligo di ripetere una piccola somma (nell'ordine di 40 centesimi per azione) a una platea vastissima di venditori che avevano aderito all'OPA, rendendola impraticabile; tra la soluzione di obbligare il compratore a depositare in un conto vincolato la somma ipoteticamente dovuta in caso di conferma della delibera Consob e quella effettivamente scelta di sospendere la validità della delibera sul punto il TAR, presumibilmente in considerazione della relativa modestia dell'ammontare rispetto al prezzo d'OPA (circa il 4%), ha scelto la via più semplice.

Il secondo provvedimento è l'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per esaminare una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE⁵. I quesiti sono due, uno per le tre ordinanze sui ricorsi promossi dagli azionisti e uno uguale per le due ordinanze sui ricorsi promossi da venditore e acquirente.

I quesiti sono: se osti alla corretta applicazione dell'art. 5, par. 4, commi 1 e 2, Direttiva 2004/25/CE (direttiva OPA), in relazione ai principi generali stabiliti dall'art. 3, par. 1, della stessa Direttiva, nonché alla corretta applicazione dei principi generali di tutela del legittimo affidamento, proporzionalità, ragionevolezza, trasparenza e non discriminazione, la regola dell'art. 106, comma 3, lett. d), n. 2, TUF e dell'art. 47-*octies* del Regolamento emittenti, nella parte in cui tali disposizioni autorizzano la Consob ad aumentare il prezzo d'OPA:

1. a fronte dell'accertamento della collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori, limitandosi a far riferimento al criterio del «prezzo accertato» senza specificare i parametri e i criteri di tale accertamento;

2. qualora ricorra la circostanza che «vi sia stata collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori», senza individuare le specifiche condotte che integrano tale fattispecie, e dunque senza determinare chiaramente le circostanze e i criteri, in presenza dei quali la Consob è autorizzata a rettificare in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto.

Uno dei fondi poi ricorreva avanti il giudice ordinario chiedendo che il giudice volesse, sulla base della collusione accertata da Consob, rilevare la violazione compiuta dall'acquirente dell'art. 110 TUF (illegittimo esercizio del voto in assemblea) e quindi annullare le delibere impugnate. Del provvedimento giudiziale, di per sé estraneo alla materia in esame, si farà uso nel seguito in quanto ampio, articolato e utile a ricostruire profili qui di interesse⁶.

⁵ L'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE) attribuisce alla Corte di giustizia dell'Unione europea competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale da un lato sull'interpretazione dei trattati e, dall'altro, sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Il procedimento di rinvio è facoltativo nel caso in cui la questione sia sollevata dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro, il quale organo giurisdizionale può, ove reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi; quando la questione sia sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, l'organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Lo schema è strutturalmente simile al caso interno di rinvio alla Corte Costituzionale per la valutazione di legittimità costituzionale di una norma ex art. 134 Cost. Sulla facoltà e l'obbligo di effettuare si rinvia a L. FUMAGALLI, *Commento sub art. 267*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione Europea*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2014, p. 1328; L. DANIELE, *Commento sub art. 267*, in A. TIZZANO (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione Europea*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 2111 e D. LAMPARELLA, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di giustizia europea*, ESI, Napoli, 2014, p. 22.

⁶ Trib. Genova 8 novembre 2016 (ord.), in *Soc.*, 2017, p. 451, con nota di P. GIUDICI, *OPA: collusione tra acquirente e venditore e tutele degli azionisti di minoranza*.

2. Le norme rilevanti e i precedenti

La Direttiva sull'OPA (2004/25/CE)⁷ innovò solo marginalmente rispetto al tessuto dell'ordinamento italiano come previsto dal TUF, che rimase confermato nella struttura e nei principi, e per quanto qui rileva si esprime in tre considerando, i primi due dei quali di per sé non innovativi, e in un articolo. Il considerando (2) pone la necessità di tutelare gli interessi dei possessori di titoli di società quotate quando esse sono oggetto di OPA, ovvero si verifica un cambiamento nel loro controllo e il considerando (5) invita gli Stati membri a designare una o più autorità competenti a vigilare sull'OPA e ad assicurare che le parti rispettino le norme. Particolarmente rilevante ai fini della presente discussione appare invece il considerando (6)⁸, per il quale, per essere efficaci, le norme dovrebbero essere (i) flessibili e adattabili ad eventuali nuove circostanze (ii) dovrebbero contemplare la possibilità di eccezioni e deroghe, e il tutto (iii) dovrebbe rispettare determinati principi generali.

L'art. 5, significativamente rubricato *Tutela degli azionisti di minoranza; offerta obbligatoria e prezzi equi*, al comma 4 prevede che (a) il prezzo equo dell'OPA obbligatoria sia il prezzo massimo pagato dall'offerente, o da chi agisce di concerto, in un periodo compreso tra i sei e i dodici mesi antecedenti all'offerta; (ii) se, dopo che l'offerta è stata resa pubblica e prima che venga chiusa, l'offerente (o i concertanti) acquista titoli a un prezzo superiore a quello dell'offerta, deve aumentare l'offerta almeno al prezzo massimo pagato per questi titoli⁹.

Nel rispetto dei principi generali di cui all'art. 3, par. 1, gli Stati membri possono autorizzare le autorità di vigilanza a modificare il prezzo in circostanze e secondo criteri chiaramente determinati e possono redigere un elenco di circostanze nelle quali il prezzo può essere modificato, verso l'alto o verso il basso, come per esempio se il prezzo massimo è stato concordato tra l'acquirente e un venditore, se i prezzi di mercato dei titoli sono stati manipolati, se i prezzi di mercato sono stati influenzati da eventi eccezionali, o per permettere il salva-

⁷ La direttiva è stata recepita con il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 229. Sul recepimento delle norme europee in Italia v. M. STELLA RICHTER JR., *Fattispecie e disciplina delle offerte pubbliche di acquisto*, in M. STELLA RICHTER JR. (a cura di), *Le offerte pubbliche di acquisto. Commento agli artt. 101-bis ss. T.U.F., così come modificati dal d.lgs. n. 229/2007, dalla legge n. 2/2009 e dal d.lgs. n. 146/2009*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 3. Il bisogno di armonizzazione comunitaria della normativa sulle offerte pubbliche si manifesta con un'analisi e una bozza di direttiva dei primi anni '70: R.R. PENNINGTON, *Report on Takeover and Other Bids*, COM Doc XI/56/74-E, 1974; sul percorso che ha portato all'adozione della direttiva K.J. HOPT, *Takeover Regulation in Europe – the Battle for the 13th Directive on Takeovers*, in *Australia J. Corp. L.*, 2002, p. 1 o, più in breve, M. LAMANDINI-D. RAMOS MUÑOZ, *EU Financial Law. An Introduction*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 360.

⁸ «Considerando (6) Per essere efficaci, le norme sulle offerte pubbliche di acquisto dovrebbero essere flessibili e adattabili ad eventuali nuove circostanze e, di conseguenza, dovrebbero contemplare la possibilità di eccezioni e deroghe. Tuttavia, nell'applicare le disposizioni o le eccezioni stabilite o nel concedere eventuali deroghe le autorità di vigilanza dovrebbero rispettare determinati principi generali».

⁹ La fattispecie qui indicata è diversa da ciò che è avvenuto nel caso in esame dove, come ricorda il TAR in fine del §2 di ciascuna ordinanza, il prezzo è stato oggetto di due rettifiche. Innanzitutto l'offerente aveva volontariamente aumentato – e liquidato – il corrispettivo spettante agli aderenti all'OPA (da 9,50 a 9,68 Euro per azione). In data 23 marzo 2016, quindi a OPA chiusa, Hitachi ha reso noto di aver acquistato sul mercato azioni al prezzo di Euro 10,50 per azione e di voler adeguare il prezzo di offerta a tale prezzo attribuendo un conguaglio agli aderenti, ai sensi dell'art. 42, comma 3, del Regolamento Emittenti (c.d. *best price rule*).

taggio di un'impresa in difficoltà. Possono altresì definire i criteri da utilizzare in questi casi, come ad esempio il valore medio di mercato su un certo periodo, il valore di liquidazione della società o altri criteri oggettivi di valutazione generalmente utilizzati nell'analisi finanziaria.

È da precisare che la direttiva 2004/25/CE è esplicitamente (art. 3, comma 2) una direttiva di armonizzazione minima¹⁰ e, infatti l'art. 3, comma 2 prevede che gli Stati membri, oltre a provvedere a che siano soddisfatti i requisiti minimi, possano fissare ulteriori condizioni e disposizioni più rigorose di quelle prescritte dalla direttiva: è quindi immanente la facoltà degli Stati membri di fissare condizioni e disposizioni più stringenti per regolamentare le offerte¹¹.

Il recepimento comportò la modifica dell'art. 106 TUF (Offerta pubblica di acquisto totalitaria), il quale al comma 3 contiene la delega alla Consob di disciplinare le ipotesi in cui l'offerta al capitale residuo debba essere promossa a prezzo superiore a quello più elevato pagato al venditore iniziale, purché: 1) l'offerente abbia pattuito l'acquisto di titoli ad un prezzo più elevato di quello pagato per l'acquisto di titoli della medesima categoria ovvero 2) vi sia stata collusione tra l'offerente e uno o più venditori.

Il Regolamento emittenti si limita, per il primo caso, a parafrasare la legge, chiarendo che per il caso di pattuizioni per l'acquisto di titoli il prezzo dell'offerta è quello pattuito per l'acquisto dei titoli (art. 47-septies); l'art. 47-octies invece assolve a una funzione di integrazione regolamentare riferendosi alla circostanza di cui al punto 2) dell'art. 106, comma 3, lett. d), TUF come ricorrente «*qualora dalla collusione accertata tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori emerga il riconoscimento di un corrispettivo più elevato di quello dichiarato dall'offerente*» e precisa che in questo caso il prezzo dell'offerta è pari a quello accertato.

Il documento di consultazione Consob¹² sul punto esemplifica facendo riferimento «*alle situazioni in cui parte del corrispettivo per l'acquisizione della partecipazione di controllo è stato "nascosto" con contratti collaterali al contratto di compravendita delle azioni (ad es. con la compravendita di un immobile a prezzi superiori a quelli di mercato per celare parte del corrispettivo relativo alla partecipazione di controllo)*»¹³ e proponendo, con un'esposizione brachilogica, che «*ove ricorrano i presupposti per l'adozione di un provvedimento che disponga l'aumento del prezzo di offerta, questo è fissato in misura pari al prezzo più elevato della transazione, oggetto di collusione*», per indicare che il prezzo dell'OPA deve essere rivisto al rialzo per un fattore correttivo dato dall'eccesso pagato nell'operazione collaterale, da sommare al prezzo pagato al primo venditore¹⁴.

¹⁰ In dottrina si suggerisce di trasformarla in una direttiva di massima armonizzazione: M. LAMANDINI-D. RAMOS MUÑOZ, *EU Financial Law*, cit., p. 378.

¹¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale, par. 38, il quale aggiunge che «*[a]nalogamente, l'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva sembra riconoscere agli Stati membri, in termini generali, ampi poteri di deroga rispetto ad essa*».

¹² Consob, *Modifiche regolamentari richieste dal d.lgs. di recepimento delle Direttiva 2004/25/CE (e da successivi interventi legislativi)*, Roma, 2007, p.74.

¹³ C. D'AMBROSIO, *Offerta pubblica di acquisto: poteri e responsabilità degli amministratori*, Cedam, Padova, 2014, p. 139 riprende letteralmente l'esempio e M. RONDINELLI, *Commento sub Art. 106*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Commentario alla disciplina dell'offerta pubblica di acquisto*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, p. 137 riprende alla lettera il concetto dei contratti collaterali.

¹⁴ Si può formulare il discorso più compiutamente in questi termini: l'*extra*-prezzo pagato per l'operazione collaterale diviso per il numero di azioni oggetto dell'acquisto che fa scattare

Non risulta che la dottrina o la giurisprudenza abbiano elaborato utili canoni interpretativi per ricondurre la fattispecie concreta all'una o all'altra delle circostanze indicate agli artt. 47-*septies* e 47-*octies*. Le stesse comunicazioni emanate dalla Consob sul tema non sembrano annettere conseguenze particolari al ricondurre all'una o all'altra delle dette circostanze gli invero pochi casi che si sono presentati. Dalla prima comunicazione in argomento Consob, rilevando che il caso all'esame presentava due operazioni con «*profili di interdipendenza*», indicava che «*ove da tali operazioni emergessero eventuali ulteriori componenti remunerative, sia pure indirettamente, del trasferimento [della partecipazione], ciò avrebbe evidentemente delle ricadute sul presupposto*» adottato dall'offerente per chiedere conferma che il prezzo d'OPA dovesse essere esclusivamente quello indicato per il trasferimento della partecipazione, e che pertanto in tal caso «*potrebbe emergere un diverso corrispettivo pattuito ai sensi ... dell'art. 47-*septies* del Regolamento Emittenti, nonché profili collusivi, ai sensi ... dell'art. 47-*octies* del Regolamento Emittenti*»¹⁵.

In realtà si potrebbe leggere il primo profilo (pattuizione dell'acquisto a un prezzo più elevato) come un caso particolare del secondo profilo, visto come più generale (collusione tra l'offerente e un venditore).

Nella prassi sin qui maturata, nel primo caso di accertamento di un diverso prezzo¹⁶ le parti si accordarono, mentre il secondo caso sfociò in un ampio e articolato contenzioso, risolto dal TAR Lazio con tre sentenze nel 2014¹⁷, che riconoscevano l'esistenza di una collusione e non demolivano la decisione presa da Consob di ritoccare il prezzo. In sede di appello, allo stato, si registra una articolata ordinanza di rinvio – parzialmente simile a quelle in commento – a opera del Consiglio di Stato resa nel 2016¹⁸. La vicenda oggi in discussione avanti la Corte di Giustizia dell'Unione Europea rappresenta il primo caso di interpretazione da parte della Corte dell'art. 5, § 4 della Direttiva, nella quale meritano esame le articolate conclusioni svolte dall'Avvocato Generale¹⁹.

l'obbligo di lanciare l'OPA totalitaria, sommato al prezzo unitario pagato per queste azioni diviene il prezzo (corretto) per azione da offrire in sede di OPA o:

$$PC = (EP/AA) + PP$$

dove PC è il prezzo corretto per azione; EP l'*extra*-prezzo corrisposto; AA il numero azioni acquistate; PP il prezzo pagato per azioni.

¹⁵ Comunicazione 24 febbraio 2012, n. 12014102.

¹⁶ Nel 2012 in occasione dell'OPA EDF sulle azioni ordinarie Edison Consob ritenne esistere una «*componente di remunerazione aggiuntiva*» e incrementò il prezzo dell'offerta, decisione che non fu contestata; v. Com del 24 febbraio 2012, n. 12014102; del 24 aprile 2012, n. 12027130 e del 3 maggio 2012, n. Dcg/Dic/12036271. Esiste almeno un caso nel quale l'intervento di Consob fu chiesto e il prezzo non fu modificato. Durante l'OPA LVMH su Bulgari, a seguito di una maggior cessione di azioni da parte dei venditori, rispetto a quanto inizialmente comunicato, un azionista di minoranza presentò un esposto alla Consob per ottenere la rettifica del prezzo, ma l'Autorità non ritenne sussistere i motivi (delibera 4 agosto 2011, n. 17901) e il ricorso al TAR fu rigettato (18 aprile 2012, n. 3527).

¹⁷ TAR Lazio, Roma, II, 19 marzo 2014, nn. 3009, 3010 e 3011.

¹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2016, n. 01380/2016 Reg. Prov. Coll. (ord.). Il quesito della corte è se osti alla corretta applicazione della direttiva 2004/25/CE la normativa nazionale, nella parte in cui autorizza la Consob ad aumentare l'offerta pubblica di acquisto, in caso di collusione, «*senza individuare le specifiche condotte che integrano tale fattispecie, e dunque senza determinare chiaramente le circostanze e i criteri, in presenza dei quali la Consob è autorizzata a rettificare in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto*».

¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 15 marzo 2017 nella Causa C-206/16, reperibili a <http://curia.europa.eu/juris/>.

3. La parità di trattamento

«*In principio sta l'eguaglianza degli azionisti*»²⁰ dichiarava un antico Maestro, pur chiarendo subito dopo che le norme poste ad ancoraggio dell'affermazione sono dispositive. Il tema dell'uguaglianza nel tempo ruota²¹ e si prospetta in nuova forma e veste, come parità di trattamento degli azionisti e, in tale veste, è la pietra angolare nell'edificare l'istituto dell'OPA.

Il principio della parità di trattamento compare per la prima volta nella Direttiva 2001/24/CE riguardante l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale e l'informazione da pubblicare su detti valori dove, all'art. 65²², si stabiliva il principio per il quale «*La società deve garantire parità di trattamento per tutti i possessori di azioni che si trovano in condizioni identiche*», la cui parte rilevante è oggi trasposta nel testo dell'Art. 17, comma 1, della direttiva 2004/109/CE: «*L'emittente di azioni ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato garantisce parità di trattamento per tutti i possessori di azioni che si trovano in condizioni identiche*». La Corte di Giustizia, nell'unico caso fino a oggi discusso²³, ha ritenuto che non esista nell'ordinamento comunitario un generale principio di parità di trattamento che possa essere invocato dagli azionisti di minoranza per un trasferimento di controllo della società, precisando che i principi generali comunitari hanno rango costituzionale, mentre il principio – così come invocato dai ricorrenti – richiedeva misure di dettaglio possibili solo in caso fosse emanata una direttiva di secondo livello (§63) e, nel caso specifico, il diritto alla parità di trattamento si esauriva nei limiti di quanto previsto dalla direttiva 2004/25.

In particolare, la direttiva 2004/25 prevede all'art. 3, comma 1, lett. a) che ai fini dell'attuazione della direttiva, gli Stati membri provvedono a che sia applicato, tra gli altri principi, quello secondo il quale «*tutti i possessori di titoli di una società emittente della stessa categoria devono beneficiare di un trattamento equivalente*», ma nessuno sembra porre in discussione il fatto che il previsto «*trattamento equivalente*» equivalga a imporre l'obbligo della parità di trattamento²⁴.

Dal punto di vista del diritto interno il principio, non esplicitato in via generale per le società per azioni, è tuttavia una conseguenza del principio di uguaglianza delle azioni. L'art. 2348 c.c. continua a prevedere il principio, come

²⁰ A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 61.

²¹ A mero titolo di esempio si riferisce ancora al «*principio dell'eguaglianza degli azionisti*» il Documento a conclusione dell'indagine conoscitiva del Senato sul finanziamento delle borse valori in Italia, in *Riv. soc.*, 1978, p. 238.

²² Abrogato dall'art. 32 della direttiva 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2004.

²³ Sentenza del 15 ottobre 2009, *Audiolux e a.*, C-101/08, sul quale v. M. LAMANDINI-D. RAMOS MUÑOZ, *EU Financial Law.*, cit., p. 334.

²⁴ G. BOSI, *Art. 103*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 86; M. VENTORUZZO, *L'armonizzazione europea*, cit., p. 439; F. MUCCIARELLI, *Le offerte pubbliche d'acquisto e di scambio*, cit., p. 50; R. SKOG-E. LIDMAN, *Equal Treatment of Shareholders – Can There Be Too Much of it?*, Nordic&European Company Law Working Paper No. 16-15 (December 1, 2016), p. 2, disponibile a: <https://ssrn.com/abstract=2878773>; G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Principi generali*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da V. Buonocore – diretto da R. Costi, Giappichelli, Torino, 2015, p. 238; in giurisprudenza si riferiscono alla parità di trattamento, con riferimento al prezzo d'OPA, sia Cons. St., Sez. VI, 6 aprile 2016, n. 01380/2016 Reg. Prov. Coll. (ord.), par. 12.2 che TAR Lazio, Roma, I, 18 aprile 2012, n. 3527 disponibile a: <http://www.regoleemercati.it/finanza-e-assicurazioni/>.

detto derogabile dallo statuto, di uguaglianza dei diritti ed è stato munito di un comma 3 dal d.lgs. n. 6/2003, ove si precisa ciò che già la dottrina aveva affermato in via interpretativa²⁵, ossia che il principio ha valore assoluto all'interno della medesima categoria di azioni²⁶. Dalla parità di diritti tra le azioni (della medesima categoria) discende la parità di trattamento dei proprietari delle azioni, aspetto che è chiarito nella normativa specifica, sia dall'art. 92, commi 1 e 2 che dall'art. 103, comma 1, TUF, con la previsione che l'offerta deve essere rivolta «a parità di condizioni a tutti i titolari dei prodotti finanziari che ne formano oggetto».

L'ordinamento tiene conto delle categorie di azioni in sede di OPA, come si evince dall'art. 103 TUF. Il testo originario dell'art. 106, comma 1, TUF obbligava l'acquirente a promuovere l'offerta sulla totalità delle azioni ordinarie. Dopo la riforma del 2003 è difficile sostenere che di necessità esistano azioni ordinarie²⁷ e infatti il TUF obbliga (art. 106, comma 1) a proporre l'offerta sulla totalità dei titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolato e chiarisce (art. 106, comma 2) che l'offerta è promossa «[p]er ciascuna categoria di titoli», secondo la regola del prezzo più alto pagato, ovviamente per ciascuna categoria, e una conferma della sussistenza del principio di parità di trattamento deriva dalla cd. *best price rule*, che obbliga l'offerente, dopo aver aumentato il corrispettivo per un venditore o aver acquistato fuori dell'OPA a prezzo maggiore, a offrire a tutti gli oblati il maggior prezzo²⁸.

4. I poteri e i criteri per la determinazione del prezzo

Il TAR, nelle ordinanze di rinvio sui ricorsi proposti dagli azionisti (nn. 11441-3-5/2016), solleva la questione pregiudiziale interpretativa se «ai fini della valutazione di compatibilità eurounitaria della normativa interna e/o dell'applicazione che ne ha fatto la CONSOB» la Direttiva, alla luce dei principi generali, lasci un margine di valutazione nella determinazione del «prezzo equo» nella fase di rettifica del prezzo originario, ponendosi un duplice quesito, ovvero (i) se il riferimento ai criteri determinati, e ai relativi esempi richiamati nella direttiva²⁹ rivestano carattere vincolante ed esaustivo e (ii) se la normativa interna debba necessariamente specificare un elenco di criteri, che la Direttiva indica e la normativa nazionale no.

Le precedenti sentenze del TAR non si occupano del punto, salvo nel ricordare che la direttiva 2004/25/CE è una direttiva c.d. di armonizzazione mi-

²⁵ A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, cit., p. 203; M. BIONE, *Le azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, vol. 2**, Utet, Torino, 1991, p. 45 e, *si parva licet*, P. DE BIASI, *Burro e cannoni*, in *Soc.*, 2001, p. 819.

²⁶ N. ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Gastone Cottino, vol. 4, *Le società per azioni*, Cedam, Padova, 2010, p. 243.

²⁷ La motivazione dell'affermazione necessiterebbe uno spazio troppo ampio e sarebbe eccentrica rispetto al fuoco di queste note e, quindi, sia consentito rinviare a M. NOTARI, *Categorie di azioni*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni*, in *Commentario della riforma delle società* diretto da P. Marchetti et. al., Giuffrè, Milano, 2008, p. 159 ss.

²⁸ Art. 103, comma 4, TUF e art. 42, comma 2, Regolamento Emittenti.

²⁹ Art. 5, § 4, comma 2, *in fine*: valore medio di mercato su un certo periodo, il valore di liquidazione della società o altri criteri oggettivi di valutazione generalmente utilizzati nell'analisi finanziaria.

nima, la quale (art. 1) «*stabilisce misure di coordinamento delle disposizioni*» negli ordinamenti degli Stati membri³⁰, lettura che concede libertà a ciascuno Stato membro di regolare come ritiene la materia³¹.

La Direttiva trova la sua origine nello *Winter Report*³² e in particolare la regola in discussione è diffusamente discussa, motivata e suggerita, là dove il *Group*³³ riconosce che la regola del prezzo più alto pagato in alcune circostanze potrebbe non raggiungere lo scopo della parità di trattamento, indicando, espressamente in via non limitativa e tra le altre, l'ipotesi che «*the highest price paid was set by collusion (i.e. an agreement with the vendor aimed at evading the highest price paid rule)*», suggerendo quindi che la (allora emananda) Direttiva avrebbe dovuto, per quanto qui rileva:

- consentire agli Stati membri definire sia le situazioni che danno luogo alla disapplicazione della regola sul prezzo massimo pagato che i criteri applicabili da parte dell'autorità di supervisione nel decidere di incrementare o ridurre il prezzo in sede di OPA;

- prevedere che in caso di dubbio il giudizio sia guidato dal principio dello *shareholders' interest*;

- consentire agli Stati membri di utilizzare nella circostanza di rettifica del prezzo una serie di criteri, l'ultimo dei quali è una norma di chiusura: «*any other objective valuation criteria usually applied in financial analysis*»;

e l'intero impianto dei suggerimenti è nelle Raccomandazioni del rapporto³⁴.

La lettura dello *Winter Report*, da considerare alla stregua di lavori preparatori della Direttiva, per quanto essi possano valere nell'interpretazione, cumulata con un argomento testuale, ossia l'osservazione che la casistica elencata dell'art. 5, comma 4 della Direttiva è preceduta dalle parole «*come ad esempio*» consentirebbe forse di indirizzare la risposta al quesito, suggerendo che la norma regolamentare sia perfettamente allineata al quadro comunitario e che sia compatibile con i principi generali di tutela del legittimo affidamento, proporzionalità, ragionevolezza, trasparenza e non discriminazione, costituendo l'uso di criteri oggettivi normalmente impiegati un caso particolare di applicazione dei criteri di ragionevolezza e di trasparenza.

Certamente, se la norma appare legittima³⁵, il comportamento dell'Autorità

³⁰ TAR Lazio, Roma, II, 19 marzo 2014, n. 3009.

³¹ Come già ricordato l'art. 3, comma 2 prevede che gli Stati membri, possano fissare ulteriori condizioni e disposizioni più rigorose di quelle prescritte

³² J. WINTER ET AL., *Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids*, 2002, disponibile a www.ssrn.com.

³³ J. WINTER ET AL., *Report of the High Level Group*, cit., p. 50.

³⁴ Item II.3 – Flexibility in particular circumstances, p. 9.

³⁵ La norma non è stata oggetto di commenti approfonditi ed è stata severamente criticata dall'unico commento che le abbia dedicato spazio. R. LENER, *Le offerte obbligatorie*, in M. STELLA RICHTER JR. (a cura di), *Le offerte pubbliche di acquisto*, cit., p. 172 osserva che l'inciso se «*ciò sia necessario per la tutela degli investitori*» è presente nell'articolo del Regolamento Emittenti sul rialzo e assente in quello sul ribasso, fatto ovvio perché è insostenibile l'ipotesi di un prezzo al ribasso imposto per tutelare gli investitori. L'aumento autoritativo del prezzo favorisce gli oblati e tutela il mercato perché corregge la formazione di un prezzo «*insincero*» o manipolato. L'inciso, ovvio, fa sorgere il dubbio che possa configurarsi un'ipotesi nella quale il prezzo sia mascherato per consentire l'OPA a un corrispettivo più basso, ma che per tutelare gli investitori possa non essere necessario correggere il prezzo verso l'alto e conclude che «*ciò appare però privo di senso, e infatti non si ritrovano spunti che giustifichino questa lettura né nel regolamento emittenti, né nella casistica*». Diversamente, e in modo forse non del tutto convincente, legge Trib. Genova, 8 novembre 2016 (ord.), cit., p. 454, secondo il quale l'inciso richiede «*che la*

è corretto ed esente da censure, per quanto riguarda il profilo comunitario, purché i criteri impiegati siano in concreto oggettivi e di normale impiego da parte della comunità finanziaria, aspetto che non è discusso nelle ordinanze.

Il quesito può ricevere risposta partendo da un problema di fondo, che le ordinanze non trattano, ovvero quale debba essere il «giusto» prezzo oggetto di accertamento da parte di Consob. Ricordato come la Direttiva 2004/25/CE abbia scelto per l'OPA obbligatoria di determinare come prezzo equo da offrire agli oblati il prezzo più alto pagato dall'offerente, si coglie immediatamente che il prezzo equo è il prezzo effettivamente pagato tra due parti indipendenti, con ciò da un lato ancorando il prezzo a un dato oggettivo e dall'altro utilizzando lo schema concettuale proprio dei principi IAS/IFRS: il *fair market value* è la stima del valore di mercato di un bene, al quale si arriverebbe nella vendita tra due parti informate, desiderose di chiudere l'operazione e non pressate da fatti esterni a chiudere³⁶, pur se il *fair market value* è un'ipotesi ragionevole, mentre il prezzo è una realtà. Il punto di contatto è dato dall'ipotesi di base del *fair market value*, secondo la quale l'operazione (ipotetica) avverrebbe tra due parti informate e non costrette.

Perché sia stata scelta la regola operativa del prezzo più alto e perché l'Italia abbia scelto una certa modalità per stabilirlo qui dev'essere semplicemente considerato come un dato, che è necessario e sufficiente ricordare per tentare di trarre la conseguenza. Come direbbe uno studioso di scienze aziendali, la scelta legislativa scolpisce la differenza tra il prezzo, che è un fatto oggettivo, storicamente verificato, e il valore, che è un numero ipotetico, soggettivo e variabile a seconda di chi lo formula³⁷. In altri termini il prezzo è equo quando è uguale per tutti, non rilevando che sia anche giusto: i soci della società le cui azioni sono oggetto di OPA possono essere strapagati o ricevere una cifra che è inferiore alle valutazioni correnti, ma ciò non importa per il diritto, purché il prezzo sia per tutti il più alto pagato dall'offerente.

Il prezzo più alto potrebbe non essere equo in determinate circostanze, come visto, e quindi la Consob ha il potere di correggerlo. È bene chiarire che essendo il prezzo equo quello effettivo la potestà della Consob non si estende fino ad accertare il prezzo «giusto»³⁸, ma si limita sulla base dei principi di legge, ad accertare il prezzo «vero». Poiché non sono previsti criteri per la rettifica (diversamente da quando suggeriva lo *Winter Report*), si deve necessa-

CONSOB, una volta accertato attraverso la propria discrezionalità tecnica la sussistenza di una delle ipotesi di legge che fondano il potere confermativo al rialzo, effettui una valutazione comparativa discrezionale tra l'interesse pubblico ad un riequilibrio e la necessità di tutelare gli investitori».

³⁶ La nozione di *fair value* è presente in vari principi: IAS 16, IAS 32, 36, 39 e 40, IFRS 7 e 13. In particolare IFRS 13 specifica che «*Fair value is a market-based measurement, not an entity-specific measurement. For some assets and liabilities, observable market transactions or market information might be available. For other assets and liabilities, observable market transactions and market information might not be available. However, the objective of a fair value measurement in both cases is the same – to estimate the price at which an orderly transaction to sell the asset or to transfer the liability would take place between market participants at the measurement date under current market conditions*».

³⁷ In senso simile L. GUATRI-M. BINI, *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, Egea, Milano, 2009, p. 10.

³⁸ Sull'argomento v. E. BANI (a cura di), *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato*, liber amicorum per Mauro Giusti, Giappichelli, Torino, 2009. Il giusto prezzo è argomento dibattuto dai tempi di Aristotele, passando per giuristi e filosofi di ogni epoca: A. PERRONE, *Dottrina del giusto prezzo e diritto contemporaneo dei contratti. Alcune riflessioni preliminari*, in *Società, Banche e crisi d'impresa*, liber amicorum Pietro Abbadessa, Utet, Torino, 2014, p. 81.

riamente concludere che il potere della Consob nel caso di acquisto di titoli (art. 47-*septies* Regolamento Emittenti) sia quello di ricostruire la realtà dei fatti, esercizio relativamente semplice chiedendo i dati delle operazioni tra il primo venditore e l'offerente alla *clearing house*³⁹ e poi agli intermediari. Nel caso di collusione si deve ritenere che il potere sia quello di ricostruire l'insieme delle operazioni (art. 47-*octies* Regolamento Emittenti) e in questo caso, in assenza di valorizzazioni note delle singole operazioni rese tra le parti, si dovrà concedere a Consob di avvalersi ex art. 1226 c.c. di una valutazione equitativa, che potrebbe essere considerata quella che valuta il *fair value* delle operazioni «*collaterali*»⁴⁰.

L'ipotesi di impiegare il *fair value* è data dal fatto che le società quotate redigono i bilanci secondo i principi contabili IAS/FRS e il *fair value* è uno dei cardini in questo sistema, quindi le valutazioni del mercato partono da valori costruiti con i principi IAS/IFRS. Essendo l'OPA un fenomeno di mercato sembra coerente che anche le operazioni «*collaterali*» (tra le quali non si deve pensare solo a vendite di immobili come nell'esempio contenuto nel documento di consultazione), siano valutate con lo stesso metro e, soprattutto, poiché la legge obbliga le società quotate a redigere il bilancio consolidato impiegando gli IAS/IFRS⁴¹ l'impiego di questi criteri non richiede specifiche legislative, è già previsto dalla legge.

Sia concesso spendere solo qualche parola sulla giustificazione al fatto che la Consob può solo accertare il prezzo «*vero*», ma non quello «*giusto*», in aggiunta alle già svolte considerazioni su prezzo e valore. Un sistema nel quale l'Autorità potesse scegliere, motivatamente e su basi razionali, il prezzo «*giusto*» dell'OPA non solo sarebbe in evidente contrasto con un sistema di concorrenza e libero mercato, e anzi rappresenterebbe l'introduzione di un elemento fortemente dirigista nell'economia⁴² (e questi sono temi di vertice), ma soprattutto renderebbe impossibile lanciare un'OPA totalitaria (successiva) perché non sarebbe certo e noto *ex ante* all'offerente il costo dell'operazione, e questa è un'ipotesi, e, in ogni caso, nessuna banca finanzierebbe un progetto di incerto valore, e questo è un dato empirico. In un simile scenario resterebbero possibili solo le OPA volontarie (preventive), nelle quali nessuno è obbligato a fare alcunché e, dunque, nessun margine di intervento residuerebbe per la Consob⁴³.

³⁹ Per il mercato italiano è la Cassa di Compensazione e Garanzia S.p.A., società del gruppo Borsa Italiana S.p.A.

⁴⁰ IFRS 13 indica che si applica il metodo anche quando per certi «*assets and liabilities, observable market transactions and market information might not be available*».

⁴¹ Regolamento CE 1606/2002 e d.lgs. 28 febbraio 2005, n. 38.

⁴² Ignorando l'argomento che se Consob fosse responsabile rispetto a un prezzo mal calcolato si creerebbe un rischio inaccettabile per l'istituzione, mentre se fosse irresponsabile sarebbe, per usare un'espressione ottocentesca, come fare le barricate con mobili altrui.

⁴³ Il Cons. St., Sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 222, in *Foro amm.*, 2014, 1, p. 149, che conferma TAR Lazio, Roma, I, 4 marzo 2009, n. 2256, esclude «*che la Consob possa effettuare una verifica sulla convenienza (rectius: merito) dell'operazione di investimento*»; il caso specifico erano i *bond* argentini, ma il principio rimane; v. V. DI CAPUA, *I poteri della Consob sulle offerte pubbliche di acquisto e di scambio tra legislazione e giurisprudenza. Il caso dei bonds argentini*, in *Foro amm.*, 2015, p. 1287. Il punto è diverso da quello del noto *arret* Cass. 3 marzo 2001, n. 3132, che ritiene la responsabilità della Consob per i danni cagionati ai risparmiatori dall'omesso o negligente esercizio delle funzioni di controllo, ciò che costituisce, oggi, un principio pacifico dell'ordinamento, sulla quale, *ex multis*, A. PERRONE, *Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob*, in *Banca borsa*, 2002, II, p. 19 e, più di recente Cass., Sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 857, con nota di V. RENZULLI, *Il problema (dei limiti) dell'esercizio della funzione di vigilanza della Consob*.

5. La collusione

Il secondo, e forse più rilevante, quesito proposto dalle ordinanze emanate nei procedimenti instaurati a seguito dei ricorsi proposti dall'acquirente e dal venditore (nn. 11442-4/2016) è se le previsioni della normativa nazionale siano in contrasto con la tassatività e la determinatezza prescritte dalla direttiva, richiedendo l'art. 5, §4, comma 2 della Direttiva che gli Stati membri possano consentire la rettifica del prezzo e introdurre deroghe «*in circostanze e secondo criteri chiaramente determinati*». Il *thema decidendum* è dunque «*se e in che misura il diritto eurounitario, non solo con riferimento alle espresse previsioni della Direttiva 2004/25 CE, ma ... con riguardo ai principi generali, sia interpretabile nel senso di consentire la modificazione autoritativa del prezzo dell'offerta da parte dell'Autorità di vigilanza anche sulla base del menzionato concetto di «collusione», interpretato in modo congruo rispetto alla normale operatività dei mercati finanziari e alla complessa e plurivalente ratio della disciplina delle offerte pubbliche di acquisto*».

Ricordato che la parola collusione è un evidente calco⁴⁴ della *collusion* menzionata dallo *Winter Report* quale elemento che autorizza alla revisione autoritativa del prezzo offerto, si deve notare che, in assenza di una chiara e preventiva definizione di quali siano le caratteristiche della collusione, la pronuncia del TAR Lazio, II, del 19 marzo 2014, n. 03009⁴⁵ ha subito sgombrato il campo dai tentativi di dare alla collusione la connotazione che essa avrebbe avuto in campo civile, o addirittura penale, escludendo quindi anche la necessità di cercare (e dar prova di) una specifica «*comune finalità delle parti volta a deprimere il prezzo dell'OPA*». Il punto è ripreso e ampliato dal Consiglio di Stato (par. 12.3.3) il quale rileva che nel nostro ordinamento esistono un serie di previsioni settoriali, che sono elencate, di condotte giuridicamente rilevanti qualificate come «*collusione*», nelle quali la nozione assume il significato «*dai contorni semantici sufficientemente determinati, di accordo clandestino e fraudolento in danno di terzi o in elusione di disposizioni imperative di legge, postulando dunque la sussistenza dell'elemento volitivo e intenzionale in capo a tutti i partecipi dell'accordo*».

Appare assolutamente condivisibile, alla luce dello scopo della norma, il canone interpretativo impiegato, secondo il quale «*L'elemento qualificante della fattispecie, sotto il profilo volitivo, è invece la consapevolezza, e quindi la volontà, di porre in essere un'operazione (o un insieme di operazioni collegate tra loro) che abbia, non necessariamente come oggetto, ma anche soltanto quale effetto, l'elusione delle norme che presidiano la fissazione del prezzo dell'OPA obbligatoria. In sostanza, non è necessario che l'Autorità dimostri che il comportamento delle parti sia volontariamente diretto ad eludere la normativa in materia di OPA ma solo che esso sia obiettivamente idoneo a conseguire tale effetto, in virtù del riconoscimento al venditore di un corrispettivo maggiore di quello formalmente dichiarato ai fini dell'OPA*».

⁴⁴ Il problema del calco dall'inglese è un problema che si pone continuamente, in quanto da un lato il legislatore comunitario cerca di non utilizzare parole che possano avere significati troppo netti in un ordinamento, dall'altro per gestire i problemi derivanti da un'Unione con 24 lingue ufficiali una soluzione, raccomandata dalle direttive interne, è di usare un linguaggio quanto più possibile semplice, comune e quindi atecnico, come spiega B. Pozzo, *Il linguaggio atecnico del legislatore comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 439.

⁴⁵ Emessa all'esito delle impugnative proposte contro la delibera Consob 25 settembre 2013, n. 18662.

La medesima pronuncia, riferita a un'ipotesi nella quale Consob aveva contestato alle parti la collusione, riconosce anche che «*non è l'eventuale sacrificio economico sopportato dall'Offerente a giustificare l'esigenza di parità di trattamento degli azionisti di minoranza, quanto il fatto che il venditore di una partecipazione rilevante, in virtù degli accordi con l'Offerente, sia riuscito ad ottenere una "additional compensation", o comunque, un vantaggio, che, in quanto espressione del valore reale delle azioni cedute, deve essere redistribuito anche agli azionisti di minoranza*». Tale condivisibile statuizione va collegata a quanto la Commissione esprimeva nell'atto di accertamento impugnato: «*non appare invece necessario ai fini dell'accertamento della collusione che il vantaggio economico del venditore coincida con l'esborso effettivamente sopportato in termini finanziari dall'offerente apparendo possibile ipotizzare che il "maggior prezzo" emerga da transazioni concluse da soggetti "terzi" che intrattengano con quello rapporti anche di diversa natura (ad esempio, rapporti di affari preesistenti e/o condivisione di interessi economici)*». Per modo tale che il vantaggio economico complessivamente rinveniente al venditore può derivare anche da fonti non immediatamente evocate nel contratto di compravendita, ma a esso connesse.

Il profilo di violazione da parte del Regolamento Emittenti del divieto di *gold plating*⁴⁶ è stato affrontato nel precedente caso⁴⁷, nel quale il TAR aveva ritenuto non sussistere la violazione per più ordini di motivi, partendo dalla considerazione che il divieto è stato inserito nell'ordinamento da una norma di legge (ordinaria) successiva al recepimento della Direttiva e alle modifiche del Regolamento Emittenti, derivandone la conseguenza che il divieto può rilevare solo come principio direttivo dell'esercizio delle potestà spettanti a Consob, «*le quali debbono conformarsi ai canoni della idoneità, necessità e proporzionalità agli scopi che la legge persegue*».

Poiché l'art. 106, comma 3, lett. d), TUF rimette al prudente apprezzamento della Commissione la valutazione se l'aumento del prezzo sia effettivamente necessario «*alla tutela degli investitori*», l'accertamento dell'accordo collusivo non ha per conseguenza necessaria la rettifica del prezzo, che è invece figlia di valutazione discrezionale operata dalla Commissione⁴⁸. La posizione appare coerente con la giurisprudenza successiva del Consiglio di Stato in adunanza plenaria⁴⁹ che definisce il divieto di *gold plating*, come «*principio inteso ad evitare ... l'introduzione, a carico delle imprese e degli operatori, di oneri*

⁴⁶ Il divieto trae la sua origine nella *Raccomandazione delle Commissioni riguardante il recepimento in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno*, SEC/2004/0918 def.al punto (6) invita gli Stati membri ad astenersi dall'aggiungere, negli atti d'attuazione, condizioni o prescrizioni non necessarie per recepire la direttiva «*quando tali condizioni o prescrizioni sono atte ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva*». Il divieto è stato introdotto dall'art. 15, comma 2, legge 12 novembre 2011, n. 183, che ha aggiunto all'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246 i commi 24-bis, 24-ter e 24-quater. La regola prevede che gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo circostanze eccezionali della quali l'amministrazione deve dar conto, valutate nell'AIR, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo. Sul punto N. LUPO-G. PERNICIARO, *Verso una better regulation nella attuazione delle direttive UE?*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, p. 828; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 313.

⁴⁷ TAR Lazio, Roma, II, 19 marzo 2014, n. 3011.

⁴⁸ Così anche Trib. Genova, 8 novembre 2016 (ord.), cit., p. 455, che valorizza la discrezionalità sia tecnica che amministrativa delle quali gode la Consob.

⁴⁹ Cons. St., Ad. Plen., 15 dicembre 2016, n. 2626, in *Foro amm.*, 2016, 12, p. 2962 (s.m.).

burocratici aggiuntivi non essenziali. In altri termini, trattasi del divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla normativa europea e comporta la revisione della disciplina nazionale al fine di eliminare le regole più restrittive rispetto a quelle europee, non giustificate dalla tutela di interessi pubblici» la tutela degli investitori configurando certamente un interesse pubblico.

L'elaborazione da parte del Consiglio di Stato⁵⁰ prende in considerazione due interpretazionipossibili della nozione di «*collusione*»: la restrittiva presuppone un accordo, clandestino, fraudolento, in danno di terzi e in elusione di disposizioni imperative – postulando la sussistenza dell'elemento volitivo e intenzionale in capo a tutti i partecipi dell'accordo – e all'opposto ponendosi la lettura estensiva, per la quale l'accordo potrebbe consistere in elementi ulteriori rispetto all'operazione sfociata poi nell'OPA, che non richiederebbe di necessità l'elemento volitivo e intenzionale in capo a tutti i partecipanti.

Una possibile lettura della norma, dissonante rispetto alle preoccupazioni del TAR Lazio, vede come centrale l'aspetto di come si formi il corrispettivo per il venditore. L'atto con il quale una parte del vantaggio economico ottenuto dal venditore – vantaggio che non si riverbera nel prezzo equo da riconoscere ai soci oblati in sede d'OPA – viene trasferito al venditore in modalità opache non può che essere un atto illecito, nel senso che aggira, sia pure in ipotesi ponendo in essere atti in sé perfettamente leciti, una norma pacificamente imperativa, l'art. 106, comma 2, TUF. Seguire questa lettura porta alla ribalta la cruciale questione, oggetto della lunga e articolata vicenda nota come SAI/Fondiarìa⁵¹, relativa alla compatibilità fra la tutela di natura pubblicistica e i rimedi di diritto comune disponibili a tutela dell'interesse particolare frustrato (nel caso SAI/Fondiarìa era in gioco l'apparato di natura sanzionatorio, nel caso di collusione si tratta del potere di accertamento attribuito alla Consob). Per mantenere il parallelismo, nel caso SAI/Fondiarìa l'interesse frustrato fu il mancato lancio dell'OPA e nel caso della collusione sarebbe integrato dall'e-

⁵⁰Cons. St., Sez. VI, 6 aprile 2016, n. 01380/2016 Reg. Prov. Coll. (ord.).

⁵¹L'oggetto della vicenda, che si colloca nel 2001, era la richiesta di risarcimento del danno causato dalla violazione dell'obbligo di lanciare l'OPA in un complesso caso, nel quale il concerto avvenne in due successive tornate.

Omesse le sentenze del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano sulla vicenda, che avevano originato una considerevole quantità di commenti, si devono indicare almeno le varie sentenze di Cassazione: Cass., Sez. I, 10 agosto 2012, n. 14392, in *Giur. it.*, 2013, 1, p. 59 con nota di E. DESANA, *La pronuncia della cassazione sulla violazione dell'obbligo di Opa: l'epilogo dell'affaire Sai-Fondiarìa?*, in *Soc.*, 2013, p. 175, con commento di P. GIUDICI, *Il private enforcement in caso di elusione dell'obbligo di offerta pubblica di acquisto*, Cass., Sez. I, 10 agosto 2012, n. 13999 e 14400, in *Banca, borsa*, 2012, II, p. 725, con nota di A. TUCCI, *La responsabilità per violazione dell'obbligo di OPA al vaglio della Cassazione*; sulla seconda A. DENTAMARO, *L'inadempimento dell'obbligo di offerta pubblica totalitaria successiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, p. 105, F. MUCCIARELLI, *Il risarcimento del danno per mancata proposizione dell'opa obbligatoria: l'epilogo del caso SAI/Fondiarìa?*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 202 e S. CACCHI PESSANI, *Inadempimento dell'obbligo di opa e risarcimento del danno: il caso SAI-Fondiarìa approda in Cassazione*, *ivi*, p. 793; Cass., Sez. I, 26 settembre 2013, n. 22099, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 2, p. 557, con nota di D. TREVISAN, *Danno da mancato lancio di OPA: le questioni ormai risolte e i problemi ancora aperti*; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20560 e 10 febbraio 2016, n. 2665, entrambe in *Banca, borsa*, 2016, II, p. 375, con nota di A. TUCCI, *Sanzioni e rimedi nella disciplina dell'OPA obbligatoria*, la prima anche in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 499, con nota di A. FOTICCHIA, *La Cassazione torna sul danno da mancata opa: stessa soluzione, stesse incertezze*, l'ultima anche in *Soc.*, con nota di A. POMELLI, *Inadempimento dell'obbligo di OPA totalitaria e tutela risarcitoria: il caso è chiuso (?)*, 2016, p. 572; Cass., Sez. I, 4 aprile 2016, n. 6504, in *dirittobancario.it*. Si veda pure L. DELLA TOMMASINA, *Violazione dell'obbligo di o.p.a. e tutela degli azionisti esterni*, in *Banca, borsa*, 2014, I, p. 761.

ventuale mancato accertamento, ovvero del mancato innalzamento del prezzo in caso di accertata collusione o infine, come nel caso qui in discussione, dall'accertamento di un maggior prezzo giudicato insoddisfacente. L'ipotesi qui adombrata è già stata rifiutata in giurisprudenza, ma in una fattispecie particolare, ossia la citata ordinanza cautelare resa dal Tribunale di Genova, che non entrava nella materia risarcitoria.

Il Tribunale ritiene che il provvedimento della Consob abbia natura costitutiva⁵² e quindi, accertata la collusione, il prezzo è rideterminato solo ove la CONSOB eserciti il potere di rideterminazione del prezzo. Il corollario parrebbe essere che, anche in caso di scoperta successiva di elementi nuovi non considerati dalla Consob durante l'accertamento o di una collusione sul prezzo sfuggita del tutto all'individuazione della Consob, per gli azionisti non vi sia alcun rimedio. La posizione, sia pure ipotetica, è dichiarata non condivisibile, almeno al ricorrere di certe condizioni, dalla dottrina⁵³.

L'illecito⁵⁴ dato dall'occultamento collusivo di parte delle utilità, in assenza di un rapporto diretto tra offerente e oblati, è tale, come richiedeva l'antica dottrina, in quanto *contra jus*, quindi lesivo di norme primarie e il requisito dell'ingiustizia è sicuramente nel *fatto*, come pure antica dottrina chiedeva, ma nel caso di collusione anche il *danno* è ingiusto, secondo il requisito che si è venuto formando in epoca più recente⁵⁵. Posto che le modalità nelle quali un illecito può essere commesso sono indeterminabili *a priori*, la scelta tra prevedere una lista tipica e introdurre una norma di chiusura vede come più efficace la seconda possibilità, in quanto l'elencazione di fattispecie tipiche costringerebbe l'organo di Vigilanza alla continua rincorsa della creatività altrui, mentre la clausola generale consente di correggere il prezzo in ogni caso di accertamento positivo.

Di per sé il danno al diritto di credito⁵⁶ dato dalla collusione, che priva l'oblato del prezzo equo a causa di una violazione della regola sulla parità di trattamento, potrebbe essere fatto valere avanti al giudice ordinario con un'azione per danno di tipo aquiliano⁵⁷, essendo onere dell'attore provare la collusione e l'ammontare del danno sofferto, mentre il nesso causalità è automati-

⁵² E ne trae la conseguenza che si tratti di un provvedimento con funzione regolatoria – ripristinatoria a tutela degli oblati.

⁵³ P. GIUDICI, *OPA: collusione tra acquirente e venditore e tutela degli azionisti di minoranza*, cit., p. 467. Parrebbe non ritenere ostativo ad azioni successive alla chiusura dell'OPA, senza la previa attivazione del rimedio di cui al Regolamento Emittenti, TAR Lazio n. 3527/2012 cit.

⁵⁴ Trib. Genova, 8 novembre 2016 (ord.), cit., p. 455, nega che la collusione si configuri come un illecito, salva la prova della simulazione.

⁵⁵ Resta chiara e attuale l'antica disamina in R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420. Lo stato della giurisprudenza può essere fotografato nella sentenza di Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500 secondo la quale «*la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma secondaria, volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme, bensì norma primaria volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui*».

⁵⁶ Questo caso di lesione del diritto di credito da parte dell'obbligato non deve essere sovrapposta al noto dibattito sulla risarcibilità del danno derivante da lesione del diritto di credito ad opera di un terzo, sul quale si rinvia agli inizi del dibattito: P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 224 e F.D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del diritto di credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *RCDP*, 1987, p. 273.

⁵⁷ Si segnala che la ricostruzione del danno come aquiliano è lungi dall'essere pacifica. Si veda tra i contributi recenti A. TUCCI, *Sanzioni e rimedi nella disciplina dell'OPA obbligatoria*, cit., p. 389, che considera la violazione dell'obbligo quale fonte di responsabilità per inadempimento ex artt. 1173 e 1218 c.c.

camente provato ove accertata la violazione della norma. Lo strumento, ovviamente, è inefficiente rispetto alle previsioni di correzione autoritativa del prezzo da parte di Consob, che spiegano il loro effetto in favore di tutti i soci.

Si potrebbe da altro angolo leggere il fenomeno della collusione con gli occhiali della simulazione, nel senso che il prezzo totale sarebbe costituito da quello dissimulato e il prezzo simulato sarebbe quello indicato nel documento di offerta, ma rimarrebbe il problema di provare la collusione, posto che per definizione parti razionali non sottoscriverebbero un documento che potesse fungere da controdeklarazione.

6. Il metodo presuntivo

Il problema della prova è argomento ricorrente nello svolgimento delle attività di controllo nei mercati, prova ne sia l'introduzione anche nel nostro ordinamento degli incentivi e delle protezioni ai sicofanti, il c.d. *whistleblowing*⁵⁸. Che Consob agisca d'ufficio o su sollecitazione di un oblatore la prova sarà sempre difficile da raggiungere: l'accordo potrebbe non essere incorporato in un documento e l'eventuale documento potrebbe non essere accessibile, chiedere una dichiarazione di confessionaria non è un potere e il fatto di ottenerla non è pianificabile⁵⁹.

L'unico altro strumentario immaginabile è dato dalla deduzione e dalla presunzione, nel senso di concedere all'autorità procedente di riportare gli eventi noti a un quadro razionale, presumendo un fatto (la collusione) della quale si leggono le conseguenze in un assetto che non sembra quello ottimale. In questo senso si orienta il TAR nella ripetutamente ricordata sentenza 3009/2014, ricordando che nel campo della regolazione e della vigilanza sui mercati, così come della tutela della concorrenza, «è assai frequente l'adozione di "concetti indeterminati"⁶⁰ che spetta alle Autorità indipendenti, in quanto dotate di un alto tasso di discrezionalità tecnica, interpretare e applicare in concreto» e, dando rilievo alle argomentazioni impiegate da Consob

⁵⁸ In Italia l'istituto è regolato dall'art. 54-bis (introdotto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190) del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, TU sul pubblico impiego. Come evidenza aneddotica e non come prova dell'assunto, si ricorda che in uno dei casi italiani più celebri di "concerto", l'OPA del 2005 su Banca Antonveneta S.p.A., nella quale erano coinvolte la Banca Popolare di Lodi e alcuni immobilariisti, un catalizzatore che consentì l'intervento di varie autorità fu proprio il racconto di un dirigente della banca scalatrice. Auspica una diffusione dell'istituto all'interno delle società quotate P. MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in G. CARCANO-C. MOSCA-M. VENTORUZZO (a cura di), *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Atti del convegno di Venezia 12-14 novembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016, p. 74; un commento pratico è M. FUMAGALLI-D. DI MAIO, *Whistle-blowing: discipline e concrete applicazioni nella prassi operativa delle banche*, in diritto.bancario.it, novembre 2015; critico sulla figura e sulla norma italiana M.S. SPOLIDORO, *Whistleblower e galantuomo*, in Riv. soc., 2016 p. 954.

⁵⁹ I poteri della Consob in materia di offerte pubbliche sono indicati in via generale dall'art 102, comma 7, TUF e sono specificati dall'art 115, comma 1, lett. a) e b), nonché, «in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni» di legge o regolamentari sulle offerte dall'art. 187-octies TUF.

⁶⁰ In senso conforme, l'Avvocato generale al par. 53 delle sue *Conclusioni* dichiara: «tendo a concordare con la Commissione nel ritenere che l'articolo 5, paragrafo 4, della direttiva non impedisca agli Stati membri di ricorrere a nozioni giuridiche astratte». Il dibattito sui concetti nasce nel clima che portò alla redazione del codice e si può leggere in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2004.

nell'atto di accertamento⁶¹, ritiene accettabile il ricorso al metodo presuntivo, «metodo riconosciuto in via generale utilizzabile dalla Consob sia nell'attività di vigilanza (cfr., ad esempio, Tar del Lazio n. 13744/2009, caso Magiste International) sia in sede sanzionatoria (cfr. ex multis, Corte di Cassazione, Sez. Unite, 30-09-2009, n. 20937)» per arrivare a sostenere che se pure la prova della condotta illecita debba esser fornita dall'autorità, essa possa sempre essere desunta anche da semplici presunzioni⁶².

L'accordo del quale potrebbe non trovarsi traccia evoca le pratiche concordate note dal diritto della concorrenza⁶³ dove, in estrema sintesi, i comportamenti vengono ricondotti, induttivamente, a una pratica concordata se l'ipotesi collusiva rappresenti la sola spiegazione razionale e i singoli comportamenti, individualmente esaminati, non rispondano a una logica economica o imprenditoriale⁶⁴.

Apparentemente sulla medesima linea è il Consiglio di Stato (12.3.3)⁶⁵, che una volta precisato come gli elementi di specificità del settore e la natura regolatoria e non sanzionatoria del potere di rettifica attribuito alla Consob sembrano ostativi ad una trasposizione, tale e quale, nel contesto dell'OPA del medesimo significato che la nozione di «collusione» assume nel diritto comune, nota che nel diritto della concorrenza e della regolazione dei mercati, il concetto di accordo (anche collusivo) vietato per ragioni di tutela del mercato non necessariamente assume il significato di accordo espresso avente ad oggetto immediato e diretto il contenuto vietato dalla legge, ma la sussistenza di un accordo vietato può essere desunta anche da condotte apparentemente autonome degli operatori, da cui su un piano oggettivo scaturisca l'effetto vietato dalla legge.

Il più rilevante esempio di presunzione accettata dall'ordinamento, nella materia del mercato mobiliare, è la dichiarazione che più parti agiscono in concerto, fra gli altri casi, quando cooperano sulla base di un accordo, espresso o tacito, verbale o scritto, ancorché invalido o inefficace (art. 101-bis, comma 4, TUF) o nel caso particolare in cui esse siano legate da un patto parasociale, ancorché in ipotesi nullo ex art. 122 TUF (art. 101-bis, comma 4-bis, TUF) e siano venute a detenere complessivamente una partecipazione superiore alla soglia che obbliga al lancio dell'OPA nei 12 mesi precedenti la stipula del patto.

Il patto non dichiarato, secondo le modalità pubblicitarie previste al comma 1 dell'art. 122 TUF, è nullo, per espressa disposizione del comma 3 e, come è

⁶¹ Delibera Consob 25 settembre 2013, n. 18662.

⁶² Il TAR cita Cass., Sez. II, 10 agosto 2007, n. 17615, che ammette il ricorso a presunzioni, ogni volta che «i fatti sui quali esse si fondano siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come la conseguenza del fatto noto, alla stregua di canoni di ragionevole probabilità», posizione della Suprema Corte ripetutamente manifestata, come in Cass., Sez. I, 16 marzo 2001, n. 3837 e Cass., Sez. I, 4 febbraio 2005, n. 2363.

⁶³ Sul parallelismo tra le partiche concordate e l'azione di concerto, con utili indicazioni bibliografiche, C. MOSCA, *Azione di concerto e OPA obbligatoria*, Egea, Milano, 2013, p. 135 ss.

⁶⁴ Per un recente esempio, v. ACGM, *Relazione annuale sull'attività svolta nell'anno 2016*, Roma, 31 marzo 2017, p. 74: «Sulla base degli elementi acquisiti, l'Autorità ha accertato, dunque, l'esistenza di una concertazione segreta tra le società, caratterizzata dalla comune volontà di concordare e di attuare la ripartizione del mercato e della clientela ... nonché di coordinare le politiche di prezzo».

⁶⁵ In altra vicenda relativa a una mancata OPA il medesimo giudice aveva già ritenuto fondato l'accertamento reso da Consob, che ipotizzava un patto parasociale occulto, sulla base elementi precisi e concordanti: Cons. St., Sez. VI, 17 dicembre 2009, n. 8175.

ovvio, non essendo dichiarato non è disponibile e potrebbe non essere incorporato in un documento⁶⁶.

I casi più celebri di azione di concerto, volta a eludere l'obbligo di lanciare un'OPA sono noti come SAI/Fondiarìa, già citato⁶⁷, Antonveneta⁶⁸ e Unipol/BNL⁶⁹. Nel caso Antonveneta il patto fu accertato da Consob grazie a una indicazione precisa resa da persona informata dei fatti, largamente in modo presuntivo⁷⁰, mentre nel caso SAI/Fondiarìa il patto fu induttivamente accertato da Consob e fu poi rinvenuta la prova scritta del patto. In entrambi i casi il procedimento non fu posto in discussione.

In altri tre casi la Consob ha accertato l'esistenza di un patto non dichiarato⁷¹, sempre con modalità induttive, dichiarando che l'insieme degli elementi «*faceva ipotizzare un concerto*» e nell'unico caso giunto all'esame del giudice il Consiglio di Stato non mette in discussione il metodo⁷².

Il profilo qui di interesse, oltre all'indubbia assonanza tra attività – il concerto e la collusione – che hanno in comune lo scopo di evitare l'applicazione di una norma imperativa, è che all'originale previsione della presunzione di concerto in caso di esistenza di un patto, anche se nullo è stata affiancata⁷³ una previsione molto più ampia, che esce dalla necessità di provare un patto⁷⁴ e che proprio attraverso l'esame dei comportamenti giunge all'accertamento del concerto.

7. Le modalità chiaramente determinate

Il canone di «certezza» richiamato dalla direttiva deve poi essere rapportato (come emerso nei lavori preparatori delle modifiche al Regolamento Emittenti), alla necessità di «*ridurre il grado di incertezza del mercato in corso di*

⁶⁶ Sul punto della possibile inesistenza di un patto in caso di concerto e sulla possibile inesistenza, in particolare nel diritto *antitrust*, di una «*collusione tacita*» e di «*una situazione di equilibrio collusivo senza che le parti abbiano stipulato alcun accordo in senso formale*» P. GIUDICI, *L'acquisto di concerto*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 501.

⁶⁷ V. nota 51.

⁶⁸ Delibera n. 15029 del 10 maggio 2005; M.BAGLIONI, *Il patto «di concerto» Antonveneta accertato da Consob*, in *Soc.*, 2005, p. 1041.

⁶⁹ Delibere, tutte 16 aprile 2009, nn. 16865, 16866, 16867, 16868 e 16869. Le delibere furono annullate dalla Corte d'Appello di Genova (App. Genova 19 dicembre 2009) e dalla Corte d'Appello di Bologna (App. Bologna 26 gennaio 2010 e App. Bologna 27 gennaio 2010), tutte in *Soc.*, 2010, p. 587 con nota di F. VENTURINI, *I patti parasociali*, p. 1499. Diversa la soluzione di App. Venezia 12 agosto 2010, in *Soc.*, p. 1498, con nota di F. VENTURINI, *Ancora sul caso Unipol/BNL*, p. 1499.

⁷⁰ M.B. MAGRO, *Il caso Bnl-Unipol: la scalata "occulta"*, in L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia, I, Impresa e mercato (Cirio, Parmalat, Antonveneta, Bnl-Unipol)*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 186 ss.; C.MELILLO, *L'OPA obbligatoria da "concerto occulto" e la manipolazione del mercato nella disciplina del Market Abuse*, in *Dir. economia assicur.*, 2011, p. 123; V. MALAGUTI-M. ONADO, *Andava a piedi da Lodi a Lugano. Storia della scalata alla banca Antonveneta*, in *Merc.conc. reg.*, 2005, p. 331.

⁷¹ Delibere 30 gennaio 2008, n. 16324 relativa all'emittente Lazio S.p.A., 19 ottobre 2010, n. 17535, relativa all'emittente Yorkville bnh S.p.A., 9 dicembre 2011, n. 17986, relativa all'emittente Greenvision S.p.A.

⁷² Cons. St., Sez. VI, 1 dicembre 2009, n. 8175. TAR Lazio, Roma, I, 9 luglio 2008, n. 08835, come indica la sentenza d'appello, aveva accolto una censura preliminare e ciò ha determinato l'assorbimento dei motivi aventi a oggetto la prova dell'esistenza del patto.

⁷³ Dal d.lgs. 25 settembre 2009, n. 146.

⁷⁴ Sulla differenza tra patto e accordo MOSCA, *Azione di concerto*, cit., p. 96.

OPA» allo scopo «di non introdurre elementi distorsivi nel comportamento di venditori ed offerenti, quale l'aspettativa di un diverso corrispettivo di offerta» e quindi, nella lettura del TAR Lazio n. 3009/2012, guardando solo al comportamento dei mercati non vi era necessità di delineare fattispecie di intervento con lo stesso grado di tipicità richiesto dalle norme penali o da quelle che configurano illeciti amministrativi⁷⁵. Spetta quindi all'Autorità attraverso l'attività di regolazione e di vigilanza, contestualizzare il contenuto delle regole e dei divieti posti dal legislatore.

In opposizione si pone il Consiglio Stato nell'ordinanza del 2016 dove al par. 12.3.4 ritiene che il concetto di «*collusione*», quale adottato dalla normativa, per la sua indeterminatezza, si possa porre in contrasto con il principio di certezza dei presupposti del potere di rettifica del prezzo OPA, essendo siffatta determinatezza/certezza elemento essenziale per consentire il corretto operare del mercato in caso di OPA, e imponendo l'evidenziata esigenza una determinazione dei casi di intervento dell'Autorità in modo circostanziato e valutabile *ex ante* dagli operatori.

Ritiene il Consiglio di Stato che adottando un concetto indeterminato agli operatori resti impedita una preventiva valutazione dei comportamenti da assumere prima (e ai fini della) promozione dell'OPA, con la conseguenza che condotte di per sé neutre e lecite sulla base di una valutazione *ex ante*, potrebbero essere qualificate *ex post*, sulla base di una ricostruzione incentrata esclusivamente sui relativi effetti oggettivi nel quadro di una situazione più complessa ignota (in tutto o in parte) agli stessi operatori e soggetti coinvolti, come comportamenti collusivi giustificativi dell'esercizio del potere di rettifica in aumento del prezzo.

In questa dialettica si inserisce l'Avvocato Generale che nelle proprie conclusioni nel provvedimento di rinvio avanti la Corte di Giustizia rileva come possano essere prese in considerazione ai fini dell'intervento solo le circostanze che presentano un collegamento chiaro e diretto con l'evento che causa l'obbligo di lanciare l'OPA (parr. 33 e 49) e «una transazione apparentemente distinta da quella da cui sia scaturita l'offerta pubblica di acquisto obbligatoria, deve, in realtà, essere indispensabile all'operazione di acquisizione (sine qua non) per poter essere presa in considerazione in sede di rettifica del prezzo dell'offerta stessa», argomentazione che pare evocare il nesso di causalità, concetto che ben si inserirebbe nel ragionamento svolto al §5 sull'illecito aquiliano commesso da chi abbia posto in essere una collusione. Ritenuto accettabile che in luogo di elencare singolarmente e in termini esaustivi i casi specifici in cui un'autorità di vigilanza possa procedere alla rettifica del prezzo si possa correttamente aver optato di impiegare il più generico termine «*circostanza*» (par. 53), l'unico limite rimane il rispetto dei principi (parr. 42, 43 e 50) e nessun principio generale fa esplicito riferimento all'obiettivo di garantire la prevedibilità per l'offerente (par. 44). E il principio invocato (par. 62) è la certezza del diritto, del quale l'espressione «*chiaramente determinati*», è soltanto un'emanazione e ne trae la conclusione che le disposizioni italiane non sono «*chiaramente determinat[e]*» ai sensi della direttiva, consentendo una lettura estensiva della nozione di «*collusione*» al fine di derogare alla regola del prezzo massimo pagato».

⁷⁵Sull'argomento sia consentito rinviare solo a F. PALLADINO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra matiere penale 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.

Peraltro la conclusione per la quale l'Avvocato Generale propone alla Corte di rispondere alla questione sollevata dal Consiglio di Stato che l'articolo 5, paragrafo 4, della direttiva 2004/25/CE «*dev'essere interpretato nel senso che osti all'applicazione di una disposizione di diritto nazionale che consenta ad un'autorità nazionale di vigilanza di procedere alla rettifica del prezzo proposto in un'offerta pubblica di acquisto nel caso di una collusione che, se non fosse stato per l'applicazione della direttiva, non sarebbe stata altrimenti qualificata nel diritto nazionale come tale*» di per sé non risolve il problema, nei limiti in cui si accetti la tesi dell'illecito aquiliano, perché in quel caso l'ordinamento già prevedrebbe che il prezzo fosse oggetto di riesame.

8. Una conclusione provvisoria

La conclusione del procedimento in corso avanti la Corte di Giustizia risponde a una delle questioni pregiudiziali formulate dal TAR Lazio, quella che riguarda la possibilità concessa alla Consob di accertare la collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori, senza individuare le specifiche condotte che integrano tale fattispecie e non vi è ragione di immaginare un *revirement* della Corte a poca distanza dalla prima pronuncia.

Per quanto riguarda il quesito relativo all'altra questione pregiudiziale, ovvero la legittimità della revisione del prezzo d'OPA secondo il criterio del prezzo accertato, senza che la norma specifichi i parametri e i criteri di tale accertamento la sentenza 20 luglio 2017 non offre una guida se non, volendo azzardare un'ipotesi, attraverso la lettura del § 42, là dove si chiarisce che una nozione giuridica astratta non può menzionare «*le diverse ipotesi concrete in cui essa può essere applicata, in quanto il legislatore non può determinare in anticipo tutte le suddette ipotesi*» e del §46 nel quale la Corte indica che «*al fine di soddisfare l'esigenza di certezza del diritto, gli Stati membri devono provvedere a che l'interpretazione da fornire a una siffatta nozione nel settore delle OPA possa essere desunta dalla normativa nazionale di cui trattasi in modo sufficientemente chiaro, preciso e prevedibile, mediante metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno*» (corsivo nostro).

Il riconoscimento, nella materia, di un certo grado di discrezionalità del legislatore è connesso alla dinamicità della situazione giuridica da regolare, applicando lo stesso criterio alla questione preliminare, anche alla luce del dettato dell'art. 5, comma 4 della Direttiva, per il quale le autorità nazionali «*[p]ossuno altresì definire i criteri da utilizzare in questi casi, come ad esempio (...) o altri criteri oggettivi di valutazione generalmente utilizzati nell'analisi finanziaria*», potrebbe indurre la Corte a ritenere non in contrasto con la direttiva l'applicazione di qualsiasi metodo che le scienze aziendalistiche normalmente applicano al caso.



RECENSIONI

Maria Rosaria Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Il Mulino, 2017, pp. 208.

Prometeo o Epimeteo? Le promesse mancate del capitalismo finanziario.

1. La sociologa del diritto Maria Rosaria Ferrarese ha scritto un notevole libro di critica del capitalismo finanziario, che merita di essere letto, discusso e inquadrato. E proprio da un inquadramento preliminare vorrei iniziare.

Di capitalismo finanziario tanti si sono occupati tra i pensatori del XIX, XX e anche del XXI secolo, fino al recente fortunato libro dell'economista Thomas Piketty sulla distribuzione di ricchezza e patrimoni. La sua è l'ultima in ordine di tempo tra le diagnosi economiche sull'insostenibilità sociale del capitalismo. «Quando il tasso di rendimento del capitale supera regolarmente il tasso di crescita della produzione e del reddito – come accadde fino al XIX secolo e come rischia di accadere di nuovo nel XXI – il capitalismo produce automaticamente disuguaglianze insostenibili» (Piketty 2014, p. 12). Questa diagnosi è chiara, basata sui dati della crescita del rendimento del capitale che eccede quello della crescita del prodotto. I capitalisti, i detentori di capitale e di rendite, specie di rendite finanziarie guadagnano troppo e il loro capitale non è tassato in modo sufficiente perché la crescita sia sostenibile dal resto della società. Se non sarà tassata la ricchezza patrimoniale dei capitalisti, il divario crescerà ancora. I soli periodi in cui ciò non è avvenuto sono stati quelli delle guerre mondiali del XX secolo, che hanno dato l'illusione che il capitalismo e le sue contraddizioni di fondo fossero superabili. La sostenibilità della crescita del capitalismo in quei periodi non è quindi dovuta tanto, secondo Piketty, a una democrazia capace di regolare, quanto a una dinamica del debito pubblico che, grazie all'aumento dell'inflazione che ha fatto scendere il valore del debito, ha svolto un decisivo ruolo redistributivo. Poi, la supremazia monetarista e la sua ossessione anti-inflazionistica hanno riaperto la forbice a favore dei detentori di capitale.

Da questa analisi esce gravemente ridimensionata la *capacità regolativa* delle istituzioni sui mercati del capitale, in particolare quelli finanziari. Secondo Piketty la democrazia potrebbe riprendere il controllo del capitalismo solo se le nazioni si integrassero a scala mondiale, e per ora almeno a scala europea. Una prospettiva auspicabile ma improbabile.

Il sociologo Wolfgang Streeck, un altro studioso convinto che il capitalismo nell'epoca della finanziarizzazione non possa sopravvivere ma stia solo «*guadagnando tempo*» (Streeck 2013), mette in luce che prima l'inflazione, poi il debito pubblico e infine quello privato hanno rappresentato forme e fasi diverse dello stesso processo: il tentativo da parte del capitalismo di ritardare, di frenare l'inevitabile collasso del sistema.

Fin qui, guardando al capitalismo come sistema economico e di potere sociale asimmetrico tra i detentori di capitale e coloro che ne sono privi.

Ma se il capitalismo fosse soprattutto una religione, che l'umanità sta progressivamente abbracciando e in cui nonostante tutto (crisi, disuguaglianze, impoverimento e arricchimento esplosivi) noi siamo spinti – in mancanza di alternative – a credere? È grazie all'intuizione di Walter Benjamin nel frammento

sul *Capitalismo come religione* (1921) che il capitalismo industriale e finanziario assume un valore religioso.

L'intreccio tra capitalismo e religione era stato tracciato da Max Weber, come diretta influenza che il sentimento religioso può avere nel favorire l'accumulazione della ricchezza e lo spirito dell'imprenditore capitalista. Ma pensare che il capitalismo stesso sia una religione, la nostra nuova religione, senza le liturgie di quelle precedenti ma con gli stessi elementi di credenza e di affidamento in ogni precedente religione, è il colpo di teatro che Benjamin compie.

Della nuova religione Nietzsche e Freud sono i sacerdoti, nel senso che l'individuo che essi hanno costruito nelle pagine dello Zarathustra o dell'Interpretazione dei sogni corrisponde allo spirito capitalistico della nostra epoca più e meglio del borghese-imprenditore di Sombart o del luterano-calvinista di Weber. Un'interpretazione nichilista del capitalismo occidentale è quindi proponibile. Il nichilismo più che l'agonismo sembra alla guida della fase attuale del capitalismo, in Occidente. Il debito e la colpa (entrambi significati di *schuld*) lo guidano, e anche la rimozione freudiana di quel debito-colpa è all'opera nell'azione del trader finanziario. Il capitalismo della finanza è meglio leggibile secondo questa visione. Opportunismo, rischio morale, assenza di valori supremi, sono tutti attributi del tipo di uomo che pienamente si impone nella società del capitalismo maturo. È stato chiamato *homo oeconomicus*: ma mentre l'economia lo ha proposto come un campione di razionalità, si è rivelato piuttosto un "idiota razionale" secondo una fortunata definizione. Meglio quindi evitare l'equiparazione tout court tra capitalismo e razionalità, e cercare nell'idea magico-religiosa di *debito-colpa* la sua radice.

2. Il capitalismo come arricchimento finanziario (patrimonializzazione, lusso, beni d'arte, cultura, turismo) delle società occidentali (e forse ormai anche in quelle orientali) è stato recentemente affrontato dai sociologi Luc Boltanski e Arnaud Esquerre (*Enrichissement*, Gallimard 2017). Il primo dei due autori, Boltanski (in collaborazione con Eve Chiapello) aveva già dedicato al nuovo spirito del capitalismo un'analisi forte e polemica alcuni anni fa. Era il riconoscimento che il capitalismo di fine XX secolo aveva saputo rispondere ai suoi critici utilizzando le loro stesse argomentazioni: aveva inglobato la rivendicazione di maggiore flessibilità e lo spirito artista, innovando le vecchie strutture d'impresa e costruendo nuove gabbie reticolari. Nel capitalismo delle reti, flessibile e immateriale, primeggia il capitalismo finanziario. Oggi al centro dell'analisi dei due sociologi francesi è nuovamente l'economia della varietà, la pluralità delle forme di messa in valore della merce. La merce non è (solo) standard, pura '*commodity*' scambiabile su mercati generici. Essa è soprattutto *specialty*, valore raro e unico. Ma come si forma il valore? Si tratta di strutture della merce legate al numero e al valore delle transazioni di mercato, che richiedono una competenza specifica per la loro messa in valore.

Ma possiamo andare oltre le merci che arricchiscono i loro detentori sui mercati del lusso. Il denaro, il capitalismo finanziario (i prodotti immateriali sofisticati dei mercati finanziari) sono parte di questo processo di arricchimento. Sono anzi insieme il mezzo e il fine dell'arricchimento.

I valori di un prodotto finanziario, di un'azione di Amazon (passata da 1 a 1.000 dollari in vent'anni), di un bond costruito da una banca d'affari sono riferiti alla capacità di attori specializzati di giustificare il prezzo di quella 'merce'. Il valore risiede quindi nella capacità di far *credere* all'acquirente che essa abbia il valore di arricchirlo. Con tutte le conseguenze simboliche di quel valore

acquisito, dell'atto di quell'acquisto, dell'appartenenza a un club di consumatori, esclusivo, selezionato.

Il capitalismo come religione è quindi una disposizione psicologica e morale dell'individuo contemporaneo. Riguarda sia i ricchi nel loro processo di arricchimento, sia chi rifornisce di merci, e di valori, i mercati su cui essi si esercitano: quindi un'ampia categoria sociale di analisti simbolici, produttori e fornitori di servizi, tra cui quelli finanziari e quelli patrimoniali. Ma la stessa disposizione è, se non pienamente introiettata, quantomeno subita anche da categorie che stanno nel mezzo della scala sociale: la classe media che aspira, o meglio aspirava, a fare il salto verso l'alto – e si scopre vulnerabile ma priva di alternative di fronte all'erosione dei propri risparmi e della propria ricchezza. La sua posizione è critica: anch'essa ha creduto nella religione del capitalismo salvo credere ora, a conti fatti, di aver subito perdite anziché raccolto guadagni.

3. Il capitalismo finanziario, con la tecnica immateriale delle transazioni e dei flussi che lo sostiene e lo diffonde, è il nuovo Prometeo che ruba il fuoco agli dei, come sostiene Maria Rosaria Ferrarese (2017)? O non invece il suo fratello ritardato, Epimeteo, quello che ricevette da Zeus l'ambiguo dono di Pandora, che aprendo il vaso sparge su tutta la terra disgrazie e crisi, come suggerisce il filosofo Massimo Cacciari (2013)? L'anomia scatenata della finanza, il suo sistema produttore di crisi in permanente, inevitabile seppur irregolare riproduzione allargata, sembrerebbero indicare piuttosto questa seconda prospettiva.

I doni di Prometeo, un mercato universale, invisibile e leggero in alternativa a uno Stato visibile, invadente e costoso sono ben rappresentati da Ferrarese nel sua rigorosa, densa e ricca ricostruzione critica delle teorie dell'economia e del diritto nell'epoca neoliberale. La costruzione di una pervasiva egemonia culturale – prima ancora che politica – del pensiero neoliberale è ben argomentata da Ferrarese, sulla scorta di un'accurata analisi delle sorgenti (i monetaristi della Chicago school guidati da Milton Friedman, gli economisti della nuova economia istituzionale come Oliver Williamson e Douglass North, i giuristi della *Law and Economics* come Richard Posner) che hanno predicato efficacemente il nuovo verbo a partire dagli anni '70 del Novecento. Sono anche loro i sacerdoti della nuova religione.

Curiosamente, di religione e di teologia parla anche a proposito di Keynes il suo principale biografo, quello Skidelsky che giustamente Ferrarese (a p. 33) cita nella sua opera. Ma è semmai una religione della ragione, una weberiana etica della responsabilità quella che guida l'economia e lo Stato keynesiani. Mentre la religione del debito e della colpa, quella che guida l'economia dell'epoca neoliberale, vede nella finanza la propria matrice: quel capitalismo da casinò condannato energicamente da Keynes. Sono liberale? la domanda che Keynes si rivolse significa oggi molto più di quanto egli stesso allora intendesse, nell'epoca del *laissez faire* che provocò la crisi del 1929.

Sono neoliberale? si interrogherebbe certamente Hayek di fronte alla incredibile utilizzazione del suo pensiero in chiave anomica (la teoria dei mercati efficienti) da parte degli esponenti della *cliometrics* (per una critica di questa scuola in chiave storico-economica si veda la bella ricostruzione in Boldizzoni 2011). Mentre Hayek ben sapeva la necessità di una regolazione sulle persone giuridiche, da lui rivendicata con forza. In Italia, come Ferrarese ricorda, è stato soprattutto Guido Rossi a mettere in luce con largo anticipo (2008, p. 13)

che «la centralità di un mercato totalmente deregolato come unica fonte non solo del benessere sociale, ma anche del diritto, come motore della politica, insomma come unica alternativa liberale, democratica e moderna a modelli immancabilmente bollati come ideologici, antistorici e dirigistici è un pregiudizio ormai talmente radicato da non venire più nemmeno riconosciuto come tale».

4. Perché nessun Keynes, nessun Weber sono in vista nell'epoca di Epimeteo? Perché, si può concludere, la ricostruzione razionale della società cui essi si sono dedicati nel secolo scorso non è più compatibile con la religione capitalistica del debito e della colpa, che si è affermata nel nuovo secolo. La svolta, o se si vuole l'oscillazione del pendolo di passioni e interessi, ha coinciso con la piena affermazione del capitale finanziario globalizzato prima e dopo la crisi del 2007-8. Tra la fine di Bretton Woods (1971) e lo svilupparsi di una *lex mercatoria* sui mercati delle transazioni economico-finanziarie globali esiste una continuità di disegno, un *market design* che non corrisponde però – a mio avviso – all'affermazione di forze e pratiche «spontanee» (Ferrarese, p. 65). È una megamacchina quella che si afferma, con proprie leggi e architetture di dominio, che nulla ha di “spontaneo”: la sua *governance* mondiale è frutto di istituzioni e sedi, WTO, FMI e Banca Mondiale, *advisors* e società di consulenza globali, grandi banche d'affari e società di rating finanziario da cui dipendono i debiti sovrani dei governi. I mercati secondo l'ambigua terminologia che accompagna le loro mosse, la loro produzione speculativa di prodotti tossici, il loro prendersi gioco del sistema stesso a fini privati sono i nuovi dominatori del mondo. Pronti a provocare le crisi, e a uscirne possibilmente indenni. Nulla di prometeico in essi, molto di epimeteico.

5. Uno dei meriti dell'opera di Ferrarese è il ricorso molto puntuale al pensiero di Carl Schmitt, autore poco frequentato dai sociologi e spesso maledetto dai giuristi. Il passaggio da un'epoca europea ormai passata a una futura epoca planetaria: è questo l'orizzonte della storia mondiale tracciato (un secolo fa!) da Franz Rosenzweig nel suo *Globus* (1918) e poi da Schmitt ne *Il nomos della Terra* (1950). Il filosofo Rosenzweig, che prima di ogni altro ha individuato nei passaggi mondiali una teoria storico-universale dello spazio, indica le tappe che porteranno da *ecumene* a *thalatta*, da imperi territoriali a nuove potenze marittime. «La politica lavora certo per la prima volta con un *planisfero interamente compilato, però questo planisfero non è disegnato sul globo, ma sulla superficie piana in base alla proiezione di Mercatore: esiste un solo mondo, un solo mare, le cui aree sono in comunicazione, ma questo mondo ha ancora centro ed estremità, le linee non ritornano ancora a congiungersi tutte, la terra in realtà non è ancora una sfera*» (Rosenzweig 2007, p. 111). L'unificazione del globo immaginata da Rosenzweig è stata però compiuta non dalla politica ma dai mercati. Saranno essi, queste forze senza stato e senza *nomos* a unificare gli immensi spazi, come dirà trent'anni dopo il filosofo del diritto Carl Schmitt (1950, ed. it. 1991). C'è una potente analogia tra lo stato di natura prestatale di Hobbes e l'indiscriminata libertà del nuovo mondo al di là della linea, che Schmitt coglie pienamente. Non gli stati ma l'economia si sarebbe incaricata – osserva Schmitt con largo anticipo sui fatti – di aprirsi alla libera conquista territoriale. «Nella separazione tra politica ed economia risiede realmente la chiave per chiarire la contraddizione tra presenza e assenza, in cui deve incorrere il nuovo mondo (...) quando cerca

di conciliare presenza economica e assenza politica» (Schmitt 1991, p. 387).

Se Bretton Woods era stato per trent'anni lo speciale compromesso tra politica ed economia che aveva retto il mondo nell'epoca internazionale pre-globalizzazione, l'avvio di un sistema più squilibrato in favore dell'economia (Ferrarese p. 68) coincise con la creazione di occasioni più favorevoli alla finanza: liberalizzazioni, deregolazioni, apertura dei confini, creazione di nuovi mercati dei capitali e delle monete (tra cui quello monetario europeo) e nuovi prodotti speculativi. È vero che il mercato riesce a trasformare in merci i tre fattori di produzione terra, lavoro e capitale (Ferrarese p. 79); ma Karl Polanyi nella sua opera sulla *Grande Trasformazione* (1944) aveva notato che si trattava di merci molto particolari, irriducibili a un trattamento puramente mercantile. La monetarizzazione di terra, lavoro e capitale porterà a sconvolgimenti forse irreversibili: a meno che una inedita alleanza tra essi possa, nel nome dell'ecologia, della produzione di senso e della difesa dei mondi della vita riaprire una nuova fase, che potremmo definire post-capitalistica. O almeno imprimere al rapporto tra capitalismo e democrazia una nuova prospettiva di compromesso, dopo la friedmaniana alleanza di capitalismo e libertà che ha segnato il passaggio di secolo neoliberale.

6. La fine della storia, affrettamente proclamata dopo il crollo del socialismo realizzato del 1989, si è nel frattempo rivelata una cattiva lettura del grande testo hegeliano e kojéviano sulla fenomenologia dello spirito del mondo. Dalla direzione che quel grande testo ha impresso alla nostra visione del mondo occorrerà ripartire, vedendo nel capitalismo un erede della rivoluzione borghese che ha preteso di sussumere in sé ogni valore e ogni antagonismo dialettico. E nel contempo ha disconnesso, e in definitiva tradito, il movimento che univa in un unico processo di coevoluzione il politico e l'economico, lo stato e il mercato, la ragione e gli affari umani (per parafrasare il pensiero di Herbert Simon, altro grande maestro del secolo scorso 'tradito' da allievi interessati e ormai quasi dimenticato, invece giustamente citato da Ferrarese, p. 59).

Quindi la regolazione dei mercati, e di quelli finanziari innanzitutto, è impresa davvero titanica: ma ci manca un Prometeo. È una grande impresa soprattutto culturale, di produzione di conoscenza quella da compiere. Per ora abbiamo solo un filone minoritario della scienza economica, che da Simon arriva al pensiero neo-istituzionalista più critico rispetto alla deriva neoliberale, e all'economia cognitiva e comportamentale. Questo filone pensa che i mercati siano imperfetti, che i fallimenti del mercato siano almeno altrettanto gravi dei fallimenti dello stato. E che vadano corretti da istituzioni indipendenti, terze. E un altro filone utile è quello del pensiero sociologico, che spiega i fallimenti della società nella regolazione dell'economia a causa di asimmetrie di informazione e di conoscenza, in definitiva di potere da parte dei gruppi sociali svantaggiati. E che indica nelle forme deliberative di democrazia, nella partecipazione attiva e nella cittadinanza transnazionale una strada impervia ma necessaria per correggere tali asimmetrie nell'epoca della globalizzazione (si pensi al lavoro di Habermas su potere autorità diritti, e a quello di Luhmann sulla società dei sottosistemi, un pensiero che – se ripreso – permetterebbe di isolare le crisi circoscrivendo il peso dei mercati economici e finanziari rispetto all'insieme della società). Solo questi difficili incrementi di potere della società sull'economia arriverebbero a trasformare quello che oggi, osserva Ferrarese (p. 51), è il grande gioco di specchi in cui si esercitano illusionisti e apprendisti stregoni, poiché – come ha spiegato l'economista John Kay opportunamente

citato – «*negli odierni mercati, ciò che importa non è tanto la conoscenza economica – intesa come conoscenza degli affari, dello sviluppo economico, della politica globale – ma piuttosto la conoscenza delle attività degli altri partecipanti al mercato*» (Kay 2016).

E infine il diritto, avrà un ruolo da svolgere se saprà allontanarsi dall'analisi economica del diritto e tornare al *diritto come terzo?* come indispensabile intermediario tra politica e mercato, tra "parti" in commedia?

Qui il pensiero giuridico ha una critica da avanzare all'economia, quella di ridurre l'impresa a quel *nexus of contracts* che privatizza le relazioni sociali e le riduce a comportamenti di mercato (Ferrarese, p. 83). Il termine viene da Coase, il padre dell'economia istituzionale che vide nell'impresa una credibile alternativa al mercato nelle transazioni economiche. Ma quella visione, è dal pensiero neoliberale ricondotta proprio al paradossale azzeramento di ogni valore dell'impresa che non sia una rete di rapporti di mercato. Esito certamente non previsto e non voluto da Coase, poiché l'impresa è da lui pensata proprio come alternativa ai rischi, agli opportunismi e al *moral hazard* del mercato. Quindi è – io penso – sbagliato consegnare Coase a una lettura neoliberale, mentre sarebbe opportuno ricordarne i meriti nella teoria dell'impresa come struttura di governo alternativa al mercato.

Forse il pensiero giuridico non dovrebbe quindi contrapporre il diritto al contratto, l'uno nella sua sfera pubblicistica e privatistica, l'altro nella sola sfera privatistica. La larga prevalenza di strumenti di diritto privato, specie sotto vesti contrattuali (Ferrarese p. 170) non dovrebbe significare di per sé una perdita del ruolo pubblico. Il nesso dei contratti è fondativo in effetti di qualsiasi società, non solo del mercato. Il contratto è anche contratto sociale, non solo contratto commerciale. Meglio mettere in competizione diverse visioni del contratto (il contratto sociale di Rousseau e il coordinamento di Hume contro la mano invisibile di Smith e la favola delle api di Mandeville) che consegnare tout court i regimi contrattuali al diritto privato. Lasciare tutto il regno del contratto all'economia e alle sue logiche, è un punto su cui il pensiero giuridico potrebbe riflettere ¹.

7. Il sistema bancario come disseminatore di fattori di rischio (Ferrarese p. 90) è il protagonista degli ultimi due decenni di capitalismo finanziario. Qui i problemi di rischio morale, di collusione tra politica regolativa e interessi, di intreccio tra missione creditizia e produzione/diffusione speculativa di prodotti tossici all'intera società si sono ingigantiti. E rendono credibile la proposta, da alcuni sostenuta, che una riforma di nuova separazione tra banca commerciale e banca di investimento andrebbe compiuta. Efficace è la discussione (in Ferrarese, p. 94 ss.) di una straripante creazione di moneta da parte delle istituzioni bancarie centrali, e delle politiche di *quantitative easing* (QE) praticate dalle banche centrali americana, europea e giapponese. Andrebbe messo in luce che questa enorme espansione monetaria, non solo non corrisponde affatto alla creazione di ricchezza reale, ma soprattutto crea debito, da parte degli Stati e dei privati. È questo l'effetto del QE attraverso cui la banca centrale compra titoli

¹ Il punto era stato visto da Weber (nell'*Etica protestante e lo spirito del capitalismo*) come importanza delle strutture razionali del diritto e dell'amministrazione. Per lui il capitalismo d'impresa (*Betriebskapitalismus*) ha bisogno di un sistema legale calcolabile e di un'amministrazione basata su regole formali, altrimenti ogni tipo di *trading capitalism* avventuroso e speculativo sarà possibile. Quindi il diritto, e anche il diritto privato, hanno una superiore razionalità in grado di civilizzare il capitalismo.

di stato; quello che le banche ottengono attraverso il QE non rifluisce nell'economia delle imprese ma resta investito nei prodotti finanziari delle banche; e il QE ha anche un enorme effetto redistributivo a favore dei detentori di ricchezza, le famiglie più ricche e i debitori netti. Mentre la tesi ufficiale per cui il QE favorendo la ripresa economica e l'occupazione produrrebbe effetti positivi sulle classi meno abbienti si basa su una doppia equazione (crescita = occupazione, occupazione = classi più povere) ormai indimostrabile.

La *debt economy* è il necessario *outcome* di un processo che ha reso l'economia dipendente dalla finanza e non viceversa. L'invenzione del debito (Ferrarese p. 123) prodotta dalla finanziarizzazione, consiste nella creazione di prodotti speculativi sempre più incerti e rischiosi basati sulla produzione di debito. Commercializzando i titoli di debito, entro prodotti e veicoli *ad hoc*, il sistema ha prodotto una monetizzazione del debito. Il debito cioè diventa moneta circolante; senza più rapporto con il capitale delle banche; al punto che i debiti circolanti nei prodotti e veicoli arrivano a superare di 30 volte il capitale delle banche. I tentativi di riportare una *ratio* capitale proprio/debito entro limiti meno sproporzionati è uno dei compiti delle politiche di Basilea che regolano la materia. Ma la creazione di un enorme sistema bancario-ombra che sfugge alle regolazioni – un sistema che le banche stesse hanno prodotto in larga misura esternalizzando attività rischiose o creando *dark pools* per transazioni anonime – rende inefficace questa regolazione. Il sistematico voler evadere le regolazioni ha segnato il mondo della finanza, e le imprese ad essa collegate, del XXI secolo. In tal modo il capitalismo ha prodotto, sostiene Ferrarese, una regressione epocale rispetto alla fase di apertura e di civilizzazione dei secoli precedenti. Un sistema autoreferenziale che sfugge non solo alle regolazioni, ma anche alla mescolanza e ibridazione con il resto della società. Per questo, conclude Ferrarese (p. 144), «*il mito di Prometeo ci ricorda che egli era amico dell'umanità intera e voleva distribuire i suoi doni di conoscenza al più ampio numero possibile dei suoi componenti*».

8. Ma quali doni, o promesse mancate, aveva inaugurato l'epoca del capitalismo finanziario? Sta qui forse la domanda cruciale. Ebbene guardando ai manifesti del pensiero neolibérale, poco se ne ricava da questo punto di vista. Era stato promesso un mondo basato sull'*homo oeconomicus*, quell'idiota razionale che domina l'economia neoclassica. I *suoi* vantaggi, la *sua* capacità, i *suoi* interessi erano proclamati come universali – non certo quelli dell'umanità. Le promesse di conoscenza, giustizia, benessere per i molti non facevano affatto parte di quel manifesto. L'idea per cui Zeus manda a *tutti* la giustizia e il rispetto attraverso Ermes, simbolo alato del commercio, perché *tutti* ne siano partecipi (Platone, *Protagora*, 322 d) si rovescia qui nella partecipazione dei *pochi* alle arti della finanza².

Se quindi il regolatore dovesse sviluppare la sua *governance* sull'intera Città, come nel testo platonico, dovrebbe proprio fare quello che viene considerato di scarso peso e plausibilità da molti autori, compresa Ferrarese (p. 129): distribuire la conoscenza a tutti, sui prodotti e i problemi, sulle minacce e i rischi, sulle opacità e i segreti del capitalismo finanziario. Richiedere trasparenza nella finanza. Rompere la credenza nel capitalismo come religione del debito, per riprendere la lucida profezia benjaminiana. Non certo questo significa tornare al

² Mi sia permesso di rimandare al mio *Il dio Contratto*, Einaudi, Torino, 2012, per una trattazione estesa del tema.

Leviatano però: anche il Leviatano si è ammantato di arcana imperii, ha occultato e secretato, ha usato la teologia politica per essere creduto. Invece significa competere con il nuovo dis-ordine globale inaugurato dall'epoca epimeteica, di cui il diritto privato transnazionale è massima espressione. Ferrarese sostiene che il contratto è il braccio giuridico di Prometeo: ma di nuovo, si tratta invece di una discutibile lettura del processo dis-ordinato inaugurato da Epimeteo. Solo un *altro* contratto sociale, stavolta globale, potrà frenare/arrestare il dis-ordine epimeteico. Esso dovrà competere, nel senso di rendere competenti i molti verso i pochi: il 99% verso l'1%. Infatti l'asimmetria tra chi ha potere e informazioni e chi non ne ha (Ferrarese p. 175) nel panorama dei contratti finanziari non è affrontabile se non ristabilendo un preciso confine tra chi abusa della posizione dominante, banche e *traders*, e chi investe i propri risparmi o acquista un mutuo. L'asimmetria nel mondo del Denaro non è diversa da quella che vede oggi "domanda" e "offerta" di lavoro fronteggiarsi in un mercato del lavoro deregolato. O tra chi "possiede" la città e chi la "usa". Nel caso del Lavoro, si tratta di riconoscere i processi di frammentazione e globalizzazione del lavoro sia manuale che cognitivo e ricomporli entro una visione di lavoro sociale. Nel caso della Città, sottoposta a flussi e investimenti che la globalizzano e la privatizzano, si tratta di ridefinire la stessa idea di cittadinanza sociale. In entrambi i casi, in un quadro globalizzato, diritto del lavoro e diritto amministrativo sono richiamati a un ruolo di ri-regolazione che hanno in larga misura smarrito.

Ma la principale e più universale asimmetria è quella tra economia e politica, già annunciata da Carl Schmitt a metà del secolo scorso e oggi prepotentemente esplosa. Solo riducendo questa asimmetria, e riavvicinando i due versanti della globalizzazione (Ferrarese p. 180), quello economico e quello politico-giuridico, entrambi da profondamente *rilegittimare*, si potrà forse uscire dall'età di Epimeteo.

(Paolo Perulli)

Bibliografia

- Benjamin W. (2014, or. 1921), *Capitalismo come religione*, in *Alfabeto*, 2, 6 dicembre.
- Boldizzoni F. (2011), *The Poverty of Clio. Resurrecting Economic History*, Princeton University Press, Princeton.
- Boltanski L. e Esquerre A. (2017), *Enrichissement*, Gallimard, Paris.
- Cacciari M. (2013), *Il potere che frena. Saggio di teologia politica*, Adelphi, Milano.
- Kay J. (2016), *Other People's Money: The Real Business of Finance*, Public Affairs, London.
- Perulli P. (2012), *Il dio Contratto*, Einaudi, Torino.
- Piketty T. (2014), *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, Milano.
- Platone, *Protagora*, in Platone (2000), *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, Bompiani, Milano.
- Polanyi K. (2010, or. 1944), *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino.
- Rosenzweig F. (2007, or. 1918), *Globus. Per un teoria storico-universale dello spazio*, Marietti, Casale Monferrato.
- Schmitt C. (1991, or. 1950), *Il Nomos della Terra*, Adelphi, Milano.
- Streeck W. (2013), *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano.